

RAP

REVISTA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

LOS DERECHOS HUMANOS:
TEORÍA, PRAXIS NACIONAL
E INTERNACIONAL

IND

105

**LOS DERECHOS HUMANOS:
TEORÍA, PRAXIS NACIONAL
E INTERNACIONAL**

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

RAP

**LOS DERECHOS HUMANOS:
TEORÍA, PRAXIS NACIONAL
E INTERNACIONAL**



INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A.C.

No. 105

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A.C.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

José Chanes Nieto

Director

ISSN 0482-5209

Certificado de Licitud de Título 2654

Certificado de Licitud de Contenido 1697

No. de Reserva 649-89

Publicación cuatrimestral

Registro número 1021009

Características 21204 1801

Edición

Comité Editorial

© Revista de Administración Pública.

Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.

Km. 14.5 Carretera libre México-Toluca, Col. Palo Alto

C.P. 05110, Delegación Cuajimalpa, México, D.F.

Tels. 50 81 2600 Ex!. 4308, 4311 Y 4325

Número 105, Diciembre, 2000

Impreso y Hecho en México

Los artículos que aparecen en esta obra son responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el punto de vista del Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.

México, 2000

Se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, citando la fuente, siempre y cuando no sea con fines de lucro.

índice

| | |
|--|----------|
| Presentación | VII |
| Prólogo <i>Dr. Mario J. Álvarez Ledesma</i> | IX |
| Introducción <i>Dr. Héctor Cuadra</i> | XV |
| Teoría de los Derechos Humanos | 1 |
| Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho <i>Mtro. Javier Saldaña Serrano</i> | 3 |
| Las teorías de los derechos humanos <i>Dr. Jesús González Amuchástegui</i> | 19 |
| Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos <i>Lic. Jesús Lima Torrado</i> | 43 |
| EIOmbudsman | 65 |
| El Ombudsman y la administración pública moderna <i>Lic. Jorge L. Arenas</i> | 67 |
| El Ombudsman en las democracias modernas <i>Dr. Francisco Acuña Llamas</i> | 83 |
| El Sistema de Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos | 109 |
| Hacia un nuevo Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos <i>Dr. Raymundo Gil Rendón</i> | 111 |

| | |
|---|-----|
| El nuevo Sistema europeo de Protección a los Derechos Humanos <i>Dra. Susana Nuñez</i> | 135 |
| La Corte Penal Internacional <i>Dr. Juan Manuel Portilla</i> | 147 |
| El Sistema Mexicano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos | 165 |
| Lajurisdicción penal internacional y la legislación mexicana <i>Dr. Sergio Garcia Ramírez</i> | 167 |
| Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana: una critica y una propuesta <i>Dr. Miguel Carbone/!</i> | 207 |
| Resúmenes | 231 |

Presentación

El tema de los derechos humanos ha adquirido en los últimos años predominio en el debate y ha sido un tema presente en todos los ámbitos de reflexión, su estudio adquiere una mayor importancia en consideración a la tendencia, no sólo nacional sino también de otros países, hacia su fortalecimiento.

El Doctor Mario I. Álvarez Ledesma especialista en el tema, ha tenido a bien coordinar y prologar este número de la Revista de Administración Pública, en el cual con la siempre atinada intervención y autoridad intelectual del doctor y maestro Héctor Cuadra, por vía de su introducción, se da paso a las contribuciones de una pléyade de valiosas plumas que, desde sus distintas y personales perspectivas, nos presentan una inmejorable perspectiva de lo que hoy, y en el futuro próximo, pasa y pasará en materia de derechos humanos.

En el encuadre teórico del tema, Javier Saldaña Serrano nos remite al debate del reconocimiento expreso de los derechos humanos y de la existencia de los mismos en el derecho positivo para mostrar cómo el concepto de naturaleza humana actúa como instancia de atribución normativa, en la cual es posible reconocer los derechos que hoy calificamos como humanos. Jesús González Amuchástegui nos propone una concepción de los derechos humanos basada en las premisas sobre las que descansan todas las teorías de los mismos, de una teoría basada en derechos pasa a la caracterización de las teorías de los derechos humanos para señalar qué y cuáles son éstos, con lo que ofrece respuestas a muchos interrogantes que plantea la convivencia humana en sociedad.

Para cerrar este apartado Jesús Lima Torrado nos plantea la compleja problemática concerniente a los efectos de la globalización sobre el sistema de derechos humanos desde un plano de análisis lingüístico.

Para tratar lo relacionado al Ombudsman Jorge L. Arenas Hernández realiza una serie de reflexiones acerca del papel que éste habrá de desempeñar en el entorno de la administración pública federal y señala la necesidad de que el organismo nacional de derechos humanos se erija en el Ombudsman de los Ombudsman específicas. Francisco Javier Acuña Llamas analiza la autoridad moral del Om-

budsman vs la simple influencia sobre sus recomendados y la "ombudsmanía" como reflejo de contradicciones en la vocación e identidad del Estado frente a sí mismo para señalamos la filosofía del Ombudsman moderno.

El tema del sistema de promoción y protección internacional de los derechos humanos lo abordan, por una parte Raymundo Gil Rendón, quien trata la problemática con énfasis en el análisis del sistema interamericano. Por su parte, Susana Núñez Palacios aborda lo referente al nuevo sistema europeo de protección de los derechos, señalándolo como el más eficaz y evolucionado-jurídicamente después de desarrollar un profundo análisis comparativo. Juan Manuel Portilla Gómez nos reseña el largo camino recorrido en la búsqueda de la justicia penal internacional. Frente a la insuficiencia y debilidad de este género de organismos jurisdiccionales, ahora se cuenta con la Corte Penal Internacional a cuyo sistema de justicia se integra México en congruencia a su inserción en la economía globalizada.

Sergio García Ramírez, con el tema relativo a la jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana, vincula lo internacional al sistema mexicano de promoción y protección de los derechos humanos. Examina, con su característica profundidad, algunos puntos centrales del régimen que instituye el Estatuto (Convención) de Roma de 1998 -origen de la Corte Penal Internacional- con énfasis en los aspectos que traen consigo problemas de diverso orden a la luz de la legislación mexicana sea constitucional o penal secundaria.

Miguel Carbonell cierra el número con una crítica y una propuesta sobre los derechos fundamentales en la Constitución mexicana, aporta pautas de reflexión para intentar un cambio en el sistema constitucional de los derechos fundamentales y proporciona ideas para el debate al actualizar los principios generales, los derechos y las libertades personales.

Esperamos que con los trabajos incluidos en este número de la RAP se abran cauces para proseguir la investigación sobre derechos humanos y que estas aportaciones sean punto de partida para otras que contribuyan al avance y mejoría permanente de nuestras instituciones.

Prólogo

La improvisación es, sin duda, y en una primera perspectiva, el elemento que más daño puede hacer a un proyecto serio o profesional, sea cual sea el ámbito de su aplicación. Obviamente, el tema 'derechos humanos' no puede ser, ni es, la excepción a esta regla.

La improvisación, desafortunadamente, ha sido una constante en el quehacer de los derechos humanos en México en todos los ámbitos de su accidentado desarrollo. Quedan **implicados**, por esa mácula, las distintas dimensiones en que, básicamente, se desenvuelve la tarea de los derechos humanos; a saber, la teórica, la política y la jurídica.

Respecto de la primera. La dimensión teórica, los esfuerzos filosóficos y académicos que en nuestro medio la procuran restan mucho de estar al nivel de los retos que enfrenta el país. Salvo las contadísimas excepciones de siempre, los ensayos o libros que tratan de abordar los problemas de concepto y fundamentación de los derechos humanos, además de escasos, se hallan fuera del debate de punta y se circunscriben a una repetición, y en los mejores casos, a una mediana glosa sobre temas trillados, que no resueltos, propios del iusnaturalismo clásico, respecto de cuestiones como la dignidad humana, la naturaleza de los derechos humanos, sus caracteres distintivos, etcétera.

Por lo que hace a su dimensión política, el debate es aún más pobre. Circunscrito a la denuncia hiperbolizada y sin propuesta, poca investigación, mucho ruido y casi ninguna solución, muchos organismos no gubernamentales se han dedicado a medrar del tema. Otra vez, salvo las excepciones de siempre, son realmente los menos los organismos que efectivamente están comprometidos con los diferentes perfiles de los derechos humanos, que proponen y participan, que son consistentes en su decir y su actuar, que están dispuestos a asumir el reto de colaborar con la autoridad cuando ello es legal y éticamente posible. Huelgan ejemplos, basados en experiencias propias y ajenas, de organismos no gubernamentales que luego de la denuncia se resisten a participar en la solución y hasta abandonan los asuntos a su cargo cuando ya no son "políticamente rentables" o, incluso, algo todavía más grave, se apropian de los que sí lo son a costa de las propias víctimas y hasta en

contra de la voluntad de éstas. No faltan ejemplos de disputas "*ong-victimas*" sobre la titularidad de los derechos de ciertos casos.

En lo jurídico, las cosas no van mucho mejor. Empantanados, todavía, en la falta de claridad conceptual, siguen confundiéndose las figuras jurídicas adecuadas con el concepto filosófico-político de derechos humanos. En efecto, el sistema jurídico mexicano creó con la Constitución de 1917 el modelo de 'garantías individuales'; término híbrido que prácticamente sólo en nuestro medio significa, al mismo tiempo, lo protegido (el derecho humano) y el medio de protección (el juicio de amparo). A partir de ahí, la coincidencia de nuestra legislación con los tratados internacionales que sobre derechos humanos ha firmado el Estado mexicano, está muy lejos de ser concordante en espíritu y criterios de interpretación con la que priva actualmente en el ámbito internacional. Si bien es cierto que a últimas fechas la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos ha sorprendido con criterios o tesis jurisprudenciales modernos y a la altura de los retos actuales (recuérdese la importantísima tesis sobre la jerarquía de los tratados internacionales, superior a la de las leyes federales, por dar sólo un ejemplo), el camino sigue siendo largo y sinuoso.

Sin embargo y a pesar de la improvisación en la construcción en nuestro discurso teórico-político-jurídico sobre derechos humanos, las cosas pueden irse delineando mejor, gracias a la experiencia ganada, al aprendizaje de los errores cometidos y al ambiente proclive a lo democrático, que suele permear a las instituciones públicas y privadas y a los ciudadanos de a pie en el México de inicios de este siglo.

¿Qué ventajas tiene lo anterior? Para empezar, ideas y modos --derechos humanos y democracia-- que eran difíciles de ensayar en el lenguaje coloquial y de muy limitada práctica en la vida cotidiana, hoy son, a pesar de los abusos conceptuales y políticos, un lenguaje mejor que el de antaño para la convivencia y la praxis social, colectiva e individual.

A pesar de lo largo y tortuoso de nuestra, si se acepta la expresión, 'transición a la democracia', hay instituciones y movimientos sociales novedosos ya asentados o en proceso de, como son las comisiones nacional y estatales de derechos humanos, los institutos y tribunales electorales, una sociedad civil más organizada y, sobre todo, varias generaciones de mexicanos que han nacido ya bajo esta nueva forma de vida nacional. Empero, como solemos hacer quienes hemos vivido de cerca estas transformaciones, perdemos la perspectiva y lo ganado, aunque realmente

lo sea, nos parece siempre precario. Y, creo, sinceramente, que en este caso lo ganado no es poco.

Y no lo es, porque baste recordar -me permito poner como referencia personalísima la mitad y finales de los años ochenta- cuán difícil era en este país, verbigracia, encontrar literatura sobre derechos humanos; cuanto más difícil hallar un curso o especialidad en la materia; y cuán prácticamente imposible resultaba encontrar que instituciones públicas y privadas reconociesen en los hechos, un compromiso ya teórico, ya político, ya jurídico con los derechos humanos. Una circunstancia contraria a la anterior ya se vive, afortunadamente, en México. Y ello, no es poco pero, por supuesto, tampoco es suficiente.

Si volvemos a la crítica con la que inicié estas páginas, no está, por principio, ni por demás, comenzar clamando por evitar toda improvisación en el tema y buscar, cuanto antes, que los derechos humanos, dada la trascendencia de lo que ahí está en juego, sean objeto de un trato más profesional y serio. No debe interpretarse mi propuesta como la academización del tema o su alejamiento de los problemas cercanos; antes bien, pugno por la cercanía de lo importante, pero con seriedad y realismo. ¿Cómo? Marquemos, modestamente, algunos derroteros.

En la dimensión teórica, la filosofía de los derechos humanos tendrá que ocuparse de ofrecer argumentos serios que contribuyan al debate en temas actuales, importantes y urgentes: aborto, pena de muerte, eutanasia, clonación, entre otros. Cada una de estas cuestiones tiene que ver con los derechos humanos en tanto ejercicio de filosofía moral. Es fácil verificar que en estos temas estamos especialmente necesitados de una reflexión que supere, cuanto antes, y con todo respeto para el periodismo, el artículo de "fondo" de revistas semanales o el editorial inteligente pero limitado por espacio y, a veces, por falta de conocimientos profundos sobre el tema de quienes se acercan, precisamente, desde una perspectiva periodística, a tales temas.

En la dimensión política deberíamos optar por un discurso crítico pero constructivo. Dicho lo anterior conociendo lo manido pero, al mismo tiempo, lo elocuente y acertado de ambas expresiones. Bienvenida la crítica y la denuncia de los organismos no gubernamentales, en la inteligencia de que, al final, lo que interesa es un diagnóstico objetivo y fundado para encontrar soluciones. Porque soluciones es lo que realmente esperamos. Soluciones viables, esto es, posibles en el contexto

social y político que nos toca vivir, más allá del todo o nada, del maniqueísmo que a muchos hace optar por la violencia o el radicalismo que resultan sumamente costosos para cualquier nación.

En la dimensión jurídica las palabras clave son la eficacia sumada a la seguridad jurídica. El sistema jurídico mexicano debe trascender el modelo errado de dejar la responsabilidad de la defensa y promoción de los derechos humanos como función casi exclusiva de las comisiones gubernamentales encargadas de recibir quejas sobre presuntas violaciones a tales derechos. Un sistema eficiente de protección a los derechos humanos es el que camina por la vía jurisdiccional con la coadyuvancia del sistema no jurisdiccional. Nunca a la inversa.

Para decirlo de otro modo, hacer que los jueces se sientan y actúen como los más indicados y facultados defensores y promotores de los derechos humanos, dejando al sistema no jurisdiccional el ejercicio del diseño de mejora de las instituciones **convirtiéndolas en más humanas y, otra vez, eficientes; esto es, construir un discurso** de la prevención y del respeto a los derechos humanos. El ombudsman es, sobre todo, el gran difusor de la construcción y defensa de esa cultura de prevención y protección de los derechos fundamentales.

Este número de la Revista de Administración Pública, siempre vanguardista y aún más bajo la dirección de José Chanes Nieto, pretende contribuir en la actualización del debate filosófico político y jurídico sobre los derechos humanos. Al efecto ha reunido una serie de artículos que permiten conocer algunos de los aspectos más destacados del actual estado teórico-práctico, nacional e internacional, en que se encuentra el debate respecto de tales derechos.

Con la siempre atinada intervención y autoridad intelectual del doctor y maestro Héctor Cuadra, por vía de su introducción a este número, se da paso a las contribuciones de una pléyade de valiosas plumas que, desde sus distintas y personales perspectivas, nos presentan una inmejorable perspectiva de lo que hoy, y en el futuro próximo, pasa y pasará en materia de derechos humanos.

Mil gracias a Francisco Javier Acuña Llamas, Jorge L. Arenas Hernández, Miguel Carbonell, Sergio García Ramírez, Raymundo Gil Rendón, Jesús González Amuchástegui, Jesús Lima Torrado, Susana Núñez Palacios, Juan Manuel Portilla Gómez y Javier Saldaña Serrano, por haber aceptado la invitación para colaborar

en este número. Gracias por supuesto al INAP y en especial a su Presidente el doctor José Natividad González Paras y al Secretario Ejecutivo, Néstor Fernández Vertti, así como al licenciado Virgilio Jiménez Durán por su atingencia en la preparación de los detalles de este esfuerzo colectivo.

***Dr. Mario 1. Álvarez Ledesma
Director General de Protección
a los Derechos Humanos
Procuraduría General de la República.***

Introducción

1. La primera vez que estuve ante una serie de estudios sobre la materia de los derechos humanos para preparar su publicación y escribir la introducción era el año de 1968, en el que se festejaba el vigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Universidad Nacional Autónoma de México, por medio de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, había convocado a un curso internacional sobre el tema con los auspicios de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Organización de Estados Americanos.

Han pasado más de treinta años, el tema se ha generalizado, han surgido en nuestro país decenas de organizaciones no gubernamentales ocupadas del tema en sus múltiples variantes, se han creado órganos públicos encargados de la materia. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos siendo el arquetipo, ha visto proliferado otras más o menos a su imagen y semejanza a nivel estadual. Los organismos y entidades públicas han creado direcciones especiales sobre el tema. Las universidades públicas y algunas privadas ofrecen diplomados, cursos de especialización, maestrías en derechos humanos.

En el plano regional, vimos en ese lapso, el perfeccionamiento de los órganos contemplados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primera en el tiempo vio surgir a su lado la Corte correspondiente cada vez con mayor número de ratificaciones y la aceptación de su jurisdicción obligatoria. Nuestro país, muy recientemente, dio ese paso sobre el que había presentado tanta resistencia.

En el Plano internacional, igualmente observamos progresos importantes pues vimos la entrada en vigor de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que materializó el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La puesta en práctica de los mecanismos de control que contemplaban, es decir los comités correspondientes a cada una de las convenciones y la creación al fin del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuya titularidad recayó en la distinguida señora Mary Robinson, ex presidenta de

Irlanda, recientemente reelecta aunque por un limitado período de tiempo a petición de ella misma.

2. Todo ello refleja que tanto a nivel nacional, como regional e internacional, la realidad se impuso a las reticencias de las autoridades nacionales y de los gobiernos reunidos en los cónclaves internacionales. ¿A qué realidad nos referimos?

En primer término, a la complejidad y agravamiento de los problemas sociales necesitados de mayor atención y protección, a la agudización de las contradicciones sociales, de las rencillas ideológicas y de los prejuicios religiosos. Al empeoramiento de las condiciones económicas en las sociedades nacionales y en la sociedad internacional, en general, al crecimiento desmedido de la población particularmente en los países más pobres y el deterioro correspondiente de sus precarios niveles de bienestar.

En segundo lugar, concomitantemente, el aumento en la conciencia de los individuos y de sus autoridades de la necesidad de implementar mecanismo de salvaguarda de las libertades fundamentales tradicionales.

La convicción de su insuficiencia llevó a la creación de mecanismos adicionales para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales e inclusive llegar más lejos. A pesar de las enormes dificultades, a priori, se enunciaron los llamados derechos de la tercera generación, la protección del medio ambiente en donde el ser humano se desenvuelve, el derecho al desarrollo para dignificar su existencia material y el derecho a la paz, para garantizar nada menos que el derecho a la vida.

Sin embargo, hemos visto recientemente los más grandes atropellos en contra de la población civil. El pretexto, el combate al terrorismo, nuevo flagelo de nuestro tiempo y efecto del estado de desesperación a la que han llevado la intolerancia, los prejuicios, el abuso y el desamparo.

3. Otro de los avances contemplados en estos últimos treinta años es el enriquecimiento de los estudios sobre los derechos humanos, anteriormente campo privilegiado del derecho, hoy espacio de encuentro multidisciplinario. Nadie pone en entredicho la importancia fundamental del derecho como instrumento de ingeniería social.

Sin embargo, existe, por ejemplo, la necesidad de una reflexión filosófica preliminar sobre los fundamentos éticos de los derechos humanos, su naturaleza, la fuente o fuentes de justificación de los mismos, etc. También existe una polémica muy interesante, entre otras, sobre la pretensión de universalidad de los principios, **conceptos e interpretaciones que encierra la Declaración de los Derechos Humanos.**

4. La UNESCO, en 1980, convocó en la ciudad de Bangkok, a una reunión de expertos de las más grandes religiones del mundo para discutir el sustrato ético y filosófico *universal* de los principios mencionados, Tuve la suerte de ser el relator de dicha reunión donde se planteaba, en resumen, el problema del relativismo cultural y los derechos humanos universales,

No hay lugar en esta presentación para plantear uno de los problemas que a mi parecer es de la mayor importancia y de suma complejidad. Simplemente recordemos la polémica que ha suscitado en nuestro país la pretensión del reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y el respeto a sus tradiciones,

Por cierto, hacia el inicio del periodo que estamos reseñando era común plantearse en esta materia, más que el problema en sí de la pretensión de universalidad de los derechos humanos, las modalidades de aplicación y el acento puesto en algunos de los sistemas existentes, nos referimos a lo que se denominaban *los tres mundos* de los derechos humanos. El enfoque del mundo occidental (el primer mundo) que enfatizaba los derechos civiles y políticos y el derecho a la propiedad privada, El enfoque "socialista" (el segundo mundo) que pone el énfasis en los derechos económicos y sociales, El enfoque del tercer mundo que acentuaba particularmente el derecho a la autodeterminación y el tema del desarrollo económico, Adicionalmente, tanto la concepción socialista como la tercermundista estaban sustentadas en la idea de grupo, en oposición al enfoque occidental fundamentalmente individualista,

5. En este punto desearíamos introducir un problema adicional. Con acerbos críticas o elogios encendidos, nos guste o no nos guste, el neoliberalismo, como modelo económico incidió decisivamente en el debilitamiento de la función del estado en la vida económica, Keynesianismo, economía mixta o centralmente planificada fueron reemplazados. Su profundización trajo consigo el proceso de globalización

de la economía, sustentada en la libertad económica en todos los sentidos, transformando -desde nuestro punto de vista-, el trasfondo mismo de la operatividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales y de paso los de la llamada tercera generación.

La retracción progresiva o brusca -para el caso es lo mismo-, del Estado de las actividades económicas. Restauración del capitalismo en Europa oriental, desaparición del Estado soviético, abandono en la práctica política de nuestro país de lo que se denominó "rectoría económica del Estado", todo ello ha implicado sin lugar a dudas una fuerte fractura en la posibilidad de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Para el respeto de los derechos políticos y civiles o libertades públicas tradicionales basta con "dejar hacer". En el caso de la plena aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales se necesita de la acción, de la voluntad y de los recursos del Estado para su materialización.

Un Estado adelgazado, una ideología neoliberal y una economía globalizada no son las características más adecuadas para la institución que por antonomasia estaba comprometida y tenía los medios para lograr la realización plena del derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, a la cultura. Y propender, con ayuda de los programas correspondientes de los organismos internacionales al desarrollo económico y al establecimiento de una sociedad de bienestar. Poco se ha escrito en este sentido.

6. Creo que nadie estaría en desacuerdo que el combate a la pobreza es un problema básico de derechos humanos. Sin embargo, no quisiéramos desatar una polémica sobre si el problema de la pobreza en el mundo se ha agravado a partir de esa estrategia económica a escala mundial. Si obedece o no a factores estructurales del capitalismo mismo, hoy en día, el único modelo económico de vocación universal.' La única realidad indiscutible es que la tasa de crecimiento poblacional en el mundo está llevando a las sociedades nacionales a situaciones de crisis. ¿Cómo alimentar a tantos nuevos pobres, cómo educarlos, cómo proporcionarles vivienda, cómo generar empleos en sus países para detener la migración internacional y sus secuelas? ¿cómo evitar el crecimiento desmedido de las ciudades y su ingobernabilidad? ¿cómo evitar las nuevas y graves formas delictivas, fruto indudable de la pobreza creciente?

7. Parecía que la definición de Clausewitz sobre la guerra, como la de *"la política por otros medios"* había quedado atrás. Una mera referencia histórica. Se decía que gracias a la decisión de políticos ilustres de ciertas naciones importantes en el siglo pasado se había decidido proscribirla y reemplazarla por la solución pacífica de las controversias. Hemos visto en los albores del siglo XXI el resurgimiento de la guerra como instrumento de la política de manera palmaria. ¿Dónde quedó esa idea que siendo la guerra la negación misma de los derechos humanos, se vuelva a utilizar de manera masiva, so pretexto de la captura de un genocida?

En esta materia, cuando menos, hemos visto un avance con la creación de los tribunales *ad hoc* para juzgar de los crímenes contra la humanidad en el caso de los genocidios en Ruanda y Burundi y en el caso similar de Yugoslavia pero más aún con la negociación y firma de la Convención de Roma, sus adhesiones y la posibilidad de lograr el número necesario de ratificaciones para su entrada en vigor en un plazo próximo. La posibilidad al fin del establecimiento de una jurisdicción universal contra los delitos de genocidio. ¡Una de cal por las que van de arena! Nuestro país después de ciertas reticencias ha decidido ratificar la Convención citada.

8. Toda esta panoplia de fascinantes interrogantes me ha sido sugerida por la lectura de algunos ensayos que sobre el tema de los derechos humanos van a leer nuestros lectores. Quiero agradecer aquí la amable invitación del Dr. Mario I. Alvarez Ledesma, Director General de Protección a los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la República, a presentar estos apuntes introductorios.

Dr. Héctor Cuadra
Vicepresidente de la Academia
Mexicana de Derechos Humanos

Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho

Javier Saldaña Serrano

A Mariana
por la fugacidad
de nuestro tiempo;
el de hoy, que no es el único.

1. Planteamiento del problema

El título que encabeza este trabajo podría servir de excusa, en la mentalidad de hoy, para ser desechado inmediatamente y pasar a la revisión de algún otro que resulte ser más "actual" y mucho más "realista". En un mundo donde abundan los "nominalismos" y predomina el "pensamiento débil", resulta especialmente complicado llamar la atención sobre conceptos tales como el de "naturaleza humana", o "dignidad de la persona", o el de "derechos inherentes e inalienables del hombre", etcétera, por tener una falsa creencia de que éstos pertenecen a un periodo de la historia sepultado por la modernidad. Hoy "lo políticamente correcto" es encontrar una cierta equivalencia de ideas, para que conceptos como el de "naturaleza humana" **sea equivalente al de convencionalismo**, o, como dice Ballesteros, "el tantán **valga tanto como Bach**", **¡ da igual. ..., lo importante es que ningún con-**

cepto prevalezca sobre otro, pues para la mentalidad contemporánea *todos* tienen el mismo valor, ya que en el *todo* no existe ninguna verdad, pues ésta "se disuelve en cultura e interpretación")

2. La negación del concepto "naturaleza humana"

Por eso hoyes preferible hablar de "naturalezas";' pero no de "naturaleza";" es un concepto especialmente chocante para la mentalidad contemporánea. Esta situación se complica, aún más, cuando se pretende abordar el tratamiento de tal **naturaleza humana como instancia de imputación normativa; pareciera como si resignadamente tuviéramos que renunciar** al empleo de argumentos fuertes, nosotros diríamos "realistas", y dar paso **a nociones convencionales "débiles"**, desde las que podamos realizar cualquier

labor de construcción, que es hoy lo que verdaderamente tiene sentido.

Este rechazo de lo "universal" (y el de naturaleza humana lo es),» fundado en la creencia de ser el mismo lenguaje de un otrora periodo medieval o colonialista, e se dirige, sin duda, contra cualquier tipo de humanismo y, en definitiva, contra cualquier concepto que intente encarnar la idea de lo humano, particularmente, y por lo que aquí interesa, el de los derechos del hombre o derechos humanos. La opinión más generalizada (sobre todo en el ámbito anglosajón y buena parte del continental europeo), hace creer que éstos sólo son meras reivindicaciones concedidas por el mismo hombre y reconocidas por sus propios sistemas de **derecho, cuyas prerrogativas se convertirían**, utilizando la expresión de Spacmann, en "edictos de tolerancia revocables".'

2.1. La herencia moral de George Edward Moore

Las bases filosóficas inmediatas de la tesis anunciada no son especialmente difíciles de ubicar. Podemos encontrarlas en las duras críticas formuladas primero por Hume,' y después, en forma más detallada y directa por G. E. Moore, en su ya clásico trabajo *Principia Ethica*,⁹ en la cual sienta las bases de todo el discurso moral y jurídico posterior, por medio de su sentencia más temida, la "falacia naturalista", de conformidad con ello, es imposible deducir lógicamente enunciados prescriptivos a partir de enunciados des-

criptivos, simplemente porque el "ser", como noción simple, no puede ser definido, por ende, cualquier contenido que se pretenda dar a la idea abstracta de naturaleza humana carece de referente analítico y en consecuencia no puede ser analizable.¹⁰

Sin embargo, el argumento anterior habría que matizarlo, pues rigurosos estudios han demostrado que esgrimir la falacia naturalista contra cualquier propuesta objetivista del derecho en la que la idea de naturaleza humana sea central, es una falacia. Dicho de otra manera, que no todas las propuestas objetivistas que emplean el concepto de naturaleza humana como centro de atribución normativa incurren en la falacia naturalista. La complejidad de la cuestión y el propósito de este trabajo me obligan a no entrar de modo profundo y detallado en este asunto. Sólo mencionaré los argumentos generales de dos de los más importantes teóricos que se han referido a la falacia naturalista con la característica antes anunciada, bajo el entendido de que no puedo agotar en este lugar toda la pulcritud y rigurosidad de sus propuestas. Así como tampoco entraré en los errores y deficiencias epistemológicas de las tesis tanto de Hume como de Moore.t '

2.2. Precisiones a la falacia naturalista desde la filosofía práctica

2.2.1. Propuesta de John Finnis

John Finnis, profesor de la Universidad de Oxford, ha establecido en *Natural law*

and natural rights. que autores reconocidos como iusnaturalistas (es el caso de Aristóteles y Tomás de Aquino), evidentemente reconocieron en su filosofía la distinción lógica entre "ser" y "deber" al explicar la diferencia entre la razón especulativa y la razón práctica, cada una con sus respectivos puntos de partida "evidentes por sí mismos" (los primeros principios especulativos y prácticos); no infringiendo, por ende, la exigencia lógica de no deducir los preceptos a partir de los hechos de la naturaleza humana. Para estos iusnaturalistas, "el conocimiento práctico es práctico desde sus primeros principios evidentes, no deducidos de un conocimiento especulativo de la naturaleza humana". Escribiré al respecto: "Naturalmente, Tomás de Aquino estaría de acuerdo con que si la naturaleza del hombre fuese diferente, también lo serían sus deberes. Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen. Tomás de Aquino piensa que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde fuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que delimitan la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde dentro, bajo la forma de las propias inclinaciones. Pero, una vez más, no hay ningún proceso de inferencia. Uno no juzga que "yo tengo [o todos tienen] una inclinación a aprender sobre las cosas". y entonces infiere por ende "el conoci-

miento es un bien que ha de ser perseguido". Más bien, por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)".¹⁴ Con esto Finnis admite la falacia naturalista, negando que Tomás de Aquino haya incurrido en ella por haberse colocado en el razonamiento práctico.

Dicha propuesta es especialmente importante, pues conceptos como el de derechos humanos, dignidad de la persona, e incluso el de naturaleza humana, pueden "ser tomados del mundo de la facticidad", > si se nos exige renunciar, *apriorísticamente* y sin justificación, a la argumentación metafísica.

2.2.2. La tesis de Mauricio Beuchot

El segundo autor es Mauricio Beuchot, quien ha demostrado que tanto desde el razonamiento práctico, tal como lo hace Finnis, como desde la filosofía de la ciencia, de los términos que componen el silogismo, e incluso desde el razonamiento teórico, no se incurre en la falacia naturalista. Por razones de espacio veremos sólo este último.

En su libro *Derechos humanos. Iusnaturalismo. Iuspositivismo.* Beuchot estudia el silogismo teórico y sus condiciones. para ver si aun en él puede darse el paso del ser al deber ser de manera

falaz, o si puede darse sin que sea falacia. Va al nivel de las *proposiciones* que componen el silogismo, específicamente las premisas, y señala que la falacia naturalista no se da tampoco en el silogismo teórico, por la ley (que recuerda Otfried Hoffe) de que la conclusión sigue a la parte más débil, y aquí lo es la modalidad deóntica sobre la *alética* y la epistémica.

En efecto, en el silogismo teórico, el paso del *ser* al *deber ser* sólo puede darse utilizando funtores modales en las proposiciones; esto es, para designar hechos, modalidades *aléticas* (necesario, posible, imposible) o epistémicas, para designar valoraciones, modalidades *deonticas* (permitido, prohibido, mandado). Y, si en la primera premisa se tienen modalidades *aléticas* o epistémicas, y en la segunda se introducen modalidades *deónticas*, tiene que obtenerse en la conclusión algo *deóntico*, pues hay una regla silogística que establece que la conclusión siempre sigue a la parte más débil, y aquí lo *deóntico* es más débil, epistemológicamente, que lo *alético*. Por lo tanto, la conclusión debe ser valorativa, se puede pasar del *ser* al *deber ser*. Es transformar un silogismo teórico en práctico.!

Señala además que, según el iusfilósofo austriaco Otta Weinberger, de puras proposiciones normativas no puede seguirse un precepto concreto (*esto seria llnafalacia normativista*). Por ello, el mejor silogismo juridico es el que contiene

alguna premisa descriptiva junto con otra valorativa o normativa, para dar como conclusión una proposición preceptiva. Aquí se pasa del ser al deber ser, y, por las exigencias formales del silogismo, no hay falacia alguna, antes bien, es necesario proceder asLJ9

2.3. La herencia jurídica de Hans Kelsen

Sin embargo, y a pesar de las duras criticas formuladas,²⁰ la falacia ha entrado de lleno en el campo del derecho, tanto que ha adquirido carta de naturalización en prácticamente todos los estudios jurídicos contemporáneos, particularmente en el autor de la *Teoria Pura del Derecho*. De este modo, para Kelsen (el más importante sistematizador de derecho del siglo XX), la distinción lógica entre *ser* y *deber ser*, y la imposibilidad de pasar del primero al segundo mediante deducción lógica, constituye la columna vertebral de su teoría pura. Así lo deja claramente establecido desde las primeras páginas del referido trabajo: "Nadie puede negar que la afirmación de que "algo es" -esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real-, es esencialmente diferente del enunciado que dice que "algo debe producirse", esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea".²¹

Presentada generalmente como la separación entre naturaleza y norma, la separación entre el *ser* y el *deber ser*, entre *Sein* y *Sollen*, constituye el argumento central para negar el derecho natural, calificando a éste como "no derecho", y en consecuencia negando la existencia de la naturaleza humana como atribución normativa. Sin embargo, la pregunta a formularse sería la siguiente: ¿qué tipo de naturaleza humana utiliza Kelsen para negar la existencia del derecho natura!" El mismo autor vienes nos da la respuesta al señalar que ésta es una naturaleza eminentemente empírica, casi podríamos decir biológica e instintiva,²² negando con esto cualquier posibilidad de argumentar en favor de una naturaleza humana como tendente a la realización de la persona y de su perfeccionamiento; una naturaleza humana no metafísica, sino operante en el actuar del hombre por unos fines, siendo bienes perseguibles. Philipa Foot ha visto con especial claridad que el obrar humano está dirigido a los fines que le marca la naturaleza humana, la cual tiende siempre a la perfección del hombre por la aprehensión de la misma naturaleza del bien;²³ argumento que el propio Kelsen nunca alcanzó a comprender, pues su concepto **de naturaleza proviene de una visión** "naturalista de la naturaleza, caracterizada por una reducción de lo natural a lo externo, a lo empírico aparential, privado de relevancia ética (...)"²⁴ Por otra parte, la interpretación que hace de las inclinaciones naturales del hombre es incorrecta,

pues éstas "no se captan con una pura **visión empirista**",²⁵ o **instintiva**.

El segundo argumento que sirve a Kelsen para negar un conocimiento de tal **naturaleza como instancia de atribución** normativa y, por tanto, de cualquier derecho radicado en ella, fue sin duda su fuerte influencia kantiana, o precisando aún más diríamos neokantiana, específicamente en un punto, aquel que centra el quehacer filosófico en el análisis trascendental de sus condiciones de posibilidad. Estableciendo con esto que no es el objeto el que determina el conocimiento, sino que éste y el propio objeto son determinados por el sujeto, colocando al "yo" en el centro del mundo y separándolo de cualquier componente ontológico y ético. Con estos postulados epistemológicos Kelsen renunciará a otro conocimiento que no sea empíricamente y fenoménicamente comprobable. En este modelo, ¿hay lugar para un concepto como el de naturaleza humana?,²⁶ ¿en esta postura hay lugar para hablar de derechos inherentes a tal naturaleza cuando el concepto mismo de derecho excluye todo concepto prenormativo? Sucede con Kelsen -tal como lo ha dicho Pedro Serna-, lo mismo que el positivismo jurídico, suscita más problemas de los que resuelve.>?

3. Presupuestos teóricos de nuestra propuesta

La propuesta de la falacia naturalista y la

negativa kelseniana a aceptar una naturaleza humana como instancia de atribución normativa no son sino producto de un pensamiento particular, el moderno y contemporáneo científicistas, por eso convendría, una *vez* expuestas de manera **muy sucinta sus deficiencias y omisiones**, comenzar nuestro ejercicio de construcción tomando una sana distancia de los postulados epistemológicos que inspiraron la ciencia positiva moderna y que se encuentran en el fundamento de dichas posiciones. El primero y más importante sería abandonar la falsa tesis de la *matematización* del mundo, con su nota específica, la pretensión de llegar a un conocimiento "exacto" en todo; donde todo éste fuera sometido a la experimentación.^e donde la teoría debería preceder al experimento y éste la comprobaría *a posteriori*,

En esta tarea de soltar lastre, un segundo momento *vendría* siendo constituido por el abandono del exagerado "antropocentrismo moderno", que ha tenido siempre como pretensión erigir al hombre en la medida de todas las cosas, como claramente ha puesto de *relieve* Hannah Arendt.² La razón de este alejamiento parece clara, y la historia más reciente también se ha encargado de demostrarlo. Dicho pensar calculante "niega realidad *objetiva* a aquello que no es susceptible de ser medido y contado de forma rigurosa, de forma matemática".» ¿Los **derechos humanos** -si nos los tomamos en serio (Dworkin)- pueden ser compren-

didados desde las coordenadas de este particular y parcial modo de pensar') Si la respuesta es afirmativa, el discurso de los derechos humanos para mí se termina aquí. Si es *negativa*, entonces estamos en condiciones de abrir una puerta a una labor argumentativa que nos sirva en la búsqueda de una *nueva* forma de pensar estos derechos y, en consecuencia, de lo jurídico en general. Pocos frutos arroja pensar los derechos humanos desde el concepto de derecho heredado por la modernidad.

El derecho, querámoslo o no, no es una ciencia en el sentido moderno que esta palabra exige, es decir, no proceder de un modo hipotético-deductivo. Ante todo, el derecho es un saber práctico que tiene que *ver* con acciones humanas, donde el conocimiento de éste parte justamente de aquéllas, y donde tales acciones son infinitas y las consecuencias que producen se diversifican también infinitamente. El derecho, y el conocimiento prudencial de éste (jurisprudencia), se "mueve con datos contingentes que, normalmente, son siempre accidentales, inasibles definitivamente desde el punto de *vista* de una ciencia exacta"³¹ Por eso creo -aunque pueda parecer en exceso *obvio*- que el derecho es una cosa esencialmente humana, y que su estudio y análisis parten de la *praxis vital* del hombre, no reducible a una ciencia positivista, y donde quepa la posibilidad de encontrar una "*verdad* práctica", en la que lo *objetivo* y subjetivo se fundan y donde sea posible reconocer

"lo justo por naturaleza. n Nuestro punto de partida, por tanto, no puede ser meramente teórico.

Sin embargo, y en prevención de malos entendidos, he de señalar que ubicar a la naturaleza humana dentro de la propia *praxis vital* del hombre para que sirva como instancia normativa de su actuación, no significa, en modo alguno, que acuda a un orden inmutable del "ser", en el que se fundamentaría inequívocamente la respuesta a los problemas jurídicos. "Un orden así, desde el punto de vista práctico, no existe o difícilmente es reconocible en algunas pocas conductas".» Hablar de un orden normativo radicado en la naturaleza humana es referirse únicamente a "(...) datos reales, objetivos, que determinan que la solución adoptada sea prudente y que, por tanto, sea digna de ser tenida en cuenta, porque es algo más que arbitraria".³⁴ La pregunta obligada sería entonces ¿qué debemos entender por "naturaleza humana?" o ¿qué es lo natural en el hombre que nos lleva a reconocerlo como sujeto de derecho?

4. ¿Qué es la naturaleza humana? y ¿cómo opera jurídicamente?

Un dato reconocido es que a través de la historia del pensamiento humano la expresión "naturaleza" o "naturaleza humana" ha sido una de las más confusas que se hayan conocido, y que el problema se multiplica si ésta es empleada como instancia normativa. Norberto Bobbio 10

ha puesto de relieve al señalar que pretender fundamentar los valores (o derechos) en un dato objetivo constante como el de naturaleza humana, aliado de la dificultad que ofrece el esfuerzo por conocer su esencia, nos tendríamos que enfrentar con la misma historia del iusnaturalismo, que ha interpretado de diversos modos la propia naturaleza humana, y la apelación a ella ha servido para justificar sistemas de valores incluso opuestos entre ellos. ¿Cuál es el derecho fundamental del hombre según su naturaleza: el derecho del más fuerte como quería Spinoza o el derecho a la libertad como quería Kant?"³⁵ Serna ha respondido que sin lo que particularmente individualiza a lo humano, resultará contradictorio no sólo el derecho natural, o la propia naturaleza humana, e incluso la misma idea de los derechos humanos.³⁶

Es evidente, lo hemos visto con Kelsen, pero igualmente se puede hacer extensivo a todas aquellas propuestas que dejen de lado la relevancia ética de lo humano, que no cualquier concepto de naturaleza humana ha de ser válido si lo empleamos como centro de imputación normativa. Así, por ejemplo, la naturaleza humana puramente orgánica o *biologicista* (que es la que nos acerca más a los animales no racionales) sería sólo una parte de ella, pero no la única, ni tampoco la más importante."

Si somos coherentes con nuestra expo-

sición, el concepto de naturaleza humana que empleemos habrá de partir, como lo hemos señalado, de la *praxis vital* del hombre, aquella donde sea posible observar algo así como criterios de un comportamiento recto en tal *praxis*. Es decir, donde el concepto de naturaleza humana dé razón de un comportamiento adecuado, no arbitrario, de la vida del hombre en su actuar y en su interrelación social. Y en tal comportamiento reconocerse a sí mismo y al otro como sujetos de derechos que tienen que ser respetados. Proponemos entonces un concepto de naturaleza humana integral (no sólo vegetativo o animal) que sirva como medida en el comportamiento humano, como regla de esa *praxis vital*, "porque es desde la propia experiencia de sí mismo desde donde el hombre capta la unidad del ser y la posesión de un fin y de una dinamicidad intrínsecas. ¿De qué manera puede la naturaleza ser normativa para la praxis jurídica?"

4.1. Naturaleza humana desde una posición realista

La propuesta realista de naturaleza que queremos proponer echa raíces en las tesis morales de Aristóteles y principalmente en la antropología de Tomás de Aquino. Ambas nos dan buenas bases para proponer dicho modelo antropológico del hombre, el cual, si se conoce bien, encuentra sus bases en la comprensión del hombre como un ser relacional tanto a nivel inmanente como trascendente al

mundo. En sintonía con su modelo epistemológico, la propuesta realista será una antropología profundamente *naturalista* apegada al actuar del hombre en sociedad, tal y como lo hemos repetido muchas veces.

Cabe advertir, como lo hace Beuchot, que el proceder metodológico en dicho tema tiene una mixtura de diferentes aspectos. Uno, de carácter analítico o inductivo, mediante el cual, iniciado en esa *praxis vital* de la que hemos hablado, llega a unos principios. De este modo, dicha propuesta antropológica entiende que todos los actos humanos tienen unas respectivas causas. A su vez, tales actos son producidos por las facultades o potencias inherentes al ser humano y desde donde se posibilita su actuación, llegándose a un ser humano compuesto de cuerpo y alma, "cuya naturaleza hay que conocer, para tener el conocimiento de sus principios"U?

Un segundo aspecto sería -lo ha señalado igualmente Beuchot- de corte sintético o deductivo, mediante el cual, una vez alcanzados esos principios y extraídas sus consecuencias, han de aplicarse a lo particular, a la misma *praxis vital*, cerrando con esto el círculo epistemológico del actuar humano. "Por ello, el método tomista en la antropología filosófica es un método integral, que involucra tanto la inducción como la deducción, el ascenso y el descenso, el análisis y la síntesis, la fenomenología y la ontología".⁴⁰ Pero siempre desde el

interior de la vida práctica del obrar humano -agregaríamos-, porque no existe otra vida, al menos conocida.

En dos niveles operantes encontraríamos tal comprensión del hombre y la naturaleza de éste. Un nivel existencial, que le confiere al hombre los elementos de movilidad y cambio, y otro esencial o distintivo de la clase natural llamada "ser humano"⁴¹, que le confiere los elementos de su permanencia como algo subsistente. Todo en un continuo devenir, siendo una estructura dinámica, nunca estática como muchos naturalistas la han pintado. En esta estructura dinámica nosotros encontramos deberes, y también derechos.

El Aquinate, siguiendo a Aristóteles, fue especialmente claro al señalar que el "bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación".⁴² En tal razonamiento práctico (donde ubicamos la naturaleza humana que hemos reconocido), encontramos las inclinaciones naturales que actúan como correlato o contenido de dicho principio y que son justamente donde los derechos "jurídicamente" se hacen presentes.

4.2. Niveles de la naturaleza humana como instancia normativa

4.2.1. Naturaleza humana orgánica

En el hombre existen *apetitos naturales*? cuyo conocimiento es muy limi-

tado. Estos *apetitos* tienden a un bien natural por medio de la acción inmanente y transeúnte. La propia vida como movimiento, es una acción inmanente que fundamenta a la acción transeúnte. "Y la acción inmanente, que ya de suyo es intencional, se manifiesta en la acción transeúnte, que viene a completarla, estrechando su relación con el mundo.s-

A nivel vegetativo y allado de la vida y la integridad física y también moral del hombre encontramos las inclinaciones para conservarlas, como la alimentación y la nutrición, el crecimiento, desarrollo y generación de su especie. Se considera aquí que el hombre, por tal naturaleza, está inclinado a conservar su vida y a prolongar ésta, de aquí nace el derecho a la vida y a la defensa de la misma, o a la salud. Por otra parte, en este mismo nivel encontramos el derecho a la integridad física y moral. Igualmente el derecho que tiene de buscar los medios para su subsistencia que permiten además su propio desarrollo.⁴⁵ Derechos todos que constatan la aprehensión de dichos bienes como fines a preservar.

En este nivel de la naturaleza orgánica, igualmente encontramos la inclinación del hombre relativa a la propagación y conservación de su especie por medio de la unión conyugal de varón y mujer, formando ambos la "comunidad primaria de la especie humana".ts De este derecho podemos, como subsiguientes.s? encontrar el derecho a contraer matrimonio, o el que

tienen los padres a la crianza de sus hijos, o a la educación que desean deban recibir, etcétera.

Pero la instancia normativa que proponemos llamada naturaleza humana no sólo actúa a nivel del reconocimiento de derechos, su verdadera y más fuerte juridicidad se la dan sus correlativos deberes. Esto es, la juridicidad de la naturaleza humana no se circunscribe exclusivamente al establecimiento de tales derechos, sino particular y prioritariamente al reconocimiento de los deberes, la *debitud* que en ellos hay.

Si observamos con detenimiento, cada una de estas inclinaciones naturales del hombre las lleva a efecto, primero, en relación con su medio físico y, segundo, en relación con sus otros congéneres. Así, el hombre necesita de la sociedad, y ésta *debe* proporcionarle los medios para satisfacer dichos derechos, o al menos crear las condiciones y medios para conseguir satisfacerlos. De este modo, 'la indigente -por ejemplo-, teniendo por naturaleza el derecho humano de la alimentación, la sociedad tiene el *deber* de proporcionarle los medios que le sean necesarios para sobrevivir, y desarrollarse. Si jurídico es el derecho, no lo es menos el deber correlativo-colectivo que lo respeta, y hace derecho. En esta relación de *debitud* o *deuda*, encontramos igualmente juridicidad. Colocando otro ejemplo, podemos poner el caso del derecho a la vida, que en el plano de la

existencia es el más importante, y que exige de la sociedad un *deber* de respeto absoluto de tal bien. Aquí, como en el caso anterior, el *debitum* actúa como un criterio de juridicidad.sf

4.2.2. Naturaleza humana sensorial

Importantes tomistas-? han reconocido que el aspecto sensorial del hombre abarca dos ámbitos, uno cognoscitivo y otro apetitivo. El primero se divide en externo e interno. Dentro del externo tendríamos los cinco sentidos con sus respectivos objetos, en ellos hay intencionalidad y acción, e igualmente se demuestra su carácter relacional o dialógico.⁵⁰ En los internos, como el sentido común, se dan a conocer los actos de los sentidos propios y discernir sus distintos objetos, la imaginación y la cognitiva. La primera "que forma por su cuenta representaciones con los datos de los sentidos y de este modo los trasciende".⁵¹ Y la segunda, "que nos da el conocimiento bien configurado de lo individual como existente en una naturaleza común, con lo cual dispone la imagen para la abstracción intelectual".⁵²

El apetito sensible que se da en este nivel se conoce como sensualidad, y se divide en concupiscible e irascible. "El primero busca lo conveniente y evita lo nocivo; el segundo incita a defenderse contra las adversidades".⁵³ Como en el anterior nivel, la naturaleza humana igualmente actúa como centro de atribución norma-

tiva, reconociéndole al hombre también derechos. Así, podemos identificar aquellos radicados en los sentidos, externos e internos. Sólo por mencionar algunos estarían el derecho que tiene todo ser humano a la felicidad, o el de la afectividad o amor, la experiencia estética o literaria, etcétera; derechos todos que sólo pueden estar radicados en el ser humano en relación con sus congéneres.

Ahora bien, hemos dicho que la naturaleza humana no sólo actúa como centro de imputación normativa en el sólo reconocimiento de derechos, lo *debitum* integraljuridicidad también de forma prioritaria. Así, los deberes correlativos de estos derechos parecen igualmente claros, es necesario, para la consecución de] bien **común, configurar la organización social** para un trabajo colectivo que conduzca a conseguir los bienes necesarios para todos los miembros de la sociedad.⁵⁴ Parece, a la luz de lo anterior, que el deber de solidaridad o fraternidad mutua, como compromiso real por el otro (s), por los más menesterosos podría ser ubicado en este punto.⁵⁵

4.2.3. Naturaleza humana **racional**

Tomás de Aquino. en la *Summa Theologiae* I-II. a.2, establecerá textualmente que, en tercer lugar, “hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a **la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca**

de Dios y vivir en sociedad”. También aquí, como en el anterior nivel, encontramos un **aspecto cognoscitivo y otro aspecto apetitivo**. En el primero se ejerce el intelecto y la razón, ambos conocimientos, uno simple y unitario y el otro compuesto y sucesivo. Por otra parte, el aspecto apetitivo más propio del mismo hombre es la voluntad, “que supera el apetito natural o sensible y se constituye como racional y libre; tiende al bien común -y no sólo al particular-, tanto general como específico”.» En este nivel, y estando el hombre constituido tanto racional como volitivamente, participa de una vida tanto teórica como práctica. En términos filosóficos es lo que se conoce como razonamiento especulativo y práctico.

Aquí, los derechos más particularísimos radicados en la naturaleza humana racional son perfectamente identificados. El hombre, por su propia naturaleza **humana, está esencialmente inclinado a la búsqueda de la verdad**. Tal búsqueda se traduciría en describir, explicar, comprender y juzgar las cosas correctamente. Es lo que John Finnis identificaría como una forma básica del bien humano: “el **conocimiento**”? **Tomás de Aquino se refería en un primer momento a la búsqueda de la verdad acerca de Dios, y después, él mismo lo hará extensivo al conocimiento de tal verdad en el resto de las cosas. De modo que el hombre tiene derecho al conocimiento (teórico y práctico), a la participación en él y a la difusión de éste comunicándolo a sus semejantes.**⁵⁸

Estando constituido el hombre por inteligencia y voluntad, y siguiendo esta última a la primera, nos ubicamos en el terreno de la libertad. El hombre, por su naturaleza humana, es esencialmente un ser libre, dotado para la libertad; la que en el campo jurídico encuentra diferentes y muy distintas expresiones, como la de tránsito, de acción, de participación, de elección, etcétera.

Tomás de Aquino complementará estas inclinaciones racionales y las extenderá, no sólo a la búsqueda de la verdad sobre Dios y sobre el resto de las otras cosas, sino también a todas aquellas que el hombre satisface cuando observa su natural inclinación a vivir en sociedad y a participar en la organización de ésta, guardando la armonía y la buena marcha de ésta. Sólo por mencionar algunos (no se trata de hacer aquí una lista pormenorizada), podríamos citar los diferentes derechos que bajo el de asociación se reconocen; o los derechos de participación política, como el votar y ser votado, los que lo hacen participar en la vida organizativa de la *pólis*, etcétera.

Es fácil señalar que el derecho de libertad religiosa se ubica en la tantas veces aludida inclinación natural del hombre a la búsqueda de la verdad acerca de Dios. En tal inclinación podemos igualmente reconocer el derecho de creencia o de culto (público o privado), que no son sino especie de tal inclinación por la que el hombre rinde culto, acatamiento y obe-

dencia a Dios o la divinidad,⁵⁹ “del cual depende y al cual está destinado como su último fin”.⁶⁰ Habría que precisar igualmente que el pensamiento moderno ha colocado, aliado de tal libertad, y quizá sin demasiada justificación, el derecho a la libertad de conciencia, estableciendo en la práctica totalidad de los documentos internacionales de derechos humanos una trílogía: libertad de pensamiento, conciencia y religión como derechos humanos fundamentales.e!

Pero la naturaleza humana como centro de imputación normativa no sólo se circunscribe a las inclinaciones naturales reseñadas ni a los derechos humanos enunciados. Siendo una naturaleza unitaria, en proceso de perfectibilidad y por tanto abierta a la adición y a la historia, incluye otra serie de inclinaciones y por tanto de derechos. Hervada las ha desarrollado con especial lucidez. Así, en el hombre encontramos, por su propia naturaleza humana, una inclinación o tendencia al trabajo "como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto al mundo circundante, y en conexión con ella la tendencia al descanso y a la actividad lúdica".⁶²

Una más de las inclinaciones la enuncia Finnis como el razonamiento práctico "referido a la capacidad de decisión en los actos con trascendencia ética". Es, en mi opinión, la calificación moral de los actos humanos que el hombre realiza en su actuar. Actos que bien han sido ya

realizados o que hayan sido ya llevados a efecto.os

Como sucede en los otros niveles, el carácter jurídico de estos derechos le viene dado por sus deberes respectivos. Todas y todos ellos imponen exigencias a la sociedad. Y en el caso más específico de las inclinaciones y derechos de la naturaleza racional, dichos deberes son de rectitud en todos. Así, por ejemplo, la inteligencia impone al hombre una exigencia o deber de verdad, "de respeto en la información y en la comunicación así como en la provisión de bienes culturales".⁶⁴ La razón de orden, en el pensar especulativo y práctico. La voluntad un deber de comportamiento de acuerdo a la razón. De la libertad, un deber de atención a la responsabilidad comunitaria.⁶⁵ Todas ellas en un contexto de *debitud* social o colectiva, en la que se actualice siempre la vieja fórmula romana, de "dar a cada uno su derecho, su cosa justa, en definitiva, su deuda".

5. Conclusión

Tal y como hemos podido ver a lo largo de estas líneas es posible reconocer en una naturaleza humana integral, una instancia de atribución normativa; los derechos que hemos reconocido en ella, que habría que decir no constituyen una lista cerrada y sistemática, como lo creyó el derecho natural racionalista, demuestran nuestra afirmación. Y el reflejo más práctico de ella son los diferentes

documentos internacionales protectores de derechos humanos, los que si no me equivoco, reconocen que el hombre, en sí mismo, es un sujeto cargado de juridicidad; juridicidad que por otra parte comienza con el reconocimiento de sus deberes y de nuestros deberes hacia él.

Llegados a este punto, parece necesario establecer que la comprensión cabal de una naturaleza humana como centro de imputación normativa pasa por la superación de la figura del hombre que presenta la civilización de hoy, *contrahecho*, y propone fijarse más en la *practicidad vital humana* que lo perfecciona todos los días, pues tal naturaleza que lo individualiza paradójicamente actúa como la única instancia de su *otredad*, porque en ella se encuentra su real capacidad de amar, incondicionalmente, absolutamente y para siempre.

6. Bibliografía

-
- TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*. t-n. q. 94. a.2. e
 HUME, D., *A treatise of Human Nature*. Clarendon Press, Oxford. 1967.
 HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, xa. ed., Trad. R Vernengo, Porrúa. México, 1995.
 ALVAREZ LEDESMA, M. I., *Acercas del concepto derechos humanos*, Me Graw Hill. México, 1999.
- Introducción*
- al derecho*. Me Graw Hill, México. 1995.
 ARENDT, H., *Locondicion humana*. Paidós, Barcelona, 1998.
 AZPURÚA AYALA, R., "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana", en *Estudios sobre Hans Kelsen*, Edeval. valparaiso. 1996.
 BALLESTEROS, I., *Posmodernidad: decadencia y resistencia*. za. ed., Tecnns. Madrid, 2000.
 -- , *Sobre el sentido del derecho*, 2a ed., 1986.
 BEUCHOT, M., *Fundamentación de las universales*, 2a. ed., UAIEM, I'olua, 1997.

- , *Irrerchos humanos. Iusnaturuismo IU.I[ro.IIII]ismo*. UNAM, México, 1995
- *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, 2a. ed., 2000.
- *Filosofía y derechos humanos* s. XXI. México. 1993
- *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*. Imdosac, México, 1989
- BUBBIO, N., *L'età dei diritti*. Einaudi, Torino, 1997.
- CARPINTERO, F., "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en *Anuario de derecho* 4. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- COITA, S., "Le problème du fondement des droits de l'homme" en *Mémoires de X Congrès mondial ordinaire de philosophie del derecho y filosofías comt (I.VR)*. V. VI, L'NAM. México, 1982.
- CONDE GAXIOLA, N., (compilador), *La filosofía de los derechos humanos de Maurício Beuchat*. Exposiciones y polémicas, Primero, México, 2001
- ERRA/CRUI MACKENNA, C. *La teoría purudcl derecho de Hans Kelsen Visión crítica*, Eunsa, Pamplona, 1986.
- FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Clarendon law series, China, 2000. Hay una traducción al Castellano hecha por Cristóbal Orrego editada en Abeledo Perrot, Buenos Aires, del 2000.
- FINNIS, J., "Natural inclinations and Natural rights: deriving 'Ought' from 'Is' according to Aquinas", en L. J. Elders-Hedwig (eds), *Lex et libertas. Freedom and law according to St. Thomas Aquinas* Ciná del Vaticano: Pontificia Accademia di S. Tommaso, Libreria Editrice Vaticana, 1987.
- FOOT, P., *Los virtudes y los vicios*, UNAM, México, 1994.
- GARCÍA LÓPEZ, J., *Individual. Familia y Sociedad. Los derechos humanos en Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 1990.
- GONZÁLEZ, A. M., *Naturaleza y dignidad Un estudio desde Roben Spocmann*. Eunsa, Pamplona, 1996
- HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural* xa cd Eunsa, Pamplona, 1994.
- "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica, en *Persona y Derecho*, 11, 1984
- LESLIE, S" y HABERMAN, D. L., *Diez teorías sobre la naturaleza humana*, Cátedra. España, 2001.
- MASSINI CORREAS, C. I., *La falacia de la falacia naturalista*, Idearium, Mendoza, 1995
- MILLAN PUEBLI, J. F. S., A., *Porsan humana y justicia social* Mi-nos, México, 1990
- MOORE, G. E., *Principia Ethica*, trad. cast. Garete Diaz A., y Stellino, A. I., UNAM, México, 1997.
- OCARIZ, F., "Rasgos fundamentales del pensamiento de Santo Tomás", en *Tomás de Aquino, también hoy*, Funsca, Pamplona, 1990.
- SCHOUPE, J. P., *La concepción realista del derecho*, G. Navasal-Canteras, Pamplona, 1984.
- SERNA, P., "Modernidad, posmodernidad y derecho natural' un iusnaturalismo posible", en *Persona y Derecho*, 20, 1989.
- SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998.
- RAYLOR, E.H., *Argumentos filosóficos*, Paidós, Barcelona, 1997
- WIGGINS, D., "Locke. Butler y la corriente de conciencia: los hombres como una clase natural". en *Crítica* 44, UNAM. 1986,

Notas

1. BALLESTEROS, J., *Posmodernidad, decadencia o resistencia*, Za. ed, Tecnos, Madrid, 2000, p. 164

2. *Ibid.*, p. 163.

3. Cfr. LESLIE, S., y HABERMAN, D. L., *Diez teorías sobre la naturaleza humana* Catedra. España. 2001. *passim*. El título es especialmente ilustrativo.

4. En una frase criticada por Ballesteros se resume de manera especialmente clara este exceso de nominalismos al que la cultura contemporánea se encuentra sometido. "No existe el hombre, ni la familia, ni la amistad, ni el derecho, sino sólo los hombres, las familias, las amistades, los derechos. Tal esteticismo conduce a una cultura del desbocamiento". BALLESTEROS, J., *Posmodernidad decadencia* .. 01. cit., p. 162-163.

5. Para un estudio detallado y riguroso de los diferentes momentos y pensadores que sobre el tema de los universales, han tratado cfr. BEUCHOT, M. *El problema de los universales*. 2a. ed.: IAFM, Toluca, 1997, *passim*

6. Cfr. TAYLOR, CH., *Argumentos filosóficos*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 326-327.

7. SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 81-110.

8. HUME, D., *A Treatise of Human Nature* Clarendon Press, Oxford, 1967.

9. MOORE, G. E., *Principia Ethica*, trad. cast. Garete Diaz A., y Stellino, A. I., UNAM, México, 1997.

10. Cfr. *Ibid.*, p. 87.

11. Cfr. para tal tema a MASSINI CORREAS, C. I., *La tacacla de la falacia naturalista*, Idearium, Mendoza, 1995, *passim*

12. FINNIS, J., *Natural law and natural rights*. Clarendon law series, China, 2000. Hay una traducción al castellano hecha por Cristóbal Orrego editada en Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. Se citará como LNDN. Del mismo Finnis y sobre el mismo argumento. "Natural inclinations and Natural rights: deriving 'Ought' from 'Is' according to Aquinas", en L. J. Elders - Hedwig (eds), *Lex et libertas. Freedom and law according to St. Thomas Aquinas* Citta del Vaticano: Pontificia Accademia di S. Tommaso, Libreria Editrice Vaticana, 1987.

13. LNDN. En su estudio preliminar. p. 18.

14. *Ibid.*: p. 68.

15. Cfr. SERNA, P., "Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible", en *Persona y Derecho* 20, 1989, p. 156.

16. Para una visión de conjunto sobre los diferentes aspectos filosóficos y prácticos en el pensamiento de este autor. véase CONDE GAXIOLA, N., (compilador), *La filosofía de los derechos humanos de Malricio Huchat*, Exposiciones y polémicas, Primero, México, 2001, *passim*

17. BEUCHOT, M., *Derechos humanos, sus iusnaturalismos*. *Inpositivismo*, UNAM, México, 1995

18. Cfr. *Ibid.*, pp. 137-152.

19. Cfr. *Ibidem*.

20. Una visión detallada de tales críticas puede verse en *Persona*

r *Derecho*. 29, Pamplona, 1993, *pnsssm*.

²¹ HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 8a. ed., Trad. R. Vernengo, Ponúa. México, 1995, T 20

"Esta naturaleza del hombre es esencialmente su naturaleza psíquica, es decir, su constitución «interna», y no su naturaleza física. Pero deberán igualmente tenerse en cuenta las circunstancias externas en las cuales la naturaleza interna del hombre se manifiesta al exterior y ante las cuales el hombre, en virtud de su naturaleza interior reacciona con un comportamiento exterior. Teniendo en cuenta estas circunstancias exteriores, se habla de una «naturaleza de *fas cocas*». permaneciendo, no obstante, como factor determinante la naturaleza del hombre colocado en circunstancias exteriores y actuando en su comportamiento externo con sus instintos, su razón o sus sentimientos (...)". Cit. en ERRAZURIZ MACKENNA, C. J., *La teoría pura del derecho de Hans kelsen. Visión crítica*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 395-396.

²² Cfr. FOOT, P., *Las virtudes y los vicios*; UNAM, México, 1994, p. 16 sx

²³ SERNA, P. "Modernidad, posmodernidad y derecho natural...", *VI- cit.*, p. 177.

"Cfr ERRAZURIZ MACKENNA, C. J., *La teoría pura del derecho de ... op. cit.*, p. 399 ss.

"Para un análisis más detallado de los motivos de orden filosófico y también epistemológico que impiden a Kelsen la aceptación de derecho natural, cfr. AZPURUA AYALA, R., "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección nenkanuana" en *Estudios sobre Hans Kelsen* Edeval, Valparaíso. 1996 pp. 31-57.

"En efecto, se muestra el positivismo y Kelsen JSS- ante todo como un pensamiento cuya explicitación de la realidad jurídica suscita más problemas de los que resuelve y, en el plano de la práctica, se ha revelado incapaz de impedir no pocas aberraciones y de convertir en criminales a ordenamientos jurídicos enteros". SERNA, P., "Modernidad, posmodernidad y derecho natural.. *III, cit.*, p. 157.

²⁴ Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*. 2a cd., 1986, pp. 19-29

²⁵ "En realidad, la introspección, no la reflexión de la mente del hombre sobre el estado de su alma o cuerpo, sino el puro interés cognitivo de la conciencia por su propio contenido (y ése es la esencia de la *cogitatio* cartesiana, en la que (*ogilo* siempre significa *cogito me cogitare*), debe producir certeza, ya que aquí sólo queda implicado lo que la mente ha producido por sí misma; nadie a excepción del productor del producto se ha interferido, el hombre no hace frente a nada ni a nadie sino a sí mismo". ARENDT, H., *La condición humana*. Paidós, Barcelona. 1998, pp. 306-307 Y ss

BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del ... 01" cit.*, p. 26

²⁶ CARPINIERI, F., "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en *Anuario de derecho* 4, Abelco-Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 62.

²⁷ Cfr. GONZÁLEZ, A. M., *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Roten Spaemann*. Eunsa, Pamplona, 1996, p. 8.

²⁸ CARPINTERO, F., "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en *Anuario ... op. cit.*, p. 63

²⁹ *Ibid*"II

³⁰ BOBBIO, N. *L'età dei diritti*. Einaudi Torino, 1997, pp. 18-19. Observaciones en sentido análogo pueden verse en ALVAREZ, LIDÉSMAN, M. I., *Acercas del concepto derechos*

humanos, Me Graw Hill, México, 1998, p. 98, Hago más dichas objeciones pero no las comparto.

³¹ Cfr. SERNA, P., "Modernidad, posmodernidad y derecho natural", *op. cit.*, p. 177.

"No entramos aquí en el espinoso problema que plantea encender la naturaleza humana como atribución de derechos radicada sólo en las pulsiones sexuales de los hombres. Éste «naturalismo libertario», tal como lo ha calificado Sergio Cona, propone la liberalización de las relaciones sexuales, de la homosexualidad, del aborto libre y de la eutanasia. Cfr. COTTA, S., "Le probleme du fondement des droits de l'homme" *ctv Mtuorias de X Congreso mUlldio! ordinario de filosofía del derecho y filosofía social* (t. V.R). v. VI, UNAM, México, 1982, p. 46.

³² SERNA, P., "Modernidad, posmodernidad y derecho natural.. *op. cit.*, p. 179.

³³ BEUCHOT, M., *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*. 2a. cd., UNAM, México, 2000, p. 126.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Una de las más importantes e interesantes aportaciones en la filosofía pragmática norteamericana contemporánea es el sugerente trabajo sobre las «clases naturales» de WIGGINS, D., "Locke, Burfer y la corriente de conciencia: los hombres como una clase natural", en *Crítica* 44, UNAM, 1986, *passim*. En este mismo sentido, el análisis que Beuchot hace en el punto número 10 de la tercera parte de su libro *Filosofía y derechos humanos*, s. XXI. México, 1993, pp. 123-134.

³⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2. e

³⁷ Cfr. *Ibid.*, I-II, q. 80, a. 2, e

³⁸ BEUCHOT, M., *Introducción a la filosofía de ... op. cit.*, p. 129.

³⁹ Cfr. GARCÍA LÓPEZ, J., *Individuo, Familia y Sociedad. Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*. Eunsa, Pamplona. 1990, p. 19.

⁴⁰ HERVAJIA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 8a ed., Eunsa, Pamplona, 1994, p. 145.

⁴¹ Una explicación desde la visión tomista de lo que son derechos naturales subsiguientes y derivados puede verse en *Ibid.*, p. 92 xs.

⁴² Cfr. SCHOUPPE, I. P., *La concepción rentista del derecho*, (i Navasai-Cantcras. Pamplona. 1984, p. 67

⁴³ Cfr. OCARIZ, F., "Rasgos fundamentales del pensamiento de Santo Tomás", en *Tomás de Aquino también hoy*, Eunsa, Pamplona, 1990, p. 73 ss. Cfr. tb., BEUCHOT, M., *III" dilección a la filosofía de ... op. cit.*, p. 131

⁴⁴ Cfr. BEUCHOT, M., *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*, Imdesoc. México, 1989, pp. 20 ss.

⁴⁵ BEUCHOT, M., *Introducción a la filosofía social de ... op. cit.*, P. 130.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 131

⁴⁹ Cfr. tb., MILLÁN PUELLÉS, A., *Persona humana y justicia social*, Mi-nos, México, 1990, pp. 41-57.

⁵⁰ BEUCHOT, M., *Los principios de la filosofía social de ... op. cit.*, p. 21.

⁵¹ Cfr. Toda la interesante explicación que sobre los valores básicos expone en LINDN., *passim*

⁵² Cfr. GARCÍA LÓPEZ, J., *Individuo, Familia y Sociedad. Los derechos humanos en ... op. cit.*, p. 19

⁵³ Para un estudio detallado del derecho de libertad religiosa y

de las relaciones Iglesia-Estado, cfr. nuestro trabajo *Poder esta/al y libertad religiosa. Fundamentos de su relación*, UNAM, México, 2001, *passim*.

⁶⁴ GARCÍA LÓPEZ, J., *Individuo. Familia y Sociedad. Los derechos humanos en.... op. cit.*, p. 20.

⁶¹ HERVADA, J., "Libertad de conciencia y error sobre la

moralidad de una terapéutica", en *Personay Derecho*, /1. 1984, pp. 3-53.

⁶² HERVADA, J., *Introducción crítica al op.cit.* p. 145.

⁶³ LNDN., pp. 148-154.

⁶⁴ BEUCHOT, M., *Introducción a /afilosofía de op. cit.*, p. 133.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*

Las teorías de los derechos humanos

Jesús González Amuchástegui

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es presentar las ideas básicas de las teorías sobre los derechos humanos y, al mismo tiempo, proponer la concepción de los derechos humanos que entiendo más satisfactoria y que considero más coherente con las premisas en las que descansan -tal y como argumentaré- todas las teorías de los derechos humanos. Es una reflexión centrada en cuestiones de carácter conceptual y justificativas, y se mueve, por tanto, **en un terreno prejurídico**, es decir, la **reflexión no va a estar circunscrita al campo del derecho positivo** -no vamos a describir los contenidos de los ordenamientos jurídicos mexicano, español, noruego..., sino que nos vamos a plantear determinadas cuestiones que los legisladores -sean nacionales o internacionales- deben abordar a la hora de legislar en materia de derechos humanos. El objetivo de esta reflexión es explicar qué son y cuáles son los derechos humanos. Para ello, y después de explicar las características de las teorías de la justicia

basadas en la idea de derechos de los seres humanos, caracterizaré ese tipo especial de derechos que denominamos "derechos humanos" -explicando qué significa "tener **un** derecho"-, y procederé a intentar justificar cuáles son esos derechos. **En** este punto surgen discrepancias entre los propios teóricos de los derechos humanos, hasta el punto de que podremos clasificar a las concepciones de los derechos humanos en función de la respuesta que den a algunos interrogantes vinculados a la cuestión de la fundamentación de los mismos, de la determinación de cuáles son éstos. Adelanto ya que propondré clasificar las teorías de los derechos humanos en dos grandes grupos que podemos denominar "liberal conservadoras" y "socialistas liberales".

1.2. En primer lugar, debo explicar que vaya comenzar utilizando la expresión "derechos humanos" para referirme a una determinada teoría de la justicia, es decir, a una determinada propuesta ideal de

ordenación social que ofrece respuesta a las principales cuestiones relacionadas con la vida humana en sociedad y que hace precisamente de los derechos humanos -de la idea de que los seres humanos, todos ellos, tienen unos derechos especiales acreedores a una singular protección- el elemento característico de la misma. En este sentido, los derechos humanos son los derechos que los seres humanos tienen atribuidos en un sistema normativo ideal -en un conjunto de normas no positivizado- construido por las teorías de los derechos humanos. Quiere ello decir, por lo tanto, que la reflexión sobre los derechos humanos -en general, y la mía, en este trabajo, en particular- se va a mover en un plano prejurídico, en el plano moral, en el plano de una determinada teoría de la justicia que se propone como ideal al que los diferentes ordenamientos jurídicos de todos los países- y de la Comunidad Internacional- deberían aproximarse. Afirmar, por tanto, que los seres humanos tienen derechos humanos significa, no que los seres humanos tienen reconocidos en un ordenamiento jurídico-positivo dado -el mexicano, el finlandés... o el de la Organización de Naciones Unidas- determinados derechos ni que éstos están plenamente protegidos y garantizados por los diferentes operadores jurídicos ni siquiera que los seres humanos disfrutan de los mismos, sino que en un sistema normativo ideal -que se considera en buena lógica plenamente justificado- los individuos cuentan con esos derechos humanos; y significa también que es deseable que los

ordenamientos jurídicos positivos -los diferentes derechos nacionales y el derecho internacional- se acerquen a ese sistema normativo ideal y reconozcan positivamente y garanticen, por tanto, esos derechos a los ciudadanos.

Por ello, no será un sinsentido afirmar que todos los seres humanos tienen derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la salud etcétera, aunque desgraciadamente muchos de ellos vivan en países totalitarios donde esos -y otros- derechos humanos no han sido recogidos en los textos jurídico-positivos, o aun viviendo en países democráticos, permanezcan en la más absoluta indigencia, y no disfruten, por tanto, realmente de ellos.

1.3. En tanto que teorías de la justicia, las teorías de los derechos humanos van a **intentar ofrecer una respuesta a muchos** de los principales interrogantes que plantea la convivencia humana en sociedad: ¿cuáles son los bienes básicos de los que los individuos deben poder disfrutar?, ¿quién es el depositario del poder", ¿cuáles son los límites de ese poder?, ¿cuáles son los límites entre lo público y lo privado", ¿qué obligaciones tenemos para con los demás individuos?, o ¿qué obligaciones tiene el Estado para con los particulares? Por ello, debe quedar claro que las teorías de los derechos humanos no son compatibles con cualquier modelo de organización jurídico-política, o dicho más explícitamente, la aceptación de los derechos humanos nos conduce inexora-

blemente a defender los principios del Estado de derecho. Asimismo, las diferentes concepciones de los derechos humanos implicarán diferentes modelos de Estados de derecho: unas -las liberal conservadoras- justificarán el Estado liberal de derecho; otras -las socialistas liberales-, el Estado social de derecho (o Estado de bienestar).

1.4. Las teorías de los derechos humanos han convivido y conviven con otras muchas teorías de la justicia. El punto de partida de cualquier reflexión sobre los derechos humanos debe ser, por tanto, la constatación de la existencia de diferentes concepciones morales y políticas. El enorme prestigio que el rótulo "derechos humanos" tiene hoy, tanto en la comunidad académica como en la política, no debe hacernos olvidar que existen -y han existido- diferentes concepciones de la justicia, que hay -y ha habido- diferentes maneras de responder a las preguntas "¿qué es justo?" y "¿cuáles son los pilares en los que debemos edificar la convivencia social?".

Una de las respuestas a esos interrogantes es la que sostiene que los derechos humanos deben ser el núcleo esencial de cualquier modelo de organización social; pero, repito, hay otras respuestas. No es mi objetivo presentar el debate existente entre las teorías de los derechos humanos y otras teorías de la justicia, pero si poner **de relieve algo tan obvio como que no hay un consenso universal acerca de la bon-**

dad intrínseca de las concepciones de la justicia basadas en la noción de derechos humanos, y que las teorías de los derechos humanos son una de las muchas. propuestas de organización social que el ser humano ha elaborado a lo largo de la historia.

1.5. En primer lugar, analizaré cuáles son las características básicas de las concepciones de los derechos humanos, las características que se pueden predicar de todas y cada una de las teorías de los derechos humanos. Ciertamente no voy a describir todas y cada una de las autotituladas teorías de los derechos humanos, para mostrar cuáles son las notas que aparecen recurrentemente en todas ellas. Más bien, voy a proponer una definición estipulativa **que descansa en las características** que entiendo definidoras de todas aquellas concepciones de la justicia que hacen de los derechos de los seres humanos el elemento central de las mismas. En consecuencia, aquellas teorías morales y políticas que no respeten las características que vaya proponer, aunque se titulen a sí mismas como teorías de los derechos humanos, no podrán hacerlo justificadamente. En definitiva, proclamarse defensor de los derechos humanos implica asumir una determinada concepción de la justicia que descansa en una determinada concepción del individuo, en la defensa de unos determinados bienes **como básicos, en una concreta manera** de entender los límites entre lo público y lo privado, de justificar el poder político.

sus límites, sus obligaciones, etcétera.

1.6. Carlos Santiago Nino¹ ha sostenido que todas las concepciones de los derechos humanos son tributarias de una filosofía moral liberal; todas ellas -dirá Nino- asumen determinados principios morales, característicos de una concepción moral liberal del individuo y de las relaciones entre individuos, y derivan de ellos un conjunto de derechos. Asumo plenamente dicho punto de vista. Creo que no debe haber ningún problema en utilizar el término "liberal" en el sentido en el que lo utiliza Nino, para hacer referencia a un conjunto de éticas que son herederas de los ideales ilustrados y de los principios de "libertad, igualdad y fraternidad" y de las cuales las éticas de los derechos humanos constituyen un caso paradigmático. Aunque en el terreno político suele identificarse el liberalismo con el primer modelo históricamente existente de organización social y política basado en dichos ideales y principios -el modelo que yo llamaría liberal-conservador-, sostengo que puede perfectamente reservarse el mismo calificativo "liberal" para referirnos a otros modelos de organización social y política que suelen denominarse socialistas y socialistas democráticos, y que creo que podrían también ser denominados "socialistas liberales". Precisamente en un trabajo anterior² traté de mostrar la continuidad entre los ideales ilustrados y los principios revolucionarios de 1789, por un lado, y los planteamientos socialistas demo-

cráticos de Louis Blanc y otros coetáneos suyos, por otro.

2. Una teoría de la justicia basada en derechos

2.1. He apuntado anteriormente que la característica básica de estas teorías de los derechos humanos es que hacen de la idea de que los seres humanos, todos ellos, tienen unos derechos especiales acreedores a una singular protección, el elemento característico de las mismas. Podemos decir que proclaman que la idea de justicia está basada en la noción de derechos. Enseguida, surge una duda: ¿puede la justicia estar basada en derechos?, ¿se puede hacer descansar la idea de justicia en la consideración de que los seres humanos tienen una serie de derechos tan relevantes que deben ser especialmente protegidos?, ¿se capta de ese modo satisfactoriamente los elementos básicos de un modelo ideal de organización jurídico-político aceptable", ¿qué papel desempeñarían en ese contexto los deberes de los individuos", ¿y las metas y objetivos de carácter colectivo?

2.2. Tradicionalmente las diferentes teorías de la justicia se han dividido en dos grandes grupos: por un lado, las éticas deontológicas que remiten a Kant y, por otro lado, las éticas teleológicas o consecuencialistas que encuentran su mejor exponente en los planteamientos utilitaristas. No tiene mucho sentido en el

marco de este trabajo detenerse a estudiar exhaustivamente ambos grupos de teorías éticas. Más aún cuando -como explicaré más adelante- voy a proponer una clasificación de las teorías de la justicia de otro tipo. Pero sí puede resultar útil dar un breve repaso al recurrente debate entre teorías deontológicas y consecuencialistas.

(A) Las teorías deontológicas se caracterizan por dar prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, lo cual quiere decir que estas teorías juzgan las acciones **humanas** -su **corrección o incorrección** moral- por sus cualidades intrínsecas -de las que van a derivar derechos y deberes de los individuos-, y no en función de que contribuyan o no a alcanzar determinados objetivos o metas, por valiosos que éstos sean. Estas teorías de la justicia tratan de derivar mediante la razón, y a partir de una determinada concepción de los seres humanos, los principios morales correctos que deben regir el comportamiento de los individuos, y de los que derivarán las reglas que regulan el comportamiento en sociedad, así como los derechos y los deberes de los individuos. Como indicaba antes, las teorías de la justicia de base deontológica no toman en consideración los resultados o consecuencias que pueden derivarse de estos principios, o del reconocimiento de los derechos o deberes que deducen de ellos. Ni unos buenos resultados justifican o convalidan una **acción intrínsecamente inmoral**, ni unas malas consecuencias invalidan un com-

portamiento moralmente correcto. El ejemplo típico de ética deontológica es la ética kantiana, concepción ética que hace de la noción de deber su elemento nuclear. Las teorías de la justicia basadas en derechos son también un ejemplo de ética deontológica. Incluso puede decirse que en la actualidad, tras la contribución de John Rawls, las éticas deontológicas otorgan más relevancia a la noción de derechos que a la de deberes.

(B) Por su parte, las éticas teleológicas dan prioridad a lo bueno sobre lo moralmente correcto; frente al interés de los planteamientos deontológicos por las características intrínsecas del comportamiento humano, las teorías teleológicas analizan la bondad o maldad de las **acciones en función de sus consecuencias**, en función de que éstas sirvan para alcanzar un determinado fin u objetivo que se considera valioso. Por eso, suelen ser llamadas también éticas consecuencialistas. Estos planteamientos parten de la determinación de un fin (o *telos*) que deben perseguir los seres humanos, normalmente establecido a partir de una determinada interpretación de la naturaleza humana, y que se utiliza para justificar todas aquellas acciones que contribuyan a alcanzarlo. La ética teleológica por excelencia es el utilitarismo. Éste deduce de la naturaleza humana el fin u objetivo que los seres humanos deben alcanzar: la felicidad, el bienestar, la excelencia y, en buena lógica, evalúa las reglas y los comportamientos por sus

consecuencias y por su contribución para alcanzar esa meta antes apuntada. Están justificadas -desde una perspectiva utilitarista- aquellas acciones y reglas que contribuyen a maximizar el bienestar, la felicidad, la utilidad". general. En este marco, los derechos de los individuos tienen un carácter instrumental: estarán justificados si el respeto de los mismos contribuye a maximizar el bienestar general, y no lo estarán en caso contrario.

2.3. En este breve repaso a las características básicas de las éticas deontológicas y teleológicas me interesa destacar **dos cuestiones:**

(a) En primer lugar, una nota del utilitarismo presente en la última observación; me estoy refiriendo a su carácter intrínsecamente maximizador y agregativo: el objetivo último del utilitarismo es **maximizar** -carácter maximizador- **la suma total** -carácter agregativo- de bienestar, felicidad o utilidad. Y esta nota ha sido permanentemente criticada por los teóricos de los derechos humanos, que denunciaban -y denuncian- que el utilitarismo no da relevancia a los problemas de distribución, defiende una imposible comparación de utilidades, felicidades y bienestares de diferentes sujetos, y otorga una excesiva importancia a la noción de bienestar; incluso se ha llegado a decir -desde esos planteamientos defensores de las teorías basadas en derechos- que el utilitarismo no asume la diferencia y separación moral de las personas, y puede

llegar a justificar el sacrificio de individuos en aras de maximizar el bienestar (utilidad, felicidad) general.

El utilitarismo ha respondido a éstas y otras objeciones. No me vaya a centrar en el debate utilitarismo-derechos humanos, pero si quiero poner de relieve, con las observaciones anteriores, una nota básica de las teorías de los derechos humanos: su insistencia en la singularidad e irrepetibilidad de todos y cada uno de los seres humanos, en eso que hemos convenido en llamar dignidad humana y que les hará poseedores de características intrínsecamente valiosas y por ello titulares de derechos. Rawls reflejó perfectamente esta idea en las líneas iniciales de su *Teoría de la Justicia*, al afirmar que "cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar".' Ronald Dworkin insistiendo en esta idea, y por ende, en su crítica al utilitarismo, habló de los **derechos como "triumfos" y caracterizó su teoría como una concepción antiutilitarista de los derechos.**'

(b) En segundo lugar, parecería de las observaciones anteriores, que las teorías de la justicia basadas en derechos, al quedar englobadas en el grupo de las teorías deontológicas, y por tanto, opuestas a las teorías teleológicas o consecuencialistas, **tienen necesariamente un marcado carácter anti-consecuencialista.** Amartya Sen,' entre otros, ha querido

matizar dicho anti-consecuencialismo y ha hecho descansar su propuesta en la defensa de "un sistema moral en el que la satisfacción y la no realización de los derechos humanos están incluidos en la evaluación de los diferentes estados, y entonces tomados en consideración a la hora de elegir las acciones a través de nexos consecuencialistas". Creo que las observaciones de Sen son de extraordinaria importancia y su propuesta de integración de los derechos en un marco consecuencialista debe ser considerada, pues, al hacer de los derechos no sólo un límite a las políticas públicas, sino además un criterio orientador de las mismas, enriquecen sustancialmente el modelo deontológico clásico. Las teorías deontológicas, a pesar de indicar que los derechos son intrínsecamente valiosos y, por ello, tines en sí mismos, se olvidan de los fines a perseguir por los poderes públicos, y nos señalan que sean cuáles fueren los objetivos o fines que persigamos, los medios que utilicemos nunca podrán implicar violaciones de los derechos. Lo que Sen nos dice es: los derechos, además de indicarnos qué medios nunca podremos utilizar -por atentar contra la dignidad humana-, deben orientarnos acerca de los objetivos o fines que debemos perseguir si nos tomamos dichos derechos en serio.

2.4. Decía anteriormente que iba a partir de una clasificación diferente de las teorías de la justicia, pues probablemente nos sea de mayor utilidad en nuestro análisis de las características de las teorías

i

de los derechos humanos. Me refiero a la clasificación propuesta por Ronald Dworkin, quien distingue entre teorías basadas en derechos, deberes y metas u objetivos de carácter colectivo' Vaya detenerme en la exposición de su planteamiento, porque entiendo que puede resultar esclarecedor en el análisis que me propongo llevar a cabo. En primer lugar, Dworkin define qué debemos entender por "**objetivos**", "**deberes**" y "**derechos**":

"Un estado de cosas es un *objetivo* dentro de una teoría política determinada si, dentro de esa teoría, el que un acto político favorezca o preserve ese estado de cosas cuenta en favor de dicho acto, y el que lo retarde o lo amenace cuenta en contra de él" (p. 258).

"Un individuo tiene *derecho* a un acto político determinado (...) si el prohibirle realizar dicho acto, cuando él lo requiere, no está justificado dentro de esa teoría aunque, habida cuenta de todas las circunstancias, los objetivos de la teoría fueran incumplidos por dicho acto" (p. 258).

"Un individuo tiene el *deber* de actuar de una manera determinada, dentro de una teoría política, si una decisión política que restrinja ese acto se justifica dentro de esa teoría aunque esa decisión no sirva a ningún objetivo del sistema" (p. 259).

En segundo lugar, Dworkin sostiene que las teorías políticas difieren entre sí no simplemente en los objetivos, derechos y deberes específicas que cada una de ellas

establ-ee, sino también en la relación que establecen entre los objetivos, derechos y deberes que proclaman, y primordialmente por la preferencia que dé a uno u otros elementos. A continuación, Dworkin propone una clasificación de las teorías políticas en función de cuál sea el elemento fundamental de la misma, un objetivo supremo, un conjunto de derechos o un conjunto de deberes. Así, tendremos teorías *basadas en objetivos* (toman como fundamental algún objetivo); teorías *basadas en derechos* (toman como fundamental algún derecho, por ejemplo, el derecho de todos los hombres a tener la mayor libertad general posible), y teorías *basadas en deberes* (toman como fundamental algún deber, por ejemplo, el de obedecer a la voluntad de Dios, tal y como se expresa en los diez mandamientos). Los ejemplos más característicos que ofrece Dworkin de cada una de estas teorías son el utilitarismo, la teoría de la revolución de Tom Paine y los imperativos categóricos kantianos. En todo caso, las diferentes teorías políticas incluyen tanto objetivos, como deberes y derechos, si bien habrá un elemento que sea el fundamental y del que derivarán los restantes.

En este marco dibujado por Dworkin, cabe preguntarse si una teoría de la justicia basada en derechos puede resultar satisfactoria, o dicho de otro modo, si la noción de "derechos" puede captar cabalmente -y mejor que las nociones de "deber" y de "objetivo"- la esencia de una teoría moral global que nos parezca

justificada, y derivar de esos derechos básicos o fundamentales, otros derechos y deberes y metas u objetivos de carácter colectivo. Formalmente podemos imaginar un sistema moral en el que algunos derechos son fundamentales, y otros derechos, determinados deberes y metas, derivan de ellos. En efecto, proclamados determinados derechos, de ellos **derivamos como consecuencias lógicas** determinados deberes adscribibles a terceras personas e incluso al mismo titular del derecho. Asimismo, proclamados determinados derechos, es plausible que la consecución de ciertos objetivos resulte una condición necesaria para el ejercicio del derecho, derivando, por tanto, dichos objetivos de este derecho. Desde una perspectiva material o sustantiva, entiendo que podemos asumir como aceptable la prioridad de los derechos sobre los deberes. Podríamos decir que mientras que los derechos **encuentran su razón de ser en sí mismos**, los deberes no pueden hacerlo, encontrándose su justificación bien en una autoridad externa al obligado, bien en alguna meta o en algún derecho. Por decirlo con un ejemplo, parece más razonable afirmar que los demás seres humanos tienen el deber de respetar mi vida e integridad física *porque yo tengo derecho a la vida*, que sostener que yo tengo derecho a la vida *porque los demás tienen el deber de respetar mi vida e integridad física*. Podemos explicar perfectamente por qué tengo yo derecho a la vida, haciendo simplemente alusión al bien

vida, a la idea de autonomía individual etcétera, mientras que la justificación de un deber de no matar requiere hacer mención a derechos, a metas o a la existencia de una norma dictada por una autoridad que impone ese deber.

Creo también que podemos asumir, de momento, que puede resultar razonable optar por los derechos frente a las metas u objetivos de carácter colectivo como elemento nuclear de una teoría razonable de la justicia. Por un lado, porque sólo podríamos aceptar como razonables aquellas metas colectivas en cuya elección hubieran participado los particulares, pues no parece razonable que esos objetivos que constituyen el elemento definidor de la teoría moral de que se trate, se determinen de manera apriorística y se les busque una justificación al margen de los interesados. Además, probablemente, esa determinación participativa de las metas y objetivos a perseguir deba hacerse en repetidas ocasiones, no de una vez por todas. En segundo lugar, porque actuando de ese modo, es difícil hallar un consenso sobre cuáles deben ser las metas y objetivos últimos a perseguir, y de los que derivan los derechos y deberes, pues los individuos libremente suelen discrepar en torno a sus planes de vida, objetivos a alcanzar...

Si bien he respondido afirmativamente a la pregunta relativa a si la justicia puede o no estar basada en derechos, creo que las observaciones de Sen antes apuntadas

son de extraordinaria importancia y su propuesta de integración de los derechos en un marco consecuencialista debe ser considerada, pues, al hacer de los derechos no sólo un límite a las políticas **públicas, sino además un criterio orientador de las mismas, enriquece** sustancialmente el modelo deontológico clásico.

3. Características de las teorías de los derechos humanos

Podemos caracterizar las teorías de los derechos humanos por cuatro notas:

1. Los individuos son concebidos como agentes morales racionales.
2. Individualismo: los individuos son los titulares de los bienes básicos.
3. Igualitarismo: todos los individuos deben ser tratados como iguales.
4. Universalismo: el ámbito de validez de estas teorías es universal.

3.1. Las teorías de los derechos humanos, como ejemplo paradigmático de teoría moral ilustrada, parten de una concepción de los seres humanos como agentes morales racionales, lo cual significa que los individuos son concebidos como agentes que gozan de la facultad de tener un sentido de la justicia, es decir, de entender, aplicar y actuar a partir de los principios de justicia, y que cuentan con capacidad para elaborar planes de vida, para revisarlos y modificarlos. El rasgo distintivo de los seres humanos, el rasgo común a todos

ellos, con independencia tanto de sus características físicas, como de sus rasgos culturales, de sus experiencias vitales y **de sus condicionamientos económicos y sociales**, es su capacidad de razonar y de elegir, con otras palabras, su capacidad de obrar con autonomía, en definitiva, su capacidad de ser libre. La consideración de los individuos como agentes autónomos implica necesariamente concebirles de manera independiente de sus experiencias, pues en caso contrario, los individuos formarían parte del flujo causal al que pertenecen las experiencias. Es esta capacidad de ser libres, de obrar con autonomía, la que caracteriza a (todos) los seres humanos y la que les confiere su especial dignidad. Será esta capacidad precisamente la que pretendan garantizar los derechos humanos.

3.2. Son individualistas pues conciben al individuo como la unidad moral básica. Las entidades colectivas en las que nos integramos -aun siendo sumamente relevantes tanto de cara a la conformación de nuestra identidad, como a la determinación de los medios necesarios para que podamos llevar a la práctica el objetivo de la autodeterminación individual- no tienen personalidad moral autónoma, no tienen identidad moral propia. Su existencia (moral) es reducible a la de los individuos que las integran. En definitiva, el individualismo del que estamos hablando supone que los bienes fundamentales en los que todos pensamos cuando hablamos de derechos humanos son

bienes adscribibles a individuos, son bienes de los que disfrutan o de los que carecen los individuos. Por ello, las teorías de los derechos humanos conciben a éstos como derechos individuales, y no colectivos. Sólo los individuos son titulares de derechos humanos.

No debería ser necesario apuntar que este individualismo no dice nada sobre el círculo de titulares de los derechos humanos. Tampoco debería ser necesario señalar que el carácter individualista de las teorías de los derechos humanos no supone ninguna toma de postura en relación con la determinación de cuáles son los derechos humanos. En definitiva, considerar individualistas a las teorías de los derechos humanos no es incompatible con defender que el objetivo de las mismas debería ser garantizar universalmente la satisfacción de las necesidades humanas básicas y lograr que todos los seres humanos puedan elegir autónomamente -superando los condicionamientos económicos y sociales- sus planes de vida. Asociar individualismo con planteamientos morales y políticos conservadores es simplemente erróneo. En este mismo sentido Tom Campbell? critica la creencia más o menos generalizada de que toda concepción socialista de la justicia debe estar basada en objetivos colectivos y en deberes, y nunca en derechos. En su opinión, los derechos ocupan un lugar nuclear en una concepción socialista de la justicia; y dada la estrecha conexión existente entre derechos e individualismo,

se ve forzado a admitir que su concepción socialista de la justicia es individualista. Además, tiene razón Campbell cuando sostiene que el verdadero objetivo de la crítica que desde planteamientos socialistas se hace al "individualismo", no es la noción de "derechos individuales", sino la consideración de que la naturaleza humana es irredimiblemente egoísta. El blanco de esa crítica socialista debe ser, desde mi punto de vista, el modelo hobbesiano, certeramente calificado por Macpherson' como "individualismo posesivo", y la concepción del individuo y de sus derechos implícita en el mismo, y no toda concepción individualista de la justicia.

Por todo ello, no entiendo aceptable la identificación de todo individualismo con el "individualismo posesivo" o lo que es lo mismo, entiendo que junto a este tipo de individualismo, cabría otro que podríamos calificar como "individualismo solidario". Así podremos hablar perfectamente de teorías de los derechos humanos (individualistas) posesivas y teorías de los derechos humanos (individualistas) solidarias.

Además, afirmar que los derechos humanos son de titularidad individual no implica negar la existencia de bienes públicos o colectivos (medio ambiente, cultura,...) cuya salvaguarda es condición necesaria para la garantía de los derechos humanos y, por tanto, está justificada por los mismos derechos humanos.

3.3. Son igualitarias pues todas las teorías de los derechos humanos que parten de la necesidad de tomar en consideración los intereses de todos los individuos por igual. Afirmaba anteriormente, al defender el carácter individualista de las teorías de los derechos humanos, que éstas hacen del individuo (de todos los individuos) el punto de partida de las mismas. Las teorías de los derechos humanos toman en consideración los intereses de todos y cada uno de los individuos con independencia **de su sexo, raza, religión, clase social, o de su tradición cultural**; y esos intereses valen por igual. Lo importante es que somos individuos, es que todos y cada uno de los seres humanos somos agentes morales racionales con capacidad para ser dueños de nuestro destino. De ahí deriva el carácter igualitario de todas las teorías de los derechos humanos, pues, todas ellas asumen como principio básico uno de carácter igualitario que puede formularse de la siguiente manera: "todos los seres humanos deben ser tratados como iguales, con igual consideración y **respeto**".

No todas las teorías de los derechos humanos interpretan, sin embargo, del mismo modo, este principio de igualdad. Históricamente ha habido dos maneras diferentes de responder a esta última pregunta, que todavía están presentes tanto en los grandes debates de la filosofía moral y política contemporánea, como en las controversias políticas que carac-

terizan la realidad de nuestros países y de la comunidad internacional.

(A) La primera respuesta, que podemos llamar "liberal-conservadora" o "liberal-burguesa", sostiene que tratamos a todos los seres humanos como iguales cuando el destinatario de la norma es el ciudadano abstracto, olvidando su nacionalidad, raza, sexo, religión, nivel social...; tratamos a todos los seres humanos como iguales cuando la ley es universal, cuando la ley va dirigida a todos y cada uno de los individuos por igual. La norma es la misma para todos. De ese modo, todos los seres humanos somos tratados como iguales, con igual consideración y respeto. La igualdad es entendida como igualdad ante la ley e implica fundamentalmente no discriminación.

(B) La segunda respuesta de carácter socialista ha sostenido que esa igualdad ante la ley es compatible no sólo con graves desigualdades sociales, sino que además no garantiza la satisfacción universal de las necesidades humanas básicas, ni por lo tanto, la elección autónoma por parte de los individuos de sus planes de vida. Por ello, dirán los socialistas que dicha noción de igualdad no respeta la exigencia de tratar a todos los individuos como iguales, con igual consideración y respeto, e incluso cuestionan que sea compatible con el respeto a los derechos humanos. Presentan una noción alternativa de igualdad, que parte de la constatación de las graves desigualdades

sociales existentes, de la miseria en la que se halla sumida una gran parte de la humanidad, de las barreras de tipo social, económico y cultural existentes para el disfrute de los derechos humanos, de las inhumanas condiciones de trabajo de muchas personas, de las discriminaciones todavía existentes en diferentes parcelas de la vida pública, y que persigue garantizar a todos los seres humanos unas condiciones de vida -materiales y espirituales- dignas. La igualdad implica, se dice, tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Inmediatamente surge una nueva duda: ¿quiénes son los iguales y quiénes los desiguales? El punto de partida es doble: por un lado, asumimos la condición de agentes morales racionales de todos los seres humanos, y por otro, constatamos la existencia de muchísimas diferencias entre éstos (unas de carácter natural: raza, sexo, talentos, capacidad física, edad...; y otras de carácter social: riqueza, posición social, educación...). El punto de llegada u objetivo se caracteriza por la universal satisfacción de las necesidades humanas básicas y por la capacidad universal de elegir autónomamente sus planes de vida.

El principio de igualdad contendría, por tanto, dos tipos de exigencias aparentemente contradictorias: por un lado, la igualdad implicaría no discriminación, tratar de manera igual a los seres humanos, con independencia de las diferencias que puedan existir entre nosotros, pues dichas diferencias no nos hacen desi-

guales. Pero por otro lado, hay criterios que si nos hacen desiguales, no esencialmente, pero sí a efectos de justificar diferentes tratamientos en función de que satisfagamos o no el criterio de referencia. Permanecer ciegos ante las muchas diferencias existentes entre los seres humanos (pensemos en determinadas diferencias económicas, de salud, de inteligencia, entre otras), reivindicar que el Derecho permanezca igualmente ciego ante muchas de esas diferencias, condenaría a muchas personas (enfermos, niños nacidos en medios miserables, desafortunados...) a la pobreza y a la insatisfacción de necesidades básicas, y en definitiva, les impediría poder ser autónomos, dueños de su destino. Difícilmente podríamos sostener que un ordenamiento jurídico que no toma en consideración dichas diferencias. trata a los seres humanos como iguales, con igual consideración y respeto. La exigencia que todas las teorías de los derechos humanos asumen de tratar a todos como iguales, obligaría a tratar de manera diferente a las personas **en función de que se encontraran -o no-** en una situación tal en la que el disfrute de los derechos humanos pudiera estar en peligro.

3.4. Las teorías de los derechos humanos son universalistas. El universalismo es la **tercera cara de una moneda de tres caras** en la que las otras dos vinieran definidas por el individualismo y el igualitarismo. Asumir como punto de partida al individuo **como agente moral** racional, **destacando**

lo que todos los seres humanos tenemos en común con independencia de nuestros rasgos contingentes y proclamar, por otro lado, que todos los individuos debemos ser tratados como iguales, conduce necesariamente a pensar en la humanidad como referente moral, como espacio natural de la moralidad. Las teorías de los derechos humanos, al igual que las demás éticas ilustradas, persiguen elaborar un paradigma moral de validez universal, una moralidad crítica, superadora de las moralidades sociales o positivas, que vincule tanto a la comunidad internacional como a los diferentes estados. El rasgo peculiar de las teorías de los derechos, frente a otras concepciones morales ilustradas, es su afirmación de que todos los seres humanos son titulares de los derechos proclamados en ese sistema normativo moral crítico. En este sentido, es una **contradicción en sus propios términos, una** teoría de la justicia basada en la idea de derechos humanos que asumiera una validez espacio-temporal limitada y que proclamara que es justo respetar los derechos humanos en determinadas zonas del planeta, o que sostuviera que sólo son titulares de derechos humanos determinadas seres humanos. Una teoría no universalista de los derechos humanos (que excluyera de entre sus destinatarios a los practicantes de una determinada religión, a los miembros de una raza o de una comunidad indígena, a los pertenecientes a comunidades cuyas tradiciones son incompatibles con las teorías de los **derechos humanos**) **simplemente no es una teoría de los derechos humanos.**

4. Concepto de derecho subjetivo y características de los derechos humanos

4.1. Una vez caracterizadas las teorías de los derechos humanos, debemos pasar a estudiar qué son los derechos humanos, cuáles son sus características y cuáles son esos derechos humanos. En resumen, vamos a abordar un conjunto de cuestiones de índole diferente: tanto conceptuales como de fundamentación. Al elaborar el concepto de derechos humanos intentamos explicar qué son los derechos humanos, cuáles son las condiciones de aplicación del término "derechos humanos", mientras que al estudiar el problema de su fundamentación, nos preguntamos cuáles son los derechos humanos, qué derechos podemos justificar. Si bien son dos cuestiones diferentes, que pueden y deben ser abordadas por separado, sus interconexiones son muchas y es necesario un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto. Dicho con otras palabras, hay que elaborar una "teoría sustantiva" de los derechos que analice tanto rasgos estructurales, como analíticos y normativos. En efecto, no parece razonable proponer un concepto de derechos humanos en el que no encajen algunos de los derechos justificados "posteriormente" al abordar los problemas de fundamentación.

4.2. En primer lugar debemos explicar qué hay que entender por "tener un derecho", o lo que es lo mismo, qué es un derecho subjetivo. Las tesis básicas relativas al concepto de derecho en sentido subjetivo son las siguientes:

(i) sólo podemos hablar de derechos subjetivos en el seno de sistemas normativos; no hay derechos al margen de las normas (debe quedar claro que estamos hablando de normas en general, y no de normas jurídicas); en definitiva, lo que estamos diciendo es que en un hipotético estado de naturaleza -en el que por definición no hay normas- no puede en rigor hablarse de derechos y libertades;

(ii) la categoría derecho subjetivo puede existir tanto en sistemas normativos jurídicos como en sistemas normativos morales. Es perfectamente posible hablar de "derechos" (en sentido subjetivo, como facultad propia de ciertos sujetos) al margen del derecho (en sentido objetivo, es decir, como ordenamiento jurídico positivo, como conjunto de reglas o normas). Con otras palabras, no considero que la categoría "derecho a ..." sea exclusiva de los sistemas normativos jurídicos; del mismo modo que podemos hablar de "obligaciones morales", podemos hablar de "derechos morales";

(iii) las teorías de la voluntad, cuyos exponentes clásicos son Savigny y Windscheid, sostienen que la idea de voluntad

del sujeto, de poder del individuo, constituye el elemento esencial del derecho subjetivo; éste es concebido como un poder que pertenece a una persona, como una esfera en la que su voluntad es suprema, y en la que puede determinar el comportamiento de los demás. Estas teorías no explican satisfactoriamente los diferentes tipos de derechos existentes, ni los derechos de aquellos titulares sin voluntad, ni determinadas características de ciertos derechos. Asimismo, estas teorías responden a una concepción liberal conservadora de los derechos, que hace énfasis en exceso sobre el papel del individuo aislado, proclama una idea de libertad como ausencia de impedimentos normativos y se preocupa tan sólo por reivindicar para los individuos espacios en los que su voluntad sea soberana.

(iv) las teorías del interés encuentran su máximo exponente en Ihering, si bien encontramos en la teoría del beneficiario de Bentham algunas similitudes. Ihering criticó la concepción del derecho subjetivo como poder de la voluntad del individuo, y propuso concebirlo como un interés jurídicamente protegido. Dos son las notas fundamentales de los derechos subjetivos según Ihering: por un lado, no hay derecho subjetivo sin protección jurídica, si no está garantizado por una acción judicial; por otro lado, la esencia del derecho subjetivo es el interés, la utilidad, el goce, el beneficio que reporta a su titular. Lo característico de estas teorías es que destacan la noción de bien, beneficio, ventaja o interés

como característica de los derechos y relativizan la importancia de la voluntad individual en la definición de los derechos. Este planteamiento encaja mejor con una concepción de la justicia basada en derechos que no es neutral sino que descansa en una determinada concepción del bien. Del mismo modo que las teorías de la voluntad encajan mejor con las concepciones liberal-conservadoras de los derechos humanos, considero que cualquier intento de elaborar una concepción alternativa de los derechos humanos de carácter socialista y solidario pasa por adherirse a las teorías del interés.

(v) no debemos confundir los derechos ni con las razones que los justifican, ni con las técnicas de protección de los mismos; es decir, podemos tener derechos aunque no estén protegidos mediante las técnicas jurídicas habituales;

(vi) los derechos son razones justificatorias de la imposición de deberes a terceros, del reconocimiento a sus titulares de un poder normativo, una libertad, una inmunidad, y de la persecución de determinados objetivos colectivos.

(vii) a la hora de analizar la relación existente entre derechos y deberes, debemos evitar dos errores: afirmar que alguien tiene un derecho porque es el beneficiario de la obligación de un tercero, y determinar los derechos que tenemos a partir de los deberes que justificadamente podamos adscribir a terceros.

4.3. Las características habitualmente atribuidas a los derechos humanos son tres: universales, absolutos e inalienables:

(a) La universalidad de los mismos tiene una pluralidad de dimensiones que conviene analizar pormenorizadamente. Por un lado, este rasgo de los derechos nos remite al debate entre universalismo y relativismo ético. Por otro lado, tiene que ver con el problema de la *positivación* forzosamente estatal. Y por último, afecta también al proceso de especificación de los derechos.

(i) respecto a la primera cuestión, hemos defendido la universalidad de las teorías de los derechos humanos, lo cual implicaba que el titular de los derechos proclamados por dichas teorías es el ser humano, todo ser humano;

(ii) la proclamación de los derechos humanos en textos jurídicos forzosamente estatales -dejamos al margen los textos internacionales- que fijan el requisito de nacionalidad para disfrutar de determinados derechos humanos, no cuestiona la universalidad de los citados derechos; en primer lugar, porque hay determinados derechos de los que disfrutamos en todas partes con independencia de la nacionalidad (derecho a la vida, a la integridad física, a un juicio justo...); y en segundo lugar, porque en relación con otros derechos cuyo disfrute sí exige la nacionalidad (por ejemplo, el derecho al sufragio), la universalidad no exige que nuestro dere-

cho al sufragio pueda ser exigido en cualquier lugar del mundo en cualquier momento, sino que implica que todos los seres humanos puedan participar en la elección de los representantes de la comunidad de la que forman parte;

(iii) el proceso de especificación (que define nuevos derechos en virtud de determinadas condiciones de vida: derechos de la tercera edad, de la infancia, de los trabajadores, de los consumidores...) no supone la negación de la universalidad de los derechos; en efecto, todos somos titulares de esos derechos, si bien, para ejercerlos, tenemos que satisfacer determinadas condiciones que en ocasiones cumpliremos y en otras no; mas sabemos que cuando reunamos esas condiciones, disfrutaremos de esos derechos.

(b) Por lo que se refiere a su consideración como absolutos, coincido con Laporta cuando afirma que "cuando decimos que los derechos humanos son absolutos lo que queremos decir es que se trata de requerimientos morales que, caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer",⁹ si bien cabe una excepción que viene dada precisamente por los propios derechos humanos; es decir, cabría desplazar derechos pero sólo por derechos. Al admitir esta excepción, Laporta cree que es preferible hablar de los derechos humanos como derechos "*prima facie*" en lugar de absolutos: "Se

dice que los derechos humanos son absolutos (significando en realidad que son '*prima facie* ') porque en caso de conflicto con demandas morales colectivas o con demandas individuales no constitutivas de derechos, logran imponerse a ambas, desplazándolas". Creo que tiene razón Laporta en su defensa de los derechos humanos como derechos *prima facie*. Discrepo con él, sin embargo, en su tesis de que los derechos sólo pueden ser desplazados por derechos. En consonancia con las tesis defendidas con anterioridad vinculadas a la propuesta de Sen de hacer de los derechos no sólo un límite a las políticas públicas, sino además un criterio orientador de las mismas; y de acuerdo con la asunción de que la persecución de determinados bienes públicos está moralmente justificada, incluso en el marco de una teoría de los derechos humanos que descansa en la noción de autonomía individual, por ser la consecución de dicho bien público condición necesaria para la eficaz garantía de derechos humanos, creo que habría que admitir que los derechos humanos pueden en ocasiones ser desplazados por determinadas demandas morales colectivas (que estuvieran justificadas por ser necesarias para la eficaz garantía de derechos).

(e) Por lo que respecta a la inalienabilidad, ésta se explica intuitivamente diciendo que los derechos humanos son tan importantes que sus titulares no pueden renunciar a ellos, que los derechos humanos no están

a la libre disposición de sus titulares. En primer lugar, no tenemos los derechos humanos que deseamos tener. Cabe la posibilidad de que tengamos derechos que no 'hemos solicitado' tener, y cabe que no tengamos derechos que quizá nos gustaría tener. En segundo lugar, cabe también la posibilidad de que tengamos que ejercer derechos a los que nos gustaría renunciar. Esta intuición por un lado, encaja perfectamente con la consideración de las teorías de los derechos humanos como teorías 'tímidamente perfeccionistas', es decir, que descansan en una determinada concepción del bien; y por otro lado, pretende evitar la tentación totalitaria de negar la vigencia de determinados derechos humanos sobre la base de que los ciudadanos han, supuestamente, renunciado de manera voluntaria a ellos. No hace falta insistir en este momento en la extraordinaria relevancia de **este tema en relación con los derechos sociales**, sobre todo, con los derechos de los trabajadores. En definitiva, podemos y debemos seguir afirmando la inalienabilidad como uno de los rasgos básicos de los derechos humanos, insistiendo **además en que esta característica** se predica tanto de la titularidad como del ejercicio de los derechos. En efecto, lo que se suele entender como renuncia al **ejercicio de un derecho no es sino el** ejercicio del derecho de otro modo; además, la libertad de la que gozan los titulares de los derechos humanos es menor de lo que pudiéramos pensar, y hay muchos cauces de acción en el ámbito

protegido por los derechos que están vedados a sus titulares: todos aquellos que choquen frontalmente con el contenido esencial del derecho (venta del voto al mejor postor, adquisición voluntaria de la condición de esclavo...), o aquellas que imposibiliten el ejercicio futuro del derecho (consumo de estupefacientes, afiliación a sectas...).

5. ¿Cuáles son los derechos humanos? Un ensayo de fundamentación

5.1. La estrategia que seguiré para fundamentar los derechos humanos pasa por intentar deducir de la consideración de los individuos como agentes morales racionales una serie de principios morales de los cuales poder derivar los derechos humanos. Los tres principios morales en los que descansa mi construcción son:

1. El principio de autonomía individual,
2. El principio de inviolabilidad y dignidad de la persona,
3. El principio de ciudadanía.

5.2. Principio de autonomía individual. Este principio proclama, de acuerdo con la formulación de Nino, que "siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la

satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución".!" Lo anterior supone, en su lectura tradicional, un límite al poder del Estado y la defensa de una esfera en la que el individuo es soberano. Caben, sin embargo, lecturas enriquecedoras del principio y de sus consecuencias en relación con los derechos humanos:

(A) La argumentación liberal en este terreno, que John Stuart Mill resumió a la perfección, descansa en tres grandes pilares: en primer lugar, en la distinción de dos esferas de la moral, la moral privada y la moral pública; en segundo lugar, en la consideración de que los individuos son los mejores jueces de sus propios intereses; y en tercer lugar, en la consideración de la autonomía como algo objetivamente valioso. Podría añadirse un cuarto elemento característico de la argumentación liberal tradicional, una noción restrictiva de daño, que lo identifica con el resultado de una acción positiva, y que implica que la violación de la autonomía sólo podrá producirse por acción y no por omisión;

(B) Las teorías de los derechos humanos descansan en la consideración de los individuos como agentes capaces de elaborar, revisar, modificar y poner en práctica sus planes de vida y sus modelos de excelencia y virtud personal, con otras palabras como seres autónomos. Ello requiere que el Estado y en general los poderes públicos -para ser legítimos-

cumplan dos funciones: la **primera** es crear un marco jurídico-político que permita a los individuos desplegar dichas potencialidades y, la segunda, sancionar coactivamente aquellas conductas de los particulares que supongan una violación de dicho marco jurídico-político y que originen un daño a los bienes de terceras personas. La otra cara de la moneda es que el Estado y los poderes públicos no tienen reconocida la capacidad de sancionar aquellos comportamientos que, aun siendo contrarios a determinados principios morales que pudieran considerarse "únicos y verdaderos" o formando parte de la moralidad socialmente dominante, ni suponen una violación del marco jurídico-político ni atentan contra bienes de terceras personas. Con otras palabras, las concepciones de los derechos humanos implican reconocer en la esfera de la moralidad privada un ámbito en el que el individuo es soberano y en el que el Estado no puede entrar; ese ámbito está protegido mediante el reconocimiento a todos los seres humanos de determinados derechos humanos de libertad (luego veremos cuáles) que precisamente les van a garantizar -al menos frente a las tentaciones perfeccionistas y moralizadoras del Estado y otros poderes públicos y privados- la posibilidad de autodeterminarse, de llegar a ser seres realmente autónomos. Estos derechos humanos desempeñan el papel de perimetro protector de la autonomía privada.

(e) Los derechos humanos que encuentran su justificación en este principio de

autonomía individual y desempeñan el papel de perimetro protector de la autonomía privada son los tradicionales derechos de libertad vinculados a lo que podríamos llamar el libre desarrollo de la personalidad: en primer lugar, los derechos de libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, políticas e ideológicas; en segundo lugar, los derechos relativos al desarrollo de la vida privada (libertad sexual, de crear una familia...); en tercer lugar, libertad de trabajo, de creación de empresas y de desarrollo de iniciativas artísticas, científicas, empresariales, intelectuales...; y, en cuarto lugar, libertad de movimientos.

(D) La autonomía individual -desde una concepción socialista- requiere de la **creación de unas condiciones económicas** y sociales para su ejercicio, condiciones que podemos resumir en la satisfacción de unas necesidades básicas. Fijadas, aunque sea de manera tentativa, las necesidades básicas en las relacionadas con la integridad corporal, la salud, la educación, el alimento y el cobijo, la conclusión de este apartado es que una concepción liberal de los derechos humanos que descansa en el principio de autonomía puede ampliar su catálogo de derechos humanos para incluir junto a los tradicionales derechos de libertad, los derechos a la educación, a la salud, al alimento y a la vivienda. Estos derechos, denominados derechos sociales, no tienen por qué considerarse un elemento extraño en una concepción liberal de los derechos humanos, pues desde la perspectiva aquí

asumida, hablar de derechos sociales no es hablar de nada sustancialmente diferente de los derechos de libertad, al descansar tanto éstos como aquéllos en la misma consideración del individuo como agente moral racional y en un principio moral que defiende la autonomía individual.

5.3. Principio de dignidad e inviolabilidad de la persona.

La idea de dignidad humana nos remite inexorablemente a la existencia en los seres humanos -en todos los seres humanos- de algo inviolable, de algo especialmente valioso que, por un lado, no entra en el campo de lo negociable, de lo disponible por terceras personas o por los poderes públicos, y ni siquiera por el propio interesado, y por otro, permite calificar como inhumanos -y lógicamente inmorales- los comportamientos atentatorios contra ese algo especialmente valioso característico de la humanidad. Recurro como Nino a Kant y a la segunda formulación de su imperativo categórico para enunciar el que he denominado principio de dignidad e inviolabilidad de la persona:

"Obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un **fin, y nunca sólo como un medio**".¹¹

En definitiva, el principio de dignidad e inviolabilidad de las personas descansa en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano y nos dice que la

misma idea de moralidad nos obliga a reconocer en todos los seres humanos la presencia de algo valioso, inconmensurable, que no tiene precio, de una dignidad que nos obliga a ver en todo ser humano un fin en sí mismo y a prohibir los tratamientos incompatibles con aquélla; con otras palabras, debemos tratar a los **seres humanos como fines en sí mismos** y nunca como medios; o por decirlo de un tercer modo, como sujetos y nunca como objetos.

Este principio así concebido implica tres consecuencias importantes en relación **con los derechos humanos**:

- a) Proclama la separabilidad e independencia de las personas.
- b) Configura los derechos como límites al poder.
- e) Está en la base de lo que se ha llamado el "humanitarismo penal (y procesal)" y sirve para fundamentar los derechos humanos que de acuerdo con alguna clasificación, podemos llamar "derechos de seguridad", y que son los que persiguen garantizar la dignidad humana en situaciones de privación de libertad, procesos judiciales, etcétera.

5.4. Principio de ciudadanía. El tercer y último principio moral en el que descansan las concepciones liberales de los derechos humanos deriva, al igual que los dos anteriores, de la consideración de los

individuos como agentes morales racionales, y persigue fundamentar un nuevo grupo de derechos humanos, los que podemos denominar derechos de participación política. Sin embargo, este tercer **principio tiene una dimensión diferente** a los dos anteriores, pues **asume** el ineludible carácter social y político del ser humano y ofrece una respuesta al problema del estatus que deben tener los seres humanos en tanto que miembros de una comunidad. Los dos principios anteriores persiguen reivindicar para los individuos una esfera intangible. Ese es el papel de la misma idea de derechos humanos: resaltar que **hay** intereses de los individuos, en tanto que individuos, que no pueden ser atacados por terceros, sean estos terceros particulares aislados, sean el Estado, sean la mayoría de la comunidad, o sean intérpretes cualificados del bien común o del bienestar general. Esos intereses pueden ser determinados bienes asociados directamente con la noción de dignidad humana, o pueden ser aquellos otros derivados del ejercicio del bien **autonomía. En ambos supuestos nos encontramos** con individuos concebidos como tales, como unidades autónomas, portadoras de dignidad y potencialmente capaces de llevar a cabo un proyecto vital.

Los dos principios morales estudiados -el de autonomía y el de inviolabilidad y dignidad de la persona- ofrecen un determinado criterio de legitimidad sustantivo que indica qué contenidos deben tener las normas jurídicas para ser legítimas. Ini-

cialmente diríase que estos principios no ofrecen pautas acerca de cómo deberían ser elaboradas las normas jurídicas que van a regir la vida de los seres humanos, ni suponen ningún tipo de posición acerca de quién es el depositario del poder, o dónde reside la soberanía. La noción de derechos humanos, si descansara tan sólo en los dos principios antes citados, sería una noción -al menos conceptualmente- compatible con regímenes no democráticos en origen, y no incluiría obviamente los derechos de participación política. Derechos humanos y soberanía popular serían dos nociones que ofrecen respuestas a problemas diferentes. Mi tesis precisamente va dirigida a presentar las nociones de derechos humanos y soberanía popular desde una perspectiva de complementariedad y no de competencia, buscando una justificación de los derechos democráticos de los individuos a partir, por un lado, de la estrecha conexión existente entre la autonomía moral y, la autonomía política, y por otro, de la consideración de la democracia como "sucedáneo del discurso moral".

En este contexto, puede encontrar su justificación el tercer principio, el de ciudadanía, del que derivamos los derechos de participación política (sufragio activo y pasivo, reunión, manifestación, asociación...), y que puede formularse del siguiente modo:

"Los individuos deben contar con la capacidad de ser miembros plenos de la co-

munidad en la que viven, lo cual se traduce, al menos, en la capacidad de defender sus pretensiones, juzgar las de los otros, y debatirlas todas en el ámbito público".

S.S. La conclusión de este último apartado es que todas las teorías de los derechos humanos asumen tres principios morales: el de autonomía, el de inviolabilidad y dignidad de la persona, y el de ciudadanía. Del principio de autonomía deducen todas las teorías de los derechos humanos, los derechos de libertad; del principio de dignidad e inviolabilidad de la persona deducen todas las teorías los derechos de seguridad, y del principio de ciudadanía deducen todas las teorías los derechos de participación política. Podemos concluir, en consecuencia, que todas las teorías de los derechos humanos incluyen en su catálogo los derechos de libertad, de seguridad y de participación política.

Existen, sin embargo, dos grandes grupos de concepciones de los derechos humanos, todas ellas liberales, es decir, todas ellas caracterizadas por la noción de individuo como agente moral racional, por su individualismo, igualitarismo y universalismo, y todas ellas basadas en los tres citados principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad y ciudadanía: por un lado, las concepciones liberal conservadoras y por otro, las concepciones socialistas liberales. A lo largo de estas páginas han ido asomando algunas de las diferencias fundamentales existentes entre unas y

otras concepciones de los derechos humanos. Por lo que al catálogo de los derechos humanos se refiere, la diferencia fundamental entre unas y otras va a radicar en la consideración o no de los derechos sociales (o derechos de bienestar) como genuinos derechos humanos, con el mismo fundamento y con iguales características que los demás. Por lo que a los presupuestos teóricos se refiere, las diferencias fundamentales entre las concepciones liberal-conservadoras y socialistas liberales de los derechos humanos giran en torno a estas cinco cuestiones, cuyas respuestas merecen un análisis pormenorizado a realizar en otro marco:

- a) ¿en qué consiste tratar a todos los seres humanos como iguales, con igual consideración y respeto?
- b) ¿qué relación existe entre la autonomía individual, la satisfacción de las necesidades humanas básicas y los derechos de bienestar?
- c) ¿pueden los bienes públicos primar en alguna ocasión sobre los derechos individuales?
- d) ¿cabe algún tipo de redistribución de bienes y recursos entre los individuos que no suponga tratar a unos como meros medios en beneficio de otros?
- e) ¿son moralmente relevantes las omisiones?, ¿se pueden violar los derechos humanos por omisión?

Bibliografía

-
- ¹ Véase *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.
- ² *Louis Blane y los orígenes del socialismo democrático*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI, Madrid, 1989.
- ³ F.e.E., México, 1978, pp. 19-20 (edición original de 1971; traducción de María Dolores González Soler).
- ⁴ Su obra fundamental en esta materia es *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino; Ariel, Barcelona, 1984.
- ⁵ Por ejemplo en "Rights and Agency", en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 11.1, invierno 1982, pp. 3-39.
- ⁶ *Los derechos en serio*, obra citada, capítulo 6, "La justicia y los derechos", pp. 258 Y ss.
- ⁷ *The ter! and rights. A conceptual analysis of the idea of socialist rights*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1983.
- ⁸ *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, traducción de Juan Ramón Capella, ed. Fontanella, Barcelona, 1970.
- ⁹ *Sobre el concepto de derechos humanos*, *Doxa*, n° 4, 1987, p. 40.
- ¹⁰ *Ética y derechos humanos*, obra citada, capítulo V, "El principio de autonomía de la persona", pp. 199-236. La cita es de las pp. 204-205.
- ¹¹ *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición de Luis Martínez de Velasco, IIª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1995, p. 104.

Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos*

Jesús Lima Torrado

*Nombrar mallas cosas
representa aumentar las
desgracias del mundo
Albert CAMUS*

Los múltiples y complejos problemas concernientes a la globalización están siendo tratados con creciente intensidad en el transcurso de los últimos diez años. Con razón ha señalado J.R. Capella que es de tal magnitud la producción bibliográfica sobre esta materia que resulta "un filón publicístico imposible de seguir, y en el que la industria editorial aporta novedades cada día".¹ A esa superabundante producción bibliográfica debe añadirse, además de las continuas referencias que se hacen en los medios de comunicación social, las numerosísimas direcciones existentes en Internet, de indudable interés, que con mayor frecuencia e intensidad se vienen ocupando de esta materia.²

Los procesos de globalización ofrecen al investigador múltiples cuestiones como objeto de estudio. Entre ellas podemos señalar como más relevantes, entre otras muchas, la dimensiones terminológica, económica, política, jurídica, psicológica... y cuestiones interdisciplinarias de gran relevancia teórica y práctica, como es, entre otras, la compleja problemática concerniente a los efectos de la globalización sobre el sistema de derechos humanos.³

En este trabajo vamos a centrarnos exclusivamente, tal y como se indica en el rótulo, en la dimensión terminológica, para posteriormente analizar su repercusión

* Este estudio fue redactado como contribución al homenaje al Profesor Dr. D. Luis García San Miguel y será incluido en la publicación que con tal motivo llevará a cabo la Universidad de Alcalá de Henares. Quiero expresar mi agradecimiento al Profesor Virgilio Zapatero por la autorización para su nueva publicación.

ideológica sobre el sistema de derechos humanos.

Para poder entrar en el estudio de cualquiera de las cuestiones fundamentales concernientes a la globalización resulta imprescindible analizar previamente el significado y alcance de los términos a utilizar. La razón no es otra que, como se puede fácilmente constatar, el lenguaje teórico de las ciencias sociales se encuentra altamente contaminado a la hora de determinar y precisar conceptual y terminológicamente las cuestiones nucleares que son su objeto de estudio. Esa es también la situación en que se encuentran la globalización. Estamos ante un grupo complejo de problemas en los que las diversas disciplinas (la teoría económica, la economía política, la ética, la filosofía del derecho, la ciencia política, la sociología general, la sociología jurídica...) han demostrado, una vez más, una absoluta falta de precisión. Se impone, en consecuencia, como tarea inevitable llevar a cabo, aunque sea brevemente, una *Iogoterapia*,

Esa labor es aún más necesaria si admitimos la confirmación del hecho, siguiendo los planteamientos de un reciente trabajo del profesor De Prada, de que inevitablemente la doctrina iusfilosófica actual se mueve en el ámbito de la ambigüedad.⁴

De lo cual se puede extraer la consecuencia de que la labor de depuración del lenguaje, pese a lo manifestado por algún autor, no sólo no resulta una tarea inútil sino incluso pertinente. Pero además de

la razón manifestada, podemos añadir otras poderosas razones:

1" Sin un mínimo rigor conceptual y terminológico resulta difícil poder centrar los términos del discurso y en consecuencia, hacer posible la acción **comunicativa**.

2" Uno de los instrumentos de que se sirve la ideología de la globalización para su función de encubrimiento -en relación a sus objetivos y métodos- es precisamente su ambigüedad conceptual y terminológica.

3° Si se consigue precisar los términos se podrá alcanzar un mayor rigor conceptual y se evitarán ciertas confusiones y **discusiones innecesarias**.

4" En el supuesto de que se pueda llegar a un acuerdo acerca de los términos a utilizar se podrá evitar la situación de auténtica "Torre de Babel" en que en este momento nos encontramos. Esta afirmación, que *a priori* puede resultar exagerada, se confirmará, sin embargo, plenamente más adelante cuando analicemos los distintos significados que las diversas expresiones y términos están teniendo en los últimos años.

5" No existe un mínimo acuerdo en el ámbito terminológico. Por el contrario, son muy numerosos los términos propuestos por la doctrina: transnacionalización, internacionalización, **universalización**,

planetarización, regionalización, mundialización, globalización, sistema-mundo, glocalización... Incluso se utilizan también expresiones complejas, algunas de carácter metafórico, tales como era de la información, aldea global, aldea babel, nueva babel, tercera ola, sociedad amébrica, sociedad informática, sociedad de la información, sociedad hiperreflexiva, sociedad del conocimiento, sociedad global de la información, era de la globalización, república mercantil universal, *techno-apartheid global*, *global business community*, capitalismo informacional, tercera revolución industrial, procesos de mundialización, globalización del sistema mundial, nuevo sistema mundial, procesos de hibridización, fenómeno de totalización o período de la posmodernidad.⁵

6° Puesto que los términos globalización y mundialización son los dos más frecuentemente utilizados, con significados diferentes e incluso contradictorios, se impone como tarea prioritaria tratar de **precisar, aunque sea mínimamente**, su significado y alcance.

7° Dado que en diversas ocasiones algunos autores que trabajan en el campo de los derechos humanos utilizan erróneamente los términos globalización y mundialización como sinónimos del término **universalización, conviene analizar** el distinto significado y alcance de los tres términos citados.

No es difícil encontrar en el campo de la

filosofía del derecho continuas referencias a la necesidad de superar la ambigüedad en que ésta se mueve cuando usa términos tales como democracia o derechos humanos o incluso el mismo término derecho.⁶

Sin embargo esa dificultad tradicional actualmente se está agravando como consecuencia de las profundas y rápidas transformaciones que están teniendo lugar, precisamente en virtud de los procesos de globalización. "Los tiempos de cambio son también tiempos de confusión", observa John Ruggie. "Las palabras pierden su significado habitual, y nuestros pasos se vuelven inseguros sobre **el que era, anteriormente, un terreno conocido**".⁷ Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el ejemplo más patente y grave de esa ambigüedad lo encontramos, en el momento actual, en el término "globalización".

Este término, que es el más frecuentemente utilizado en el mundo -tanto en el ámbito cultural anglosajón como en el no anglosajón- hace referencia a un conjunto abigarrado de procesos -muy complejos y recientes (apenas tienen dos décadas de existencia)- que, hasta hoy, aún no han sido objeto de una adecuada formalización. No existe, por tanto, un concepto de globalización que merezca una aceptación general.⁸ Ni siquiera se ha intentado, en algunos casos, perfilar su significado. En definitiva, al igual que sucede con todas las cuestiones fundamentales

la doctrina filosófico-jurídica y filosófico-política se sigue intentando construir erróneamente sobre las arenas movedizas de la ambigüedad y a partir de conceptos que contienen una fuerte carga ideológica.

Es poco frecuente encontrar una palabra, como globalización, que haya alcanzado en tan poco tiempo una difusión y aceptación tan amplia. Su uso no ha quedado reducido al ámbito científico ni a los círculos académicos, sino que se encuentra con asiduidad en los medios de comunicación y, asimismo, ha pasado a ser parte del vocabulario de los responsables políticos y económicos de los gobiernos.¹⁰ En definitiva, se trata de un término, que si bien ha surgido en el ámbito periodístico con posterioridad ha ido pasando tanto al lenguaje del hombre de la calle como al lenguaje de la política, de la pedagogía y de las ciencias sociales. Es, por otra parte, el que mayor aceptación ha alcanzado en los últimos años en la bibliografía especializada.¹¹

Empezó a usarse a partir de la caída del muro de Berlín y ha adquirido tal relevancia que en el breve plazo de tiempo de diez años se ha transformado en el nuevo paradigma de las relaciones internacionales y en el centro nuclear de las investigaciones sociológicas, de la economía política, de la politología y empieza a serlo también en el campo de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica."

Se consolidó definitivamente al comienzo

de los años noventa gracias al sociólogo británico A. Giddens⁸ y luego ha sido exportado del inglés a otras lenguas. Tal es el caso de la lengua francesa, donde se utiliza junto con el término *mondialisation*, de la lengua alemana, en la que se utiliza el término *globalisierung*, de la lengua portuguesa que utiliza el término *globalisacao* y, en fin, del castellano, donde también se utiliza junto con el término mundialización.

Ahora bien ¿qué es lo que se quiere decir cuando se habla de globalización? Su significado no es unívoco, sino equivoco. Se trata de una palabra que tiene tantas acepciones que uno de los máximos especialistas en la materia, el economista peruano residente en Japón, Marco Kamiya, ha llegado a afirmar que "el término globalización es un tipo ideal weberiano" y que no existe una forma clara de definirlo ni tampoco de los factores que permiten cuantificarlo".¹⁵

Si son muchas las acepciones que se atribuyen al término globalización, no menos grande es el número de definiciones que de ella se han dado, sumando varios centenares. Veamos ahora las principales acepciones y la caracterización o definición básica de cada una de ellas.

Un primer significado del término globalización, de alcance restringido, es aquel que va referido exclusivamente al ámbito de la economía. Desde este concreto

punto de vista adoptaremos como descripción de un primer significado económico de la globalización, como la internacionalización de la producción, es decir la existencia de plantas de producción de una misma empresa en varios países y las alianzas globales entre empresas multinacionales. La globalización no significa que el capitalismo ha logrado pleno alcance a escala planetaria sino que la forma de producir crea espacios regionales con sus propios centros y periferias, al mismo tiempo que reduce el margen del espacio nacional que los une."

En una segunda acepción, también de carácter económico, pero de significado más amplio, la globalización puede ser definida en los términos en que lo ha hecho uno de los agentes globalizantes: el Banco Mundial. "Es un cambio general que está transformando a la economía mundial ... que se refleja en vinculaciones internacionales cada vez más amplias e intensas del comercio y las finanzas y el impulso universal hacia la liberación del comercio y los mercados de capital por la creciente internacionalización, y por un cambio tecnológico que está erosionando con rapidez las barreras que obstaculizan la comercialidad internacional de bienes y servicios y la movilidad del capital". La integración de las relaciones comerciales, por medio de la globalización, de la producción y las finanzas, a escala mundial, lleva entre otras importantes consecuencias, la de que las economías nacionales son cada vez más dependientes

de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales.¹⁸

Una tercera acepción, de naturaleza histórica y de significado quizás un tanto difuso, es aquella según la cual la globalización es -afirma Hasbún Karmy- aquel fenómeno, connatural a toda cultura desarrollada y que ha alcanzado cierto grado de complejidad, por el que tiende a expandirse el orden originariamente establecido en un ámbito geográfico mucho más amplio. Como ejemplo se podría citar la historia de Roma.¹⁹

Una cuarta acepción, también de carácter histórico, es la que asocia la idea de la globalización con el fenómeno económico que tuvo lugar entre los siglos XV y XX, vinculado al proceso de expansión europea y norteamericana, que permitió consolidar grandes imperios y que produjo un desastroso reacomodo de la diversidad étnica y cultural de la humanidad.²⁰ En esta acepción globalización viene a significar la implantación de un sistema económico vinculado a la colonización.

La palabra globalización tiene un quinto significado que va fuertemente coimplificado con los dos anteriormente señalados. La globalización es un modelo de gestión de la empresa -de las empresas multinacionales- que como respuesta a la creciente complejidad del entorno competitivo, lleva a cabo la creación y fomento de competencia a escala mundial, con el

fin de maximizar sus beneficios y consolidar sus cuotas de mercado. Una de las consignas fundamentales de la lógica empresarial multinacional es la integración. La integración sistemática de los elementos productivos y de distribución en la misma lógica. Cada parte debe sistemáticamente servir a la unidad en la totalidad.²¹

Un sexto significado de globalización -de más amplio espectro por cuanto que no se refiere exclusivamente a la teoría económica sino también a la economía política,- es aquel que -en la actual etapa de la economía mundial- se caracteriza por las estrechas interrelaciones que se han establecidos entre los países que han optado por el sistema neoliberal, pero que afecta también a los modelos ideológico-políticos y económicos defendidos por los países dominantes en el transcurso de la dos últimas décadas del siglo veinte. "Debido al particular contexto internacional de los años noventa, el proceso globalizador no sólo se ha acelerado, sino que ha adoptado determinadas peculiaridades, porque ha pasado a ser el proyecto ideológico-político y económico impulsado por las principales potencias mundiales en función de controlar, rediseñar y aprovecharse del sistema de relaciones internacionales con vistas a estructurar un Nuevo Orden Mundial acorde con sus egoístas intereses".²² La globalización, así entendida, constituye uno de los conceptos clave, quizás en el momento actual el más importante, que organizan la discusión

doctrinal de la economía política contemporánea. El término apunta hacia la idea de que una sociedad cohesiva y aislada y una economía doméstica ya no se sostienen y que somos testigos de la creación de una economía y de una sociedad verdaderamente globales y de la dependencia de la vida cotidiana de fuerzas globales. La globalización se ha constituido en una transformación cualitativa del capitalismo y ha desarrollado una nueva relación de interdependencia más allá de los estados nacionales."

Un séptimo significado, que tiene un alcance aún mayor, es el que viene recogido en la denominada *Declaración de Sintra* aprobada en la VIII Conferencia Iberoamericana de Educación, organizada por la OEI (Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura), que tuvo lugar en la mencionada ciudad lusitana durante los días 9 y 10 de julio de 1998, con el objetivo de analizar los problemas concernientes al tema Globalización, Sociedad del Conocimiento y Educación. Por globalización entiendo ahora, siguiendo la mencionada declaración, aquel "proceso amplio, contradictorio, complejo, heterogéneo y profundo de cambio en las relaciones entre sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural en las que se desenvuelve el actual proceso de mundialización y que hace posible que acontecimientos, decisiones y actividades ocurridas

en un determinado lugar del planeta repercutan de forma muy significativa en otros lugares, en otras sociedades y en otras personas.²⁴ En este mismo sentido ha sido definida, desde una perspectiva más crítica como el proceso político, económico, social y ecológico que está teniendo lugar actualmente a nivel planetario, por el cual cada vez existe una mayor interrelación económica entre unos lugares y otros, por alejados que estén, bajo el control de las grandes empresas multinacionales. Lo cual determina que cada vez más ámbitos de la vida sean regulados por el "libre mercado", aplicándose la ideología neoliberal en casi todos los países y con mayor intensidad. Las megacorporaciones consiguen así un mayor poder a costa de los estados y los pueblos.²⁵ En definitiva, se trata, según esta acepción de un fenómeno multifacético que abarca las diversas dimensiones de relación que existen entre los estados y los diferentes estamentos sociales. Hay todo un complejo entramado de redes que configuran hoy las distintas sociedades dentro del **sistema mundial**.²⁶

Un octavo significado del término globalización es el que adquiere cuando se le asocia directamente con los derechos humanos, utilizando la expresión "globalización de los derechos humanos". Aquí la expresión toma un significado muy diferente a los anteriores y deviene equivalente al término universalización. Ya he señalado antes que no considero adecuada esa identificación de términos.

Sobre los criterios de diferenciación de ambos términos hablaremos más adelante.

Para otros autores, como Jalfen, la **globalización se caracteriza, principalmente**, y esta sería otra acepción del término, por constituir un nuevo paradigma. "Ante todo, la globalización no es un fenómeno geográfico; no alude sólo ni necesariamente a la conocida idea de 'aldea global'. A mi juicio tiene que ver con la instalación de un nuevo paradigma que, entre otras cosas, tiende a disolver la idea de lo geográfico. Se trata, entonces, de un fenómeno de totalización por el cual las cosas -todas las cosas- se experimentan desde lo técnico",²⁸ "No es que cada cosa del mundo tiene que aparecer en pantalla para que podamos hablar de 'lógica-virtual', sino que la sensibilización de las jóvenes generaciones las prepara más para la clave técnica, para lo virtual, que para lo real, y a eso puede llamarse 'globalización'.²⁹

Por último, un décimo significado o acepción de globalización es aquel según el cual constituye un "proceso de integración de todos los sistemas en un único macrosistema de alcance planetario".³⁰ En este sentido la globalización viene caracterizada como el objetivo fundamental de las tesis ecologistas y *sostenibilistas* y se opone a mundialización, término que resultaría antitético respecto del primero. Mientras que *laglobalización* supone un proceso de integración efectivo y soste-

nible, la mundialización, por el contrario, sólo piense en la extensión del mercado planetario, desde una exclusiva extensión estratégica del poder local.³¹

Ahora bien, el problema de la ambigüedad conceptual de la globalización no quedará resuelto si no conseguimos distinguirla de otros términos con los que con frecuencia se la confunde.

Es el caso, en primer lugar, de un término al que acabamos de referimos: el término *mundialización*. En castellano podemos hacer la distinción entre *globalización* y *mundialización*, **pero no así en inglés**, donde sólo se utiliza el término *globalization*.

El francés, por su parte, es un idioma que, en principio, puede ayudarnos a resolver el problema terminológico. En él, junto a la palabra *globalisation* se suele utilizar frecuentemente, incluso preferentemente, la expresión *mondialisation*.³²

Sin embargo, esta palabra tampoco está exenta de ambigüedad ni en el ámbito cultural francófono ni en el ámbito del castellano, donde también se utiliza el término *mundialización*.

En algunos autores, como Luc Labonté o Yves Michaud, la palabra *mondialisation* se utiliza como sinónimo de globalización de los mercados.³³

En otras ocasiones se hace equivalente a

la globalización, pero con un significado que trasciende su acepción meramente económica, comprendiendo también en algunos casos la dimensión tecnológica (la revolución existente en el mundo de las comunicaciones) y en el ámbito cultural.³⁴

En determinadas ocasiones esa palabra denota otro significado. Bertrand Badie afirma que la *mondialisation* denota la constitución de un sistema internacional que tiende a la unificación de sus reglas, de sus valores, de sus objetivos, pretendiendo integrar en su seno el conjunto de la humanidad. Así definida, el proceso **reenvía a una historia tan larga como inédita**. En cuanto que el nuevo proceso implica sin embargo que ninguna colectividad, ningún territorio, ninguna sociedad **escapa a su inserción en un sistema mundial** que se identifica con el globo terrestre: el imperio de Alejandro o el de Napoleón pudieron pretender alcanzar una extensión infinita que no tenía ninguna posibilidad de realizarse por la ausencia esencialmente de los medios técnicos.³⁵

Otro grupo de autores, que se mueven en el ámbito cultural francés, considera que es conveniente sustituir el concepto de *globalization* por el de *mondialisation*, por cuanto que éste último apunta mejor a la doble dimensión de integración y exclusión de la actual fase de desarrollo capitalista. "Mundialización" supone agentes y hegemonías, mientras la "globalización" insinúa un proceso que se autorreproduce con una dinámica interna

propia, a la manera de una formación coralífera. En el plano económico -eje del proceso de la globalización o mundialización- significa incrementar la coordinación de la economía por el mercado y reducir la coordinación de la economía por el Estado (economía que incluye, entre sus productos más dínámicos, la comunicación, la tecnología y los bienes culturales).³⁶

La palabra castellana mundialización se hace en muchas ocasiones equivalente a la acepción más amplia de globalización. Tal es el significado que parece dar al término, entre otros, el profesor Capella:⁷

Para otra corriente de pensamiento la mundialización sería una de las tres fases del proceso de expansión de la economía a escala planetaria. La mundialización ocuparía una posición intermedia entre el inicio del proceso -la internacionalización- y la culminación del mismo -la globalización.³⁸

Para otra corriente de pensamiento la palabra mundialización sería un término antagónico del de globalización. La mundialización tendría una carga ideológica positiva. El término globalización, por el contrario, tendría una carga negativa. Se habla así de la "mundialización de la globalización" para dar a entender la necesidad de corregir y "humanizar" las consecuencias negativas de ésta última." En este sentido se expresa, por ejemplo, Alain Touraine que diferencia entre mundialización, que sería la prolongación de

las tendencias de apertura que se aceleran en la segunda parte del XX, y la globalización, proceso nefasto mediante el cual los pueblos han cedido el poder sobre sus economías y sus sociedades a fuerzas globales y antidemocráticas, tales como los mercados, las agencias de calificación de la deuda, etcétera.⁴⁰

En fin, la expresión mundialización se hace acríticamente equivalente, en otras ocasiones, a términos de diferente significado, tales como transnacionalización, internacionalización e incluso universalización, para hacer referencia, de forma simultánea y un tanto difusa, a partir de los años ochenta del siglo XX, del fin del "ghetto" nacional, la porosidad creciente de las fronteras y la interdependencia, más o menos marcada de los fenómenos sociales,⁴¹

Otras expresiones también utilizadas tal y como hemos señalado anteriormente **son, entre muchas, "sistema mundo", "planetarización", "transnacionalización", "era de la información", "aldea global", "hibridización" y "glocalización",** Veamos brevemente su significado en relación con el término "globalización",

La expresión "sistema mundo" tampoco puede hacerse equivalente al término globalización, aunque sí puede señalarse como antecedente próximo suyo. Con ella algunos autores, como Wallerstein⁴² hace dos décadas mostraban ya la existencia de un sistema mundial desigual y polari-

zado, determinado básicamente por las relaciones económicas y canalizado por medio de relaciones de dependencia de unos países sobre otros.

Otro término usado por la doctrina, aunque en muy inferior medida, es el de planetarización. Este término no me parece correcto utilizarlo como equivalente al de globalización, porque como señala uno de los mejores especialistas sobre el tema, el profesor Manuel Castells, la economía global no es una economía planetaria, y este hecho es uno de los elementos que ayudan a entender la estructura de la economía global. No es una economía planetaria dado que "no abarca todos los procesos económicos del planeta, no incluye todos los territorios ni a todas las personas en sus trabajos, aunque si afecta de forma directa o indirecta la subsistencia de la humanidad completa. Mientras que sus efectos alcanzan a todo el planeta, su operación y estructura reales atañen sólo a segmentos de las estructuras económicas, los países y las regiones, en proporciones que varían según la posición particular de un país o región en la división internacional del trabajo".

El término transnacionalización, por su parte, se impone a partir de los años setenta del siglo veinte en el ámbito de la sociología de las relaciones internacionales y tiene un significado de una gran amplitud que comprende en su seno la globalización, la mundialización y muchos otros fenómenos actualmente existentes. Trans-

nacionalización viene a significar el conjunto de los procesos que, bien por voluntad deliberada o bien de forma determinista, tienen lugar en el espacio mundial. Es el caso, por ejemplo, de fenómenos como los flujos migratorios, el flujo de las **comunicaciones o los circuitos económicos y financieros**.⁴⁴

Otra expresión es la denominada "era de la información", Esta expresión en principio puede parecer correcta pero tiene el riesgo de designar el todo por la parte: la dimensión de la información es primordial para analizar la configuración y desarrollo de los procesos de globalización. Pero la totalidad de los mismos es mucho más compleja y de mayor alcance. Es válida, sin embargo, para designar la revolución que se ha producido en el mundo de la información y que, como va se ha indicado, afecta decisivamente al proceso de globalización.

En los años 70 MacLuhan hizo popular otra expresión: "aldea global", cuyo significado no debe hacerse coincidir con el término globalización, pues tal término designaba una de las dimensiones de la globalización: la influencia social de los nuevos medios de comunicación de masas.

Conviene hacer referencia, aunque sea breve, a uno de los últimos conceptos a los que están apelado las ciencias sociales en estos tiempos de incertidumbre, imprecisión y ambigüedad. Me refiero al

término "hibridización". El neologismo se está utilizando para designar el complejo **entrecruzamiento o interconexión de** elementos culturales, sociales y políticos diversos que están coimplicados dentro de los procesos de globalización, intentando explicar la compleja realidad que actualmente se vive dentro de los mismos.⁴⁵

Otro neologismo también utilizado por la doctrina es el de glocalización. Acuñado por Nederveen para hacer referencia a la dinámica existente en el ámbito de la globalización, subraya la necesidad de redefinir, en virtud de las nuevas y específicas características de ésta, lo universal y lo particular superando los enfoques tradicionales que aislaban ambas dimensiones.⁴⁶

Sin embargo, dentro de la teoría de los derechos humanos el término que más se aproxima al significado de la palabra globalización es el de universalización.

En un apartado anterior hemos señalado diversas acepciones que tiene la palabra globalización. Pues bien de todas esas **acepciones vamos a tomar como referencia** una de ellas, aquella que a mi juicio tiene en su acepción más amplia, con la finalidad de distinguirla del término universalización en el sentido en que este término se usa habitualmente por la doctrina y las principales declaraciones de derechos y en el ámbito de la teoría de los derechos humanos.

La globalización consiste en aquel conjunto de procesos complejos, contradictorios, heterogéneos, profundos y mutuamente coimplicados, de naturaleza política, económica, jurídica, ecológica... mediante los cuales se están produciendo una serie de radicales transformaciones en las relaciones entre sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural en las que se desenvuelve el actual proceso de progresiva integración mundial y **determinadas, en última instancia, en el ámbito económico** por el control ejercido por las grandes empresas multinacionales bajo la ideología neo liberal.

El término universalización, por su parte, se hace equivalente, en ocasiones, al de globalización. Así por ejemplo Bertrand Badie se refiere a él para designar la capacidad de ciertos principios, de ciertos valores o de ciertas reglas de trascender la historia singular que los han suscitado para expandirse uniformemente en todos los contextos sociales. Especialmente asociado a los temas del posmodernismo, se alimenta ordinariamente del tema periódico -aunque fugaz- del fin de las ideologías para proclamar la universalización de un capitalismo organizado (Daniel Bell) o de la democracia occidental (Francis Fukuyama) que implica una globalización del progreso mediante la sustitución de las tradiciones particulares en un orden universal, pretendidamente fundado sobre la razón y la ciencia".

También se utiliza en otras ocasiones la palabra universalización -dentro del ámbito de la teoría de la globalización- para designar el actual triunfo del capitalismo a escala planetaria como uno de los efectos fundamentales de la misma.⁴⁸

No obstante lo anteriormente señalado insisto en la idea de que en el ámbito específico de la teoría de los derechos humanos pueden y deben distinguirse ambos términos. Los criterios diferenciadores se pueden fijar, a mi juicio, de forma sincrética, en los siguientes rasgos:

En primer lugar, corresponden a dos fenómenos sociales que desde una perspectiva histórica, presentan características diferentes. La globalización -entendida en el tercer significado anteriormente indicado- esto es, como concepto histórico, ha ido de la mano del colonialismo y del imperialismo, constituyendo en el momento actual una prolongación de los mismos. Si en los albores de la Edad Moderna se inician ambos procesos, es en el siglo XX donde alcanzan su final por medio de la descolonización. La globalización, es entonces quien, entendida ya en su significado actual, toma el lugar y relevo de aquellos en el ocaso del siglo XX.

La universalización, por el contrario, surgió, a mediados del siglo XX con clara inspiración ilustrada, como reacción -al menos en parte- contra el colonialismo y las formas de imperialismo entonces exis-

tentes y con la pretensión de su superación. En la actualidad la universalización se mantiene con la misma pretensión de autoliberación y superación del neocolonialismo frente a la sucesora de ambos: la globalización.

Un segundo criterio para distinguir la globalización de la universalización consiste en establecer que la primera es aquel proceso de escala planetaria, que afecta a las relaciones e intercambio de tipo cultural, *medioambiental*, jurídico, científico, técnico, económico y político, y que determina, en última instancia las diferencias y el dominio de los pueblos más ricos sobre los pueblos pobres y excluidos. Es la estructura de las relaciones internacionales comprendidas dentro de la globalización las que mantienen en la miseria a la inmensa mayoría de la población mundial,⁴⁹

La "universalización", por el contrario, hace referencia a aquella característica de los derechos humanos, de naturaleza procesal, que a partir de la característica de su naturaleza expansiva y de la decisiva influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (50) está determinando la progresiva traslación de la problemática de los derechos desde el ámbito estatal al ámbito internacional, proyectándose en todas y cada una de las diferentes dimensiones estructurales de los derechos, constituyendo, en suma, un potencial instrumento de liberación e igualdad de los derechos de los pueblos.

Una tercera nota diferenciadora, que ilustra una vez más la contradicción insalvable existente entre ambas, es la señalada por el profesor de la Universidad de Valencia Javier de Lucas: "En ocasiones la **globalización se presenta ideológicamente como universalidad**, usurpando el ideal universalista de la Ilustración. La globalización corresponde más bien a la imposición del modelo de modernización capitalista entrevisto por Weber, implicando la idea de progreso en sentido instrumental. El universalismo, defendido por el ideal de la Ilustración suponía, por el contrario, un progreso moral".⁵³ No obstante es preciso señalar que antes que Weber, Adam Smith, en su obra *Examen sobre la naturaleza y causa de las riquezas de las naciones*, había podido ya entrever la existencia de una futura "república mercantil universal", que aspiraría a unir a todo el género humano en una comunidad económica que permitiría además el entendimiento entre pueblos y naciones."

Otro criterio de distinción nos viene dado con la utilización por un sector doctrinal de dos términos muy próximos al de universalización y que son determinantes lógicos del mismo. Me estoy refiriendo a **los términos universalidad y universalismo**. La universalización sería la tendencia a la implantación en todos los espacios y en todos los tiempos del planeta tierra de una característica fundamental de los derechos humanos: la universalidad y del principio fuertemente vinculado a los mismos del universalismo. Utilizo el

término universalismo para designar un fenómeno social actual que no sólo no coincide con el significado de globalización sino que incluso se manifiesta también como opuesto al mismo. El universalismo implica la presencia y aportación intercultural en la última fase de la civilización capitalista llamada posmoderna de todas las culturas del mundo, pues se entiende que todas ellas contienen elementos valiosos para las demás. El universalismo, en cuanto que ámbito donde el diálogo intercultural se da cita y tiene plena vigencia, se opone radicalmente a la dimensión cultural de la globalización: la idea que se ha denominado de pensamiento uniformizado y único, o quizás más acertadamente, "pensamiento cero".⁵⁴ Esa forma de pensamiento querebra radicalmente la idea de diversidad cultural y lleva aparejado el fenómeno de la aculturación.

La incidencia de la dimensión ideológica de la globalización es, sin embargo, especialmente patente si se la pone en relación con el sistema de derechos humanos y con el proceso de universalización de los mismos.

Esa incidencia puede observarse en un doble plano de análisis: un estudio lingüístico -que es el que aquí estamos intentando realizar- y un estudio funcional, consistente en analizar los efectos de las acciones globalizadoras sobre el sistema de derechos humanos. Ese doble plano no es contradictorio ni mutuamente ex-

cluyente. Todo lo contrario, puede completarse con un tercer nivel de análisis que permitirá confrontar y unir los resultados obtenidos en los dos primeros niveles. No obstante, como he señalado al comienzo de este trabajo, voy a exponer aquí, exclusivamente, un análisis lingüístico. Los otros enfoques están siendo objeto de otros trabajos.

Es indudable que la raíz de la connotación ideológica de la palabra globalización radica en sus propios términos y más exactamente en el verbo que parece ha servido de base a la creación de ese neologismo: globalizar. Es en el significado de esta palabra donde hay que buscar la raíz ideológica del sustantivo globalización. No hay que olvidar que este término es un neologismo que aunque comienza a ser recogido por los diccionarios de economía y de sociología, no figura, en cambio, en los diccionarios de la lengua.⁵⁵ Si está sin embargo, en estos últimos, el verbo globalizar. Dentro de su campo semántico está la idea de la acción de algo, de algún fenómeno o realidad que teniendo carácter homogéneo afecta a todos los integrantes de un colectivo, o incluso de todo el planeta de la misma forma. Si en la teoría de la globalización vinculamos ambos términos o incluso derivamos, como parece lógico, el significado del sustantivo globalización del verbo que indica esa acción, que es globalizar, estaremos incurriendo, bien de forma consciente o bien de forma inconsciente, en el error de ideologizar el significado del primero, pues

implica entenderlo como un conjunto de procesos y fenómenos que abarcan o comprenden a todos los habitantes del planeta por igual. Lo que es obviamente falso.⁵⁶ Incluso algún autor ha llegado a afirmar que el término globalización es deliberadamente ambiguo precisamente para utilizar esa ambigüedad en beneficio y enmascaramiento de su función ideológica. Si esto fuera así estaríamos ante un ejemplo evidente de ideología sistemática.

El término mundialización por su parte, a diferencia del término globalización, sí tiene un significado vulgar y está recogido por los diccionarios de la lengua, tanto de la francesa como de la española.

En francés *mondialisation* -nos dice el diccionario Le Robert- viene a designar *Le fait de devenir mondial, de se répandre dans le monde entier*. Por su parte, el adjetivo *mondial*, de origen lingüístico más antiguo, designa aquello que es *Relatif à la terre entière; qui intéresse toute la terre*. El verbo *mondialiser*, por su parte, significa la acción de mundializar, *de rendre mondial* y el adverbio ***mondialement*** indica ***d'une manière mondiale; partout dans le monde***. Las acepciones señaladas se corresponden perfectamente con una de las características fundamentales de la globalización: estamos ante un cúmulo de procesos que afectan al planeta tierra en su totalidad. Por consiguiente, no habría, desde este estricto punto de vista, ningún incon-

• N. de R. En la vigésima segunda edición (2001) del Diccionario de la Real Academia de la Lengua se incluye la palabra globalización. "Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales".

veniente en utilizar como sinónimos los términos globalización y mundialización.

Sin embargo, el adjetivo *mondialiste* designa **universalisme visan! à constituer l'unité politique de la communauté humaine**. Como se ve, dentro del campo semántico de la palabra mundialización figura la idea de universalización. **Idea** que se refuerza cuando observamos que muchos diccionarios de indudable prestigio traducen al castellano la palabra *mondialisation* por *universalización*. Es el caso, por ejemplo, del diccionario Larousse. Y el mismo diccionario, de modo análogo, traduce el verbo *mondialiser* por *universalizar*. Otros diccionarios tanto de la lengua francesa como de la lengua española (como el diccionario de María Moliner) vienen a dar en una de sus acepciones, **como sinónimos, a los verbos mundializar y universalizar** y a los sustantivos *mundialización* y *universalización*. Considero que esta asimilación de significados puede ser admisible en el ámbito del lenguaje vulgar al que antes hicimos referencia, pero no así en el campo de la filosofía del derecho. La razón no es otra, en la línea de lo anteriormente expuesto, de que no conviene confundir, en el ámbito de la teoría de los derechos humanos, el significado de los términos globalización y mundialización -cuando se hacen sinónimos ambos términos- con el de *universalización*. Sin embargo, lo que interesa ahora subrayar es que la utilización como sinónimos de esos términos en el ámbito de la filosofía del derecho, además de

resultar carente de rigor, puede encerrar en sí misma y por el mero hecho de la equiparación, una clara dimensión ideológica. La globalización, o si se prefiere, la mundialización, es un fenómeno radicalmente antitético, cuando no el principal enemigo, del proceso de universalización de los derechos humanos.⁵⁷

Sin embargo la dimensión ideológica de la globalización se hace especialmente patente en relación al término mismo que la designa. Se trata de un término que ha sido secuestrado y adulterado respecto de su significado originario.⁵⁸ En el ámbito de la ecología, de donde procede originariamente, el término globalización designa e implica una estrategia global para toda la tierra. Ahora, por el contrario se subsume dentro del término globalización lo que no pasa de ser un proceso de mundialización, en el sentido en el que antes identificábamos ambos términos. "La mundialización se contenta con extender a todo el planeta determinadas estrategias locales. La globalización piensa en el sistema terrestre, la mundialización en el mercado planetario. La divisa ecologista 'pensar globalmente y actuar localmente' responde a esta estrategia globalizadora en la que enmarcar la actividad cotidiana. Ante ello el desarrollismo mundializante piensa en ciertos intereses locales y los implanta en todo el mundo". Además, la globalización, en su acepción ecológica, implica la sostenibilidad "en tanto que la insostenible política actual, lejos de constituir un proceso global, consiste en una con-

ceptualmente pobre mundialización de las estrategias locales de los grandes grupos industriales o financieros".'o

Conclusiones

1° En el lenguaje científico de las ciencias sociales suele darse con excesiva frecuencia, y en conceptos fundamentales, la existencia de una gran ambigüedad. La última manifestación de esa ambigüedad la constituye, como paradigmática, el concepto de globalización.

2° Del término globalización existen, al menos, diez acepciones posibles, así como centenares de definiciones diferentes.

3° La terminología utilizada para designar a la globalización es, así mismo, muy abundante y con términos y expresiones que difieren en gran medida en su significado.

4° Los términos globalización y universalización, si en el lenguaje vulgar pueden **ser considerados como sinónimos, no** puede decirse lo mismo si los referimos al ámbito teórico de la filosofía de los derechos humanos.

5° Los criterios de distinción entre ambos se pueden sintetizar en los siguientes rasgos:

a) Corresponden a dos fenómenos sociales que, desde una perspectiva histórica, presentan características diferentes. La

globalización, entendida como concepto histórico, ha ido de la mano del colonialismo y del imperialismo, constituyendo en el momento actual una prolongación de los mismos. La universalización, por el contrario, surgió, a mediados del siglo XX con clara inspiración ilustrada e impulsada por la Declaración Universal de 1948, como reacción -al menos en parte- contra el colonialismo y las formas de imperialismo entonces existentes y con la pretensión de su superación. En la actualidad la universalización se mantiene con la misma pretensión de autoliberación frente a la globalización.

b) La globalización determina, en última instancia, las diferencias y el dominio de los pueblos más ricos sobre los pueblos pobres y excluidos. Es la estructura de las relaciones internacionales comprendidas dentro de la globalización la que mantiene en la miseria a la inmensa mayoría de la población mundial. La universalización, por el contrario, hace referencia a una característica básica de los derechos humanos, de naturaleza procesal, que está determinando la progresiva traslación de la problemática de los derechos desde el ámbito estatal al ámbito internacional, proyectándose en todas y cada una de las diferentes dimensiones estructurales de los derechos humanos y constituyendo, en suma, un potencial instrumento de liberación e igualación de los derechos de los pueblos.

e) La globalización supone la imposición mundial del modelo de modernización

capitalista, implicando la idea de progreso en sentido instrumental. La universalización supone, por el contrario, un progreso moral.

d) La universalización implica la tendencia a la implantación mundial de la universalidad, que es una de las características fundamentales de los derechos humanos, así como del principio del universalismo, ámbito donde el diálogo intercultural tiene plena vigencia. A todo ello se opone radicalmente la dimensión cultural de la globalización: el denominado pensamiento uniformizado y único o "pensamiento cero" que quiebra radicalmente la idea de diversidad cultural y lleva aparejado, inevitablemente, el fenómeno de la aculturación.

6° Sí globalización y universalización son realidades tan dispares parece que los términos que las designan deben ser claramente diferenciados. Y no sólo diferenciados, sino incluso catalogados como términos antónimos. En consecuencia, la utilización de la expresión "globalización de los derechos humanos", en la sociología del derecho, en la doctrina iusfilosófica y en el de la ciencia jurídica, además de ser incorrecta, sólo puede servir para ideologizarlos.

7° La utilización de ambos términos como sinónimos implica, además, una contradicción radical con la naturaleza y características del sistema de los derechos humanos.

80 Un análisis funcional demuestra que

la incidencia de la globalización sobre el sistema de derechos humanos, en general y sobre los concretos derechos, en particular no sólo no resulta beneficiosa para **los mismos, sino que, por el contrario, los efectos son tan devastadores que todas sus características fundamentales, especialmente la universalidad, están frontalmente negadas.**

9° Como consecuencia de lo anterior cabe deducir que el proceso de universalización de los derechos podrá culminarse sólo si se consiguen remover los obstáculos que lleva aparejada la globalización.

100 Uno de los obstáculos que la globalización ofrece como barrera a la universalización de los derechos humanos, y se trata de una dificultad de no poca importancia, es su propia ambigüedad conceptual y terminológica.

11° La ambigüedad terminológica de la palabra globalización, asociada al significado del verbo globalizar, del que parece derivar, utilizada sin ningún rigor, sirve como instrumento ideológico para enmascarar la función discriminatoria que implican los procesos de globalización.

12° Una de las acciones de garantía de los derechos humanos -cuya insuficiencia es puesta en evidencia por los procesos de globalización- debe pasar a mi juicio necesariamente por la fijación, la precisión y la denuncia de las dimensiones ideológicas de la misma.

13º Debe plantearse en los foros internacionales, en que se debaten las dimensiones actuales de los derechos humanos, algo que desgraciadamente hasta ahora no se ha hecho: la posibilidad de establecer nuevos criterios y nuevos enfoques con el objetivo de poder superar el reto decisivo que la globalización está planteando a la universalización de los derechos. Si los problemas que la globalización acarrea para la universalización tienen tanta intensidad y extensión, las respuestas a los mismos deben ser, al menos de características semejantes.

Bibliografía

A la bibliografía recogida en el Anuario de Filosofía del Derecho, número correspondiente al año 2000, pp. 67 Y ss., puede añadirse la siguiente:

- AA. VV.: *El nuevo orden global. Dimensiones y Perspectivas*, Santa Fé de Bogotá, 1996.
- ALLEGREITL U.: "Globalizzazione e sovranità nazionale", en *Democrazia e Diritto*, N° 3-4, 1995, pp. 47 Y ss.
- AMOROSO, B.: *Delia globalizzazione*, La Meridiana, Molfeta, 1996.
- ARRIGHI, G.: "La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital", publicado en *Intervista Socialista*, N° 48, marzo, 1998, en Internet: <http://www.inisoc.org/arrighi.htm>
- ARRIGHI, G.: "A Crisis of Hegemony", en AMIN, S.-ARRIGHI, G., A.G. FRANCK, A.G. y I. WALLERSTEIN, I.: *Dinámicas of Global Crisis*, New York, Monthly Review Press, 1982, pp. 55-108
- ARRIGHI, G.: *The Long Twentieth Century. Money, Power and the Origins of Our Times*, London, Verso, 1994.
- ARRIGHI, C.: "The Rise of East Asia. World-Systemic and Regional Aspects", en *Intentional/ Journal of Sociology and Social Policy* 16, 7/8, 1996, Pí 6-44
- ASOCIACIÓN PARA UNA TASA A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS ESPECULATIVAS PARA AYUDA A LOS CIUDADANOS: <http://www.aitac.org>
- BECK, U.: *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.
- BESSE, G.: "La mondialisation. In des échecs et droits fondamentaux de l'homme au travail: quel progrès aujourd'hui ?", en *Droit Social*, N° 11, 1994
- BOMBARD, Fabrice: *Société de l'information ou Société des biens informationnels? Reflexions sur le phénomène d'appropriation de l'information en Médias Pouvoirs*, Nueva Serie, 3º trimestre, París, 1998, N° 4, Pí 165 y ss
- BONEFELD, Werner: *Globalización y Democracia* en Internet: <http://www.rcsi.net/globalizacion/g048.htm>
- BORJA, Rodrigo: "Globalización", en *Enciclopedia de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 455 y ss
- BORRAS, M.R.: "El trasfondo del acuerdo multilateral de inversiones: un proyecto político de graves consecuencias antidemocráticas", en *Mientras* (allí), N° 72, 1998, pp. 21 Y ss.
- CALVA, J. Luis, y otros: *Globalización y Bloques Económicos. Realidades y Mitos*, Juan Pablos Fd., México, 1995.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R.: *Estado y Derecho ante la mundialización aspectos y problemáticas generales* en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus. cit., pp. 83 y ss.
- CHESNAIS, F.: *La mondialisation du capital*, París, 1994.
- CHOMSKY, N. y RAMONET, I.: *Cómo nos venden la mola*, Icaria, Barcelona, 1996
- COHEN, Elié: "Soberanía nacional y globalización económica", en *Revista de Occidente*, N° 167, abril de 1995, pp. 71 y ss.
- CORIAT, Benjamin: *Globalización de la economía y dimensiones macroeconómicas de la competitividad*, Seminario Intensivo de Investigación, organizado por PIETTE (Programa de Investigaciones Económicas sobre Teenología y Empico) del CONICIT y el CREEDI, A del CNRS (Centre d'Etudes et Documentations sur l'Amérique Latine), 22-25 de marzo de 1994 Traducción de Silvia Ferrari en Internet: <http://utal.org/economia1.htm>.
- DELAUNAY, J.C.(Ed.): *La mondialisation en question*, París, Lj-larmatmn, 1999.
- DEZALAY, I.: *Marchand de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Payard, París, 1992.
- OICKEN, P.: *Global Shift*, Londres, 1992.
- ESTAPÉTOUS, Manuel: "El desencuentro entre la UE y África. La cumbre de El Cairo finaliza sin nuevos compromisos para integrar el continente en la economía mundial", en *La Vanguardia Digital* 2000.04.08 en Internet: <http://www.lsvanguardia.es/temas/fondo/>
- ESTEVEZ ARAUJO, José Antonio: *La ciudadanía europea en el mundo de la globalización* en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus cit., Pí 341 y ss
- FOLCH, Ramón: "Globalización", en *Diccionario de sociología*, Planeta, Madrid, 1999, pp. 168-169
- CALGANO, F., (ASSESE, S. TREMONTI, G. TRÉU, T.: *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza noione*, Il Mulino, Bologna, 1993
- OALOANO, F.: *La globalización*. Lección de investigación como DOctor Honoris Causa por la Universidad de Sevilla, 1999
- GARCÍA M° Federico: "Globalización: Definición, ideología y Realidades", en: *Globalización. Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, 1999, en Internet: <http://www.rcsi.net/USglobalizacion/index.htm>
- GIDDENS, A.: *Sociología*, Madrid, Alianza, 1996.
- GINER DE SAN JULIAN, Salvador: *La naturaleza de la mundialización*, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): Opus. Cit., pp. 11 y ss.
- GLUCKSTEIN, D.: *Les déesses et mondialisation*, París, Seilio, 1999
- GORDILLO FERRE, Jose Luis: "Del derecho ambiental a la ecologización del Derecho", en (CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus cit., pp. 307 y ss.
- GUTIÉRREZ, Jorge Luis: "Signos de los tiempos. La globalización de todos los terrenos", en Internet: <http://www.punto-y-aparte.com/esperanto/coextextorden.html>
- HARVEY, David: "Globalization in Queaion", en *Rethinking Marxism*, 8, 4, (1995), pp. 1 Vss
- HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997
- IKEDA, S.: "World Production", en HOPKINS, T.K., WALLERSTEIN, I. y otros: *The Age of Transition. Trajectory of the World-System 1945-2025*, London, zec Books, 1996
- JALFEN, Luis J.: *Globalización y lógica virtual*, Corregidor, Buenos Aires, 1998.
- UE, John: "Globalization and Its Discontents", en *Contemporary Sociology*, 25, 5 (1996), pp. 585 Y ss.
- LIMA DE ARRUDA, E. y RAMOS, A.: *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*, Curitiba, Ihej Editora, 1998
- LIMA TORRADO, J.: "Globalización y derechos humanos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Epoca, Tomo XVII, Madrid, 2000, Pí, 43 Y ss
- LIMA TORRADO, J.: *Los derechos humanos ante el Tercer milenio*, conferencia pronunciada en la Sociedad de Altos Estudios Internacionales, Madrid, 1999. Texto mecanografiado.
- LIMA TORRADO, J.: *El pensamiento único y su incidencia ideológica*

sobre el sistema de derechos humanos, comunicación presentada al III Congreso Católicos y Vida pública. Retos de la Nueva Sociedad de la Información, Madrid, 26-28 de Octubre de 2001. Fundación Universitaria CEII (En prensa).

LIMA TORRADO, J. "La globalización como factor determinante de la crisis (actual) de las garantías de los derechos humanos", en A Distancia, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, (En prensa).

MARTIN, Hans Peter y SCHUMANN, Harold: *La Trampa de la globalización*, 1996, Trad. de Carlos Fortea, Madrid, Taurus, 1998

MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz: *La agonía del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, especialmente pp. 229 Yss

Me GRÉW, e.o. y LEWIS, P. y otros. *Globalization and the Nation States*, Cambridge, 1992

MEIKSINS WOOD, Ellen: "Globalización, f(ut)ur(ismo) y otras nuevas eras. Los intelectuales de izquierdas y las habituales obsesiones con los cambios de época" en *Realitat* n° 53-54, Uniar a l'esperança fonament científic en Internet: <http://www.pcc.es/realitat/wood.htm>

MERCADO PACHECO, P.: *Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización en Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 32, 1995.

MERCADO PACHECO, P.: "El 'Estado' comercial abierto" *La forma de gobierno de una economía desterritorializada*, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus cit., pp. 123 Yss

MICHEL, J.P. y IZZONDIS, D. (Editores): *Mondialisation et citoyenneté*, Paris, Hermanan, 1991

MITELMAN, J.H. (Ed.): *Globalization: Critical Reflections*. Boulder, Lynce Rienner Publications, 1996.

MONEREO PÉREZ, José Luis: "El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial", en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus cit., pp. 219 Yss

OLIVARÉS, MARCOS, G.A.: "El 'arroll' normativo de la globalización y la reciente importancia de los derechos económicos fundamentales de lo "individuo": el apogeo del sistema mundial de comercio y de la Organización Mundial del Comercio", en *Catadura*, 1999, (4), pp. 203 Yss.

O'ROURKE, KEVIN y JEFFREY WILUAMSON: *Globalization and history*, Cambridge, The Mit Press, 1999.

TRADOS, Luis: "La globalización obliga a renovar los derechos humanos, según políticos, académicos y ONG" en *El país*, Madrid, domingo 2 de julio de 2000, p. 6

PEIRAS, I.: "El mito de la globalización" en *Ajoblanco*, N° 105, Barcelona, 1998

RAMONET, I. "Regimes globales", en *Le Monde Diplomatique*, enero 1997.

RAMONET, I. "El pensamiento único", Trad. cast. cit: *Mientras tanto*, N° 61, Barcelona, 1995, pp. 17 Yss

RANDLE, Patricio H.: *Soberanía global (Adonde lleva el mundialismo)*, Buenos Aires, 1999.

RODRIGUEZ, CARRION, Alejandro J. "El nuevo derecho Internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia", en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus cit., pp. 159 y ss

ROJO, Luis Angel: "La economía mundial en el fin de siglo" en *Claves de razón Práctica*, N° 65, 1996, p. 5 Yss.

RUGGIE, J. "Third Try at World Order? America and Multilateralism after the Cold War" en *Political Science Quarterly*, 109, 4 (1994), pp. 553 Yss

RUIZ ARRIAGA, V. R. "Discurso de 'la globalización' en Globalización, Revista Web Mensual de Economía, Sociedad y Cultura Información sobre ciencias y enlaces a periódicos, bases de datos y bibliotecas virtuales: <http://www.rci.net/>, Diciembre de 1999 En Internet: <http://rci.net/globalizacion/legafig101.htm>

SASSEN, S.: *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press, N.Y., 1996

SAXE-FERNÁNDEZ, John (coord): *Globalización, crítica a un paradigma*, UNAM, México, 1919

SOUZA SANTOS, Bonventura de: *La globalización del Derecho*, Trad de Cesar Rudnucz, Bogotá Universidad Nacional de Colombia ILSA, 1998

STOPFORIJ, J. M. y DUNNING, J.H.: *Multinationals. Company Performance and Growth Trends*, London, Mac-milian, 1983

FERRADILLOS BASOCO, Juan Maria "El derecho penal de la globalización", en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (Coordinador): opus

cit., pp. 183 Yss

VIDAL VILLA, J.M.: *Mundialización. Diez tesis y otros artículos*, learía, Barcelona, 1996

WADE, Robert: "Globalization and Its Limits: The Continuing Economic Importance of Nations and Regions", en BERGER, S. y DORL, R. (Editores): *Covergence or Diversity? National Models of Production and Distribution in a Global Economy*, Cornell University Press, N.Y., 1996

Notas:

1. Capella, J. R. (Coordinador): "Estado y derecho ante la mundialización aspectos y problemáticas generales" en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 91.
2. Lima Torrado, J. "Globalización y derechos humanos" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVII, Madrid, 2000, 10, 67 y ss
3. Lima Torrado, J. "Aportación de la Declaración Universal de derechos Humanos de 1948 al proceso de universalización de los derechos humanos" en *Gaceta*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, ciudad de México, N° 101, diciembre de 1998, pp. 19 Yss: *Lo que el derecho humano ante el tercer milenio*, conferencia pronunciada en la Sociedad de Estudios Internacionales en el transcurso del XLV Curso de Altos Estudios Internacionales, Madrid, 1999, texto mecanografiado: *El contexto de la universalización de los derechos humanos*, conferencia pronunciada en la Sociedad de Estudios Internacionales durante el XLVI Curso de Altos Estudios Internacionales, Madrid, 2000, 10x1, mecanografiado: "Globalización y derechos humanos", en *Anuario de Filosofía del Derecho* Núm correspondiente al año 2000, pp. 43 Yss
4. Prada García, Aurelio: "Pirámides y redes: el concepto del Derecho" en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, 2ª Época, N° 14, 1999, pp. 173 Yss.
5. Vid. entre otros muchos estudios Toscano Franca Filh) Marcilio "Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial" en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, N° 100 Madrid, abril-junio de 1998, p. 101. Trad. de Aurelio de Prada García; Badie, Bertrand: "Dossier 1994: Mondialisation, état des lieux en *L'état du Monde 1981-1998*, Editions La Découverte (Paris), CD-ROM SNI (Montréal), 1998, MATTELART, Armand: *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998, MACÍ, Mateo: *Mundialización de documentación jurídica*, Editorial Síntesis, Madrid, 1998, pp. 451 y ss
6. CAMPO SÁNCHEZ, Carlos: *La globalización como proceso social ambiguo* en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat035.htm>
6. Véase Squella Narducci, Agustín: *Democracia y derechos humanos*, Edeval, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1998, p. 8, Pérez Luño, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 21 Y ss
7. Arrighi, Giovanni: *La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital*, en Internet: <http://www.inisoc.org/arrighi.htm>
8. Pedró, Francesc-Rolo, José Manuel: *Los Sistemas Educativos Iberoamericanos en el Contexto de la Globalización. Interrogantes y Oportunidades*, Organización de Estados Iberoamericanos Para la Educación, la Ciencia y la Cultura, VIII CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE EDUCACIÓN, documento de trabajo (Sintra, Portugal, v y 10 de julio de 1998), en Internet: <http://www.oei.es/viicic.htm>
9. Corominas, Jordi: *Mundialización y acción liberadora. I. Mit y realidad de la mundialización*, en Internet: <http://mixcosoc.uia.mx/~jswaney/relat171.html>. Como señala Federico García Morales "Una parte importante de todos los artículos y obras más largas sobre la globalización se agota en un esfuerzo que trata de dar con una caracterización apropiada, generalmente al servicio del resto del discurso. Los referentes empíricos que se anidan en el concepto, en cada caso, delentlan orientaciones y consecuencias diferentes. A menudo la defmición ideológica y clasificada de globalización llega a ser la premisa primera que afectara a toda la

cadena de derivados, configurando proposiciones (todavía) más fuertemente ideológicas y abstractas, irrumpe un discurso alienado, misticante, que da a la espalda a la realidad histórica".

Cfr.: "Globalización: d' (in)clonrs, ideología y realidades", en *Septiembre*. Revista Web Mensual d. Economía, Sociedad y Cultura, Septiembre de 1999, en Internet: <http://www.rcrci.net/globalizacion/llcga/fg096.htm>

10. Sherr, Daniel: *Comenando lo comentado: mundialización, Internet y tercerización*, en Internet: <http://www.el-castellano.com/mundiali.html>.

11. Mcneta, Carlos Juan: *Acepción de la palabra globalización*. *Globalización, Estado y equidad*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/enu/forum/siu-debat12.htm>

12. Savin, Roberto: *Globalización y Lomé V*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat040.htm>.

13. Pradu García, Aurelio: art. cit., pp. 173 Yss

14. Capella, J. R. (coordinador): op. cit., p. 89

15. Kamiya, Marco: *Globalización Productiva. Mito y Verdades*, en Internet: <http://www2.gol.com/users/mkamiya/mihome/arti/globaliza.htm>

16. Kamiya, Marc.: art. Cit, en Internet: <http://www2.gol.com/users/mkamiya/mihome/arti/globaliza.html>

17. Cfr.: García Morales, Federico: *Identidad y globalización, Las alternativas en un mundo en crisis*, Ponencia presentada ante el X Congreso de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Oaxtepec, Morelos, 30 de noviembre de 1996, Mesa 67 en Internet: <http://rcrci.net/globalizacion/fg010.htm>. A esta acepción de globalización parece referirse también John Gray, catedrático de Pensamiento Europeo en la *London School of Economics*, cuando distingue entre globalización como proceso histórico abierto y la *globalización* como proyecto político concreto que encarna un determinado régimen económico. El primero no supone automáticamente una homogeneización ni económica ni cultural y hace factible el multiculturalismo. El segundo, sí. Cfr.: ESPINOSA, A.: "Los modelos del capitalismo. Políticos e intelectuales debaten en Madrid los problemas de la globalización", en *El País Digital*, viernes 26 noviembre 1999 - Nº 1302, en Internet: <http://www.dipais.es/pd/19991126/internac/debate.htm>

18. Cfr.: García Morales, Federico: *Identidad y globalización, Las alternativas en un mundo en crisis*, Ponencia presentada ante el X Congreso de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Oaxtepec, Morelos, 30 de noviembre de 1996, Mesa 67 en Internet: <http://rcrci.net/globalizacion/fg010.htm>

19. Iñubún Karmy, Mauricio: *Foro Cultural Latinoamericano a distancia: Globalización e Identidad Nacional*, *Globalización, Demasiado Mitología*, en Internet: <http://www.global-latino.com/entada.html>

20. Ahizanda Estabén, Federico: "El alicerdo multilateral de Inversiones", en *En Pie de paz*, Nº 48, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Labi8473/global/AML.html>

21. Meclart, Armand: *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 82-83.

22. La *globalización*, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Labi8473/global/global.htm>

23. Manetan, Annand: *La mundialización de la comunicación*, op. cit., p. 83

24. Pedró, Prancesc-Roló, José Manuel: *Los Sistemas Educativos Iberoamericanos en el Contexto de la Globalización. Interrogantes y Oportunidades* Organización de Estados Iberoamericanos Para la Educación, la Ciencia y la Cultura. VIII CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE EDUCACIÓN, documento de trabajo (Sintra, Portugal, 9 y 10 de julio de 1998), en Internet: <http://www.oqi.es/viinic.htm>

25. La *globalización*, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Labi8473/global/global.html>

26. Moneta, Carlos Juan: *Acepción de la palabra globalización*, *Globalización, Estado y equidad*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat012.htm>

27. Terre Des Hommes: *El derecho a la equidad. Ética y mundialización social*, Icaria, Barcelona, 1997, p. 30. Sanehez de Movellan de la Riva, Luis: "Derechos humanos y globalización", en *El Diario Montañés*, jueves 7 de octubre de 1999, p. 31, Farfán Dulce, M. J.: *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actualidad postmoderna*. Instituto de Derechos Humanos (Bartolome de las Casas), Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 9 Yss. De la misma autora

"C; dadllnia universal versus ciudadanía "fragmentada" en XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Valencia, 15 y 16 de abril de 1998, pp-70 Yss. González Fernández, A.: "Orden mundial y Liberación", en *Theotortio*. V. y Prieto, F.: Los derechos humanos, línea reflexión interdisciplinaria. Córdoba, Publicaciones ETEA, 1995, p. 81.

28. Jalfén, Luis J.: *Globalización y lógica virtual*, Corregidor, Buenos Aires 1998, p. 31

29. Jalfén, Luis J.: op. cit., p. 33

30. Folch, Ramón: "Globalización", en *Diccionario de sociología* Planeta, Madrid, 1999, p. 168.

31. Folch, Ramón: op. cit., p. 168

32. Arias Calderón, Ricardo: *La mundialización de la globalización Humanizar la globalización*, en Internet: <http://epasa.epasa.com/ElPanamaAmericaiarchive/120797/opinion1.htm>

33. Labnllé, Luc: "La mondialisation", en Internet: <http://www.diplm.com/1997/199711.htm>. Michaud, Yves: *Les dangers de la mondialisation*, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Labi8473/global/global.htm>

34. Roy, Jean Louis: "De nouveaux espaces pour la "néophonie. l'ace à " mondialisation", en *Le Monde diplomatique*, abril de 1995, p. 26, en Internet: <http://www.monde.diplomatique.fr/1995/1041ROY/11401.html>

35. Badie, Bertrand: "Dossier 1994. Mondialisation, état des lieux", en *L'état du Monde 1981-1998*, Editions La Découverte (Paris), CD-ROM SNI (Montreal), 1998

36. Subercaseaux, Bernardo: "Globalización. Procesos Complejos. preguntas n'itilipes", en *Cultura*, abril 1998 en Internet: <http://www.global-latino.com/entada.Olm>

37. Cjpebla, J.R.: op. cit., pp. 85 y ss

38. Cmiál, Benjamin: *Globalización de la economía y dimensiones macroeconómicas de la competencia*, Seminario Intensivo de Investigación, organizado por PIETTE (Programa de Investigaciones Económicas sobre Tecnología y Empleo) del CONICIT y el CREEDLA del CNRS (Centre d'Etudes et Documentation sur l'Amérique Latine), 22-25 de marzo de 1994. Traducción de Silvia Ferrari en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Labi8473/global/global.htm>

39. Arias Calderón, Ricardo: *La mundialización de la globalización. 2 Humanizar la globalización*, en Internet: <http://epasa.epasa.com/ElPanamaAmericaiarchive/120797/opinion1.html>

40. Campo Sánchez, Carlos: *La globalización como proceso social ambiguo*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat035.htm>

41. Badie, Bertrand: op. cit.

42. Wallerstein, I.: *The Modern World System*, N.Y., 1976

43. Casrells, Manuel: "La era de la información. Economía, sociedad y cultura", en Vol.1. *La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp 129-130

44. Badie, Bertrand: *Op. Cit*

45. Hainz, R., Sonntag & Arenas, N.: art. cit., en Internet: http://www.unesco.org/most/s_ontspa.htm

46. "La transnacionalización de la economía, de la cultura, de las formas políticas otorga en estos momentos nuevos sentidos a ambas dimensiones. La intensificación de las comunicaciones crea un ritmo más acelerado del flujo de interconexiones entre lo local y lo global. Lo externo invade lo interno, lo local vuelve a definir lo global (Walennan).. De este modo

se "piensa globalmente pero se actúa localmente". Esto hace que se complejicen los modelos idemitarios en virtud de que la gente quiere acentuar sus valores locales al mismo tiempo que compartir los estilos y valores globales (Ker 8, 01h). De ahí que pueda hablarse de una "universalización de los particularismos" o de "la valorización global de las identidades particulares" (Robertson). Heinz, R. Sonntag & Arenas, N.: *art. cit.*, en Internet: <http://www.unesco.org/most/sonntag.htm>

47. Badie, Bertrand: "p. cit"

48. Mcikins Wood, Ellen: "Globalización, Posmodernidad, y otras nuevas cras. Los intelectuales: izquierdas y las habituales obsesiones con los cambios de época". en *RealUII* nº 53-54, *Donar a l'esperança fonament científic*, en Internet: <http://www.pcc.es/realitai/wood.htm>

49. Fundalatin: /0. *la mundialización de la solidaridad y de la igualdad fraterna*, en Internet: <http://pangea.upe.es/~spis/agenda-latino/koinonia/logoslogos16.htm>

50. Es la propia Declaración Universal de 1948 quien, la cual bajo la directa inspiración del artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, adereus de proclamarse "universal" en su mismo enunciado, entendiéndose esa característica de un modo procesal. La Declaración afirma que constituye un ideal común que todos los pueblos y todas las naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza de la educación, el derecho a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales

Sobre la universalidad de los derechos humanos vid. entre otros muchos trabajos: Pérez Luñi, A. F. "Sobre la universalidad de los derechos humanos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XV, Madrid, 1998, pp. 95 Y ss. Pecces-Barba, C.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, Pp. 299 Y ss. Hersch, J.: "Informe sobre la universalidad de los derechos humanos, desafío para el mundo de mañana", en AA. VV.: *Universalidad de los derechos humanos. Coloquio del Consejo de Europa*, Estrasburgo, 17-19 de abril de 1989, Fundación Encuentro, Madrid, Cuaderno Nº 70, septiembre de 1989, pp. 65 Y ss. Martínez-Pujalte, Antonio-Luis: "La universalidad de los derechos humanos, y la noción constitucional de persona" en *Justicia, solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Valencia, Quiles, 1995, p. 264. Alvarez Ledesma, III.: *Acercar del concepto de derechos humanos*, McGraw-Hill, México, 1998, T.O. 78-79, De Locas, J.: "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (En el 51 aniversario de la Declaración del 48)" en *Jucee. para la Democracia*, Nº 32, Madrid,

1998, pp. 3 Y ss. Gros Espiell, Héctor: *Universalidad de lo derechos humanos y diversidades Culturales*, en Internet: <http://www.unesco.org/iss/jrics/158/grospespiellspa.html>

Lima Torrado, J.: "Aportación de la Declaración Universal de derechos Humanos de 1948 al proceso de universalización de los derechos humanos" en *Gaceta*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, ciudad de México, Nº 10, diciembre de 1998, pp. 19 Y ss. Esta cuestión ha sido recientemente objeto de estudio, entre otros temas, en la Conferencia celebrada en Santiago de Compostela, patrocinada por la UNESCO y el diario *El País*, en julio del año 2000: *Diálogo intercultural sobre democracia y los derechos Humanos*. Vid. además los artículos dedicados al tema por la Revista *Persona y Derecho*, Pamplona, 1998. El Congreso Mundial de Derechos Humanos, celebrado en Viella en 1993, proclamó también el carácter de universalidad de los derechos. Vid. en Internet http://www.unhct.ch/spanish/html/menus/d/vienna_sp.htm

51. De Lucas, J.: *art. cit.*, p. 3

52. Mattclart, Armand: *La mundialización de la comunicación* O. cts, pp. 13-14

53. Poderti, Alicia: *Hipermodernismo, globalización, universalismo. La identidad latinoamericana en la crisis del siglo*, en Internet: <http://www.iruya.com/enti/claves/poderti.htm>

54. De Lucas, J.: *art. cit.*, p. 4.

55. Poco a poco los diccionarios jurídicos, de política, de sociología y de economía van incorporando expresiones tales como *globalización* y *mundialización*. El término *globalización* figura en el *Diccionario Jurídico* de María Laura Valletta, Valleu, Ediciones, Buenos Aires, 1999, pp. 355-356. También figura el término *mundialización*, como sinónimo del anterior, en el *Diccionario de Sociología* de Giner, S., Lamo de Espinosa, E. y Torres, C., Alianza, Madrid, 1998, pp. 515-516. Los escasos diccionarios existentes sobre derechos humanos no recogen aun los términos analizados. No constan en el excelente libro de Langley, Wigston E.: *Encyclopedia of Human Rights Issues*, Eitzroy Dearborn, London 1999. Tampoco figuran en la obra de Robertson, David: *A Dictionary of Human Rights*, Europa Publications, 1997

56. Subercaseaux, Bernardo: *art. cit.*, en Internet: <http://www.global-latino.com/entrada.html>

57. En mi trabajo *Globalización y derechos humanos* publicado en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, correspondiente al año 2000 expongo la insalvable contradicción existente entre los procesos de *globalización* y *universalización* de los derechos humanos

58. Fotch, Ramón: *Globalización*, en *op. cit.*, p. 168

59. Fotch, Ramón: *Globalización*, en *op. cit.*, p. 168.

60. Fotch, Ramón: *Globalización*, en *op. cit.*, p. 168.

El Ombudsman y la administración pública moderna

Jorge L. Arenas Hernández

El sistema de libertades individuales, sociales y políticas que hoy disfrutamos en un gran número de países del mundo, es el resultado de más de dos mil años de luchas, esfuerzos y evoluciones que han costado muchas vidas, mucha sangre y mucho sacrificio a la humanidad en su conjunto.

En efecto, hoy nos parece absolutamente normal hablar del derecho a la vida y a la igualdad; de la libertad personal, de pensamiento y de expresión; del derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, a un medio ambiente sano, e incluso a la diversidad sexual. Sin embargo, la expresión escrita en el orden jurídico mexicano de tales derechos es muy reciente. Bástenos con señalar que la elevación a rango constitucional de la igualdad ante la ley del varón y la mujer data de diciembre de 1974. Y es sólo hasta el 1 de junio de 2000 cuando con mayor amplitud, en un ordenamiento **jurídico mexicano se hace mención a**

algunos de los conceptos antes citados:

La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos.'

Las que hoy conocemos como libertades civiles y políticas, garantías individuales, derechos fundamentales, derechos subjetivos públicos y derechos humanos, tienen tras de sí una larga y accidentada historia que habremos únicamente de mencionar, para no desviarnos del tema central de este trabajo.

Partiendo históricamente de la *po/isis* ateniense y tomando como base las

reflexiones de los antiguos pensadores griegos acerca de las instituciones jurídicas y políticas de la época, es incuestionable que la esclavitud existió no sólo como un fenómeno social, sino como una institución.

Existían en *lapolis* ateniense a saber, tres clases sociales:

a) Los ciudadanos, quienes tenían derecho a participar en la vida política de la *polis*; era un privilegio que se obtenía **por nacimiento**.

b) Los extranjeros residentes o metecos, **quienes en su mayoría eran comerciantes**, artesanos o agricultores. Su residencia durante varias generaciones no convertía a los metecos en ciudadanos, aunque eran hombres libres.

e) Los esclavos, quienes ocupaban naturalmente el grado más bajo en la escala social, "pues la esclavitud era una institución universal en el mundo antiguo. Acaso una tercera parte de los habitantes de Atenas eran esclavos. En consecuencia, la institución de la esclavitud era tan característica de la economía de la ciudad-Estado como la del asalariado lo es en el Estado moderno".'

Ya en el imperio romano, Lucio Anneo Séneca (4ac.-65dc.), filósofo, dramaturgo y político estoico de gran influencia con los emperadores Claudio y Nerón, abogó por una regulación jurídica más humana de la esclavitud. Con Claudio, se determinó que sería libre el esclavo que fuera

abandonado por su amo en virtud de enfermedad o vejez. Igualmente, "no se debía matar a los esclavos sin sentencia de un magistrado, lo mismo que aplicar tormentos sin proceso o sentencia de algún magistrado".]

"El cristianismo puso punto final a la concepción del hombre que es esclavo por naturaleza. El derecho medieval no conservó la idea ni la institución, pero la condición de los siervos en las tierras de los señores feudales era una forma disfrazada de esclavitud. Era mejor la condición de los trabajadores de la ciudad, pero el régimen de las corporaciones los sometían a la voluntad de los maestros, autores de las normas para el trabajo de los compañeros y aprendices"

El historiador y filósofo holandés Juan Huitzinga' señala al respecto: "Según las explicaciones del escritor de la época Chastellain, dios ha creado al pueblo bajo para trabajar, para cultivar el suelo, para asegurar por medio del comercio la sustentación permanente de la sociedad; ha creado al clero para los ministerios de la fe y ha creado la nobleza para realzar la virtud y administrar la justicia, para ser con los actos y las costumbres de sus distinguidas personas el modelo de los **demás**",

Es en esta etapa de la Edad Media cuando los estamentos, que fueron capas sociales vivas y actuantes, cobraron mayor

fuerza. Mario de la Cueva afirma que el primero de los estamentos estuvo formado por los señores feudales; el segundo de ellos se constituyó con el clero y tuvo su fuerza y valimiento en el poder de la iglesia; inlegrándose el tercero con los descendientes de la nobleza a los que no correspondió título nobiliario y con los habitantes de las villas y ciudades.⁶

Fueron estos señores feudales, cuyo conjunto constituía la nobleza y quienes por ende eran los dueños de la tierra, los que lucharon contra el Rey Juan "Sin tierra", lo encerraron en su castillo y lo obligaron el 17 de junio de 1215 a firmar la Carta Magna. Los ingleses la consideran como la primera constitución escrita de la historia y la fuente primera de las libertades de los hombres.

A lo largo de los siglos XIV, XV, XVI, XVII y XVIII surgieron en Europa grandes pensadores que realizaron enormes aportaciones a las ideas sociales, políticas y jurídicas que se tradujeron en conceptos enlonees novedosos que ahora nos resultan de uso común y cotidiano: **unificación nacional, constitución, monarquía constitucional, estado, soberanía, igualdad, división de poderes, sociedad política, pacto social, etcétera.**

Santo Tomás de Aquino, Francisco de Victoria, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu, Sieyés, Diderot, D'Angenson, Voltaire, Quesnay, sólo por **mencionar algunos. contribuyeron de**

manera muy notable a la formación de las ideas e instituciones políticas y jurídicas en el mundo, que hoy son vigentes y que no obstante sus naturales diferencias tienen un gran común denominador: el hombre y sus derechos.

Son las ideas principalmente de Rousseau, en tomo a la sociedad política creada mediante un contrato social, en el que sólo puede justificarse la autoridad y conservar la libertad por el acuerdo y el consentimiento, las que conducen a la Revolución Francesa con sus postulados de "Libertad, Igualdad, Fraternidad" dando lugar el 26 de agosto de 1789 a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, misma que consta de 17 artículos.

Desde 1800 y hasta los años 60 del siglo XX, se gestaron en el mundo diversos movimientos sociales y políticos, en muchos casos armados y violemos, que en América, Asia y África tuvieron como propósito fundamental la emancipación de antiguas colonias, posesiones y anexiones **europeas, para el surgimiento de naciones independientes.**

y si bien es cierto que la enorme mayoría de los movimientos independentistas y de **reconstrucción nacional estuvieron en** diversos momentos inspirados en la ya mencionada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, también es cierto que, paradójicamente, los ocurridos durante el siglo XX y hasta la segunda **guerra mundial, contemporizaron con**

otras formas de organización estatal en las que, mientras los emancipados apostaban a la idea de la preeminencia del hombre sobre el Estado, aquellas desarrollaban el proceso inverso en donde el fin último del Estado es el Estado mismo, prevaleciendo sobre el individuo y la organización social. La Alemania nazi y la Italia fascista son lamentables ejemplos que no debemos olvidar para no volver a repetir.

México tuvo, no obstante su accidentada historia constitucional y como producto del movimiento revolucionario de 1910, la atingencia de incorporar en la Carta Magna de 1917, el reconocimiento de la existencia de los derechos sociales, que junto con la Constitución de Weimar, en 1919, enriquecieron la ya para entonces más que centenaria Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Es el Estado mexicano, a través de los poderes constituidos establecidos en nuestra Constitución, quien se obliga a garantizar el ejercicio de las llamadas garantías individuales y sociales previstas en ella.

Ignacio Burgoa' opina al respecto que "no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano)". Por lo que los derechos públicos subjetivos reconocidos por el orden jurídico positivo se aseguran o preservan por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley.

Esto nos permite afirmar que los derechos humanos comprenden un campo de acción y ejercicio más amplio que el de los establecidos en las garantías individuales y sociales.

En este sentido, compartimos la idea de que derechos humanos "son aquellos derechos de importancia fundamental que poseen todos los seres humanos sin excepción, por razón de su sola pertenencia al género humano".'

Como antes comentamos, es el Estado quien asume la obligación jurídica de asegurar el ejercicio y disfrute de las garantías individuales y sociales y, consecuentemente, de una buena parte de los derechos humanos que tenemos. En algunos de éstos, como el derecho al desarrollo o a un medio ambiente sano, su cumplimiento y disfrute requieren de la participación del Estado y de la responsabilidad de la propia comunidad.

Bajo el principio de división de poderes y en términos del artículo 89 constitucional, es al poder ejecutivo, es decir a la administración pública federal, a quien corresponde proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes. De tal suerte, que es a la administración pública a la que le compete establecer los **mecanismos que garanticen el ejercicio** de los derechos establecidos en el orden jurídico mexicano -con excepción de la

competencia que corresponde a los poderes judiciales federal y locales- en concordancia con lo dispuesto por los artículos 40, 41 Y 124 del Pacto Federal.

Así, la administración pública federal mexicana se ha dotado de numerosas estructuras, instituciones y elementos de diversa naturaleza -con fundamento en las leyes, reglamentos y acuerdos expedidos al efecto- para dar satisfacción entre otras muchas misiones que tiene encomendadas por el orden jurídico, al respeto y cumplimiento de las garantías de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica.

En los Estados modernos, concomitantemente a las funciones de la administración pública, se ha establecido la figura del Ombudsman, palabra de origen sueco que se identifica como "defensor del pueblo" y que también se denomina, según el país, procurador, comisario, médiateur, proveedor de justicia o comisionado.

La esencia de esta institución -generalmente un órgano unipersonal que dispone de medios y elementos auxiliares- tiene como principales funciones la supervisión de los actos y resoluciones de la administración pública y de sus agentes, **“ y cuya actuación está encaminada a comprobar si se han respetado los derechos proclamados en cada constitución o si la administración sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios que, de acuerdo con la ley y el derecho, deben guiar toda su**

acción:”: carece de facultades coercitivas y sus determinaciones, que generalmente **se denominan recomendaciones, están sustentadas en su autoridad moral; por lo que las autoridades destinatarias se ven compelidas a acatarlas y corregir errores, excesos y desviaciones. Las estructuras, procedimientos y demás mecanismos de operación los establecen las leyes y reglamentos correspondientes.**

Por lo especial y delicado de sus funciones, el titular del Ombudsman debe ser una persona independiente, seria, objetiva e imparcial, dotada de una gran calidad moral y humana, con vocación por el cargo y desempeño eficiente.

Sólo en Estados donde esté consolidada la democracia, podrá garantizarse el funcionamiento de la figura del Ombudsman.

En México, la institución del Ombudsman **encuentra su existencia jurídica en el ámbito federal en el apartado B del artículo 102 constitucional y se denomina Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).** La misma disposición prevé la existencia de Comisiones de Derechos Humanos en las entidades federativas:

“El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico

mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos".

No obstante lo anterior, el Estado mexicano ha venido creando -tanto en el orden federal como del Distrito Federal- instituciones y mecanismos jurídicos diversos para dar atención, promoción y solución a las diferentes necesidades derivadas del ejercicio y cumplimiento de los derechos humanos en nuestro país.

En efecto, la administración pública -con la respectiva emisión del dispositivo jurídico correspondiente (ley, decreto o reglamento)- ha venido estableciendo en los últimos años, instancias y mecanismos de atención a los derechos fundamentales de los gobernados que en principio parecieran ir sustituyendo progresivamente las funciones del Ombudsman en México o atomizarlo en múltiples organismos. Incluso, estas instituciones y mecanismos comprenden el reconocimiento, ejercicio y defensa de los derechos específicos de los gobernados, no sólo frente al poder público sino también, en algunos casos, frente a instancias particulares como los bancos, los patronos, los prestadores de servicios médicos y los proveedores de bienes y servicios en general.

Para sustentar lo anterior, habremos de enunciar brevemente algunas instancias e instituciones, así como sus principales funciones:

a) Instituto Nacional Indigenista (INI). Creado mediante ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 1948.

Entre sus principales funciones están las de investigar los problemas relativos a los núcleos indígenas del país; estudiar las medidas de mejoramiento de éstos y promover ante el Ejecutivo Federal la aprobación y aplicación de estas medidas.

b) Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado por decreto el 13 de enero de 1977.

Este organismo forma parte del Sistema Nacional de Asistencia Social, que es el conjunto de instituciones públicas, sociales y privadas, encargadas del desarrollo de la familia, de la protección de la infancia y de la prestación de servicios de asistencia social.

Tal y como lo define el artículo 4º de la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social de 1986, el DIF es el responsable de la atención de menores en situación de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos de maltrato, de

menores infractores, de alcohólicos, de los farmacodependientes y de los individuos en condición de vagancia, de mujeres en periodo de gestación o lactancia, de ancianos en incapacidad, marginación o desamparo, de los inválidos con problemas de diferentes órganos o sistemas, de los indigentes, de personas que por su **ignorancia requieran servicios asistenciales**, de las víctimas de la comisión de delitos en estado de abandono, de los familiares que han sido abandonados y dependen económicamente de aquellos que se encuentran detenidos por causas penales, de los habitantes del medio rural o urbano que estén marginados y de las personas afectadas por desastres.

e) Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA). Organismo público descentralizado, que ofrece a la población de 15 años de edad o más la oportunidad de alfabetizarse o realizar o completar sus estudios de primaria y secundaria.

d) Procuraduría Agraria (PA). Organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Surge con motivo de la adición de la fracción XIX al artículo 27 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de febrero de 1983.

Es una Institución de servicio social, con funciones de Ombudsman para la defensa de los derechos de los sujetos agrarios. Presta servicios de asesoría jurídica

mediante la conciliación de intereses o la representación legal; promueve el ordenamiento y regularización de la propiedad rural y propone medidas encaminadas al fortalecimiento de la seguridad jurídica en el campo, a fin de fomentar la organización agraria básica y el desarrollo agrario, que se traduzcan en bienestar social.

e) Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Organismo descentralizado de servicio social, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Fue creada en la Ley Federal de Protección al Consumidor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1975. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procura la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

f) Procuraduría Social del Distrito Federal (P8DF). Organismo público descentralizado de la administración pública del Distrito Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Tiene por objeto ser una instancia accesible a los particulares para la defensa de los derechos relacionados con las funciones públicas y prestación de servicios a cargo de la administración pública del Distrito Federal, a efecto de que la actuación de la autoridad se apegue a los principios de legalidad, imparcialidad, eficiencia, honradez, oportunidad y demás principios establecidos en el Estatuto de Gobierno

del Distrito Federal; así como de los derechos sociales.

Sus procedimientos están regidos por los principios de imparcialidad, economía procesal, celeridad, sencillez, eficacia, legalidad, publicidad, buena fe, accesibilidad, información, certidumbre jurídica y gratuidad. Para la solución de conflictos, la Procuraduría Social es competente para realizar funciones de arbitraje, conciliación o amigable composición.

g) **Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA)**. En términos de lo expresado por el artículo 2º fracción XXIX-D del Reglamento Interno de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, es un organismo desconcentrado de ésta, que tiene a su cargo vigilar y promover el cumplimiento de la legislación ambiental y de los recursos naturales, mediante la realización de actos de autoridad (inspección, verificación y vigilancia), en forma directa por conducta de su personal, o en forma concurrente con la sociedad u otras instancias del gobierno; así como calificar y aplicar sanciones sobre ilícitos en la materia, a efecto de contribuir al aprovechamiento duradero de los recursos naturales renovables y la preservación y mejoramiento del ambiente y estimular el cumplimiento voluntario de la legislación ambiental.

h) **Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (PROFEDET)**. Es, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de su Reglamento -publicado

en el Diario Oficial de la Federación el 14 de diciembre de 1999- un órgano desconcentrado de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Tiene a su cargo funciones de orientación y asesoría gratuita a los trabajadores, sus sindicatos o beneficiarios sobre los derechos y obligaciones derivadas de las normas de trabajo, previsión y seguridad sociales; representarlos ante órganos jurisdiccionales, administrativos y cualquier otra institución pública o privada, y proponer a las partes interesadas soluciones amistosas mediante convenios fuera de juicio para el arreglo de sus conflictos. Es, en síntesis, un Ombudsman de los trabajadores.

i) **Procuraduría de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado**. Forma parte, de acuerdo con el artículo 122 de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado "B" del artículo 123 Constitucional, del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Se encarga de la defensa de los intereses de los trabajadores al servicio del Estado; representa y asesora a estos trabajadores interponiendo recursos ordinarios e incluso el juicio de amparo; también propone a las partes interesadas soluciones conciliatorias para el arreglo de sus conflictos.

j) **Instituto Nacional de la Senectud (INSEN)**. Organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1979.

Tiene por objeto proteger, ayudar, atender y orientar a la vejez mexicana y estudiar sus problemas para lograr las soluciones adecuadas.

k) Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED). Órgano descentralizado de la Secretaría de Salud, con **plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos.** Creada por decreto de 31 de mayo de 1996, tiene por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios, sean estos últimos de carácter público, privado o social.

Está facultada para brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones; para recibir, investigar y atender las quejas que presenten los **usuarios en esta materia; para intervenir en amigable composición conciliando conflictos derivados de la prestación de servicios médicos y para fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan.** Es, en síntesis, el Ombudsman de los servicios médicos.

l) Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF). Organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, creado mediante Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 2000. Tiene como finalidad pro-

mover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas; arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos. Cuenta con plena autonomía técnica para dictar sus resoluciones y laudos, así como facultades de autoridad para imponer las sanciones previstas en la ley.

m) Instituto Nacional de las Mujeres. Organismo público descentralizado con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión para el cumplimiento de sus atribuciones, objetivos y fines. Creado mediante Ley del Congreso de la Unión publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de enero de 2001, el Instituto tiene como objeto general el promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país.

Son sujetos de los derechos que esta ley garantiza, todas las mujeres mexicanas y extranjeras que se encuentren en el **territorio nacional, y las mexicanas en el extranjero, sin importar origen étnico, edad, estado civil, idioma, cultura, condición social, discapacidad, religión o dogma; quienes podrán participar en los programas, servicios y acciones que se deriven de este ordenamiento.**

El Instituto tiene, entre otros objetivos específicos, la promoción, protección y difusión de los derechos de las mujeres y de las niñas, consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales ratificados por México, en particular los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres. Asimismo, la promoción de la cultura de la no violencia, la no discriminación contra las mujeres y la equidad de género para el fortalecimiento de la democracia.

n) Comisión para Asuntos de la Frontera Norte. Creada por acuerdo del ejecutivo federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 2001, es una comisión intersecretarial de carácter permanente, que tiene por objeto coordinar, por medio de procesos de planeación y ejecución, las políticas y acciones de gobierno encaminadas a lograr el desarrollo integral y sustentable de la región de la frontera norte del país.

La Comisión estará integrada de manera permanente por los titulares de las secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Desarrollo Social, Medio Ambiente y Recursos Naturales, Energía, Economía, Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, Comunicaciones y Transportes y Turismo. Igualmente, la integrarán permanentemente los titulares de la Oficina de la Presidencia para las Políticas Públicas, de la Oficina de Re-

presentación para Mexicanos en el Exterior y México-Americanos, de la Comisión Nacional del Agua y el Comisionado Presidencial para Asuntos de la Frontera Norte.

Entre los objetivos de la Comisión están el proponer lineamientos y acciones concretas para crear las condiciones materiales y jurídicas necesarias que permitan impulsar el desarrollo económico de la región de la frontera norte; promover una cultura de servicio público que permita un trato digno y de respeto para los migrantes mexicanos que ingresan, transitan o salen del país y asegurar la protección de sus derechos y de sus bienes, en territorio nacional, así como proponer líneas de acción que permitan satisfacer las necesidades de la región de la frontera norte para aminorar las desigualdades sociales y fomentar el progreso de la región.

Algunas de las atribuciones de la Comisión son: formular propuestas sobre los mecanismos que garanticen la seguridad y el respeto a los derechos de los migrantes mexicanos, impulsando una nueva cultura de servicio público para que los mexicanos sean tratados con dignidad y calidez en la región de la frontera norte; diseñar y promover la creación de centros de desarrollo en la región de la frontera norte, que generen las condiciones y oportunidades de trabajo que frenen la salida de mexicanos hacia los países del Norte; y proponer estrategias en materia de medio ambiente para evitar que se

amenace la salud, seguridad y el bienestar de las personas de esa región.

o) Consejo Nacional Consultivo para la Integración de las Personas con Discapacidad. Creado por acuerdo del ejecutivo federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de febrero de 2001, es un órgano de consulta e instancia de coordinación para las políticas, estrategias y acciones en materia de discapacidad.

Entre sus objetivos están: proponer e impulsar acciones encaminadas a garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos humanos, políticos y sociales de las personas con discapacidad, así como la igualdad de oportunidades y la equidad en acceso a los servicios de salud, educación y capacitación, empleo, cultura, información, recreación y deporte.

Igualmente, este Consejo tiene a su cargo fomentar y difundir entre toda la población una nueva cultura de integración social de las personas con discapacidad basada en el respeto y la dignidad, que considere que la participación plena de este sector enriquece a la sociedad en su conjunto y fortalece los valores y la unidad de la familia y la nación.

p) Consejo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Creado por acuerdo del ejecutivo federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de marzo de 2001. Es un órgano de asesoría

y apoyo técnico al Presidente de la República, para la planeación, evaluación y seguimiento de políticas y estrategias en materia de desarrollo de los pueblos indígenas, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a las dependencias y entidades de la administración pública federal competentes en la materia.

Este Consejo, entre otras funciones, asesora al Presidente de la República sobre el diseño de la política en materia de desarrollo de los pueblos indígenas, así como el diagnóstico de los asuntos en la materia; le recomienda la atención de asuntos específicos en la materia y le propone proyectos de iniciativas de reformas o adiciones al marco jurídico en materia de derechos y cultura indígenas, que contribuyan al reconocimiento y ejercicio pleno de los derechos de los pueblos indígenas.

Puede el Consejo también, sugerir proyectos que contribuyan al fortalecimiento de las estructuras sociales, económicas y políticas de los pueblos indígenas. Además debe coordinarse con las instituciones públicas y colaborar con las privadas dedicadas a las cuestiones de desarrollo de los pueblos indígenas.

q) Consejo Nacional para la Infancia y la Adolescencia. Creado por acuerdo del ejecutivo federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de julio de 2001. Es una comisión intersecretarial de carácter permanente que tiene por objeto

coordinar y definir las políticas, estrategias y acciones que garanticen el desarrollo pleno e integral de niñas, niños y adolescentes.

El Consejo estará integrado de manera permanente por los titulares de las secretarías de Desarrollo Social, Educación Pública, Salud, y del Trabajo y Previsión Social; los directores generales del Instituto Mexicano del Seguro Social, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, y el Comisionado para el Desarrollo Social y Humano de la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República.

Entre sus objetivos están el proponer e impulsar acciones que contribuyan al bienestar, desarrollo y mejoría de la calidad de vida de este sector de la población, en lo relacionado con la nutrición, la salud, la habitación, el vestido, la educación, el cumplimiento de sus deberes, la recreación, el deporte, la cultura, la integración familiar, la seguridad y la integridad física y mental, entre otros aspectos de su desarrollo humano y social.

Algunas de sus atribuciones son: proponer y opinar sobre las estrategias, políticas y acciones dirigidas a niñas, niños y adolescentes, que correspondan a la diversas instituciones de los sectores público, social o privado; realizar recomendaciones sobre las políticas, programas y acciones dirigidas a este sector de la población; y diseñar programas y políticas

permanentes para atender con equidad a los grupos más vulnerables o menos favorecidos de niñas, niños o adolescentes, que conduzcan a la superación de las desventajas en que se encuentren.

r) Oficina de la Embajada Especial para los Derechos Humanos y la Democracia.- No obstante haber sido anunciada la creación de esta oficina durante el primer mes de inicio del actual período presidencial, su formalización se encontraba sujeta, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 76 fracción II de nuestra Constitución, a la aprobación del Senado de la República.

El 25 de septiembre de 2001, el titular del ejecutivo federal retiró la propuesta anterior y anunció, con fundamento en el artículo 89 fracción II de la Constitución, la creación de la Subsecretaría para Derechos Humanos y Democracia, dependiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Esta Subsecretaría "será responsable de diseñar la política gubernamental en el ámbito internacional dirigida a promover y proteger los derechos humanos dentro y fuera del país, coordinar con otras dependencias del Ejecutivo la participación de México en foros multilaterales y reuniones bilaterales relevantes, así como fungir como interlocutora con los actores pertinentes de la sociedad civil, tanto nacionales como internacionales".

s) En lo relativo al Distrito Federal, recientemente han sido aprobadas leyes diversas que tienen que ver con el tema

que estamos abordando. Así, las leyes de las y los Jóvenes; de los Derechos de las Niñas y Niños; de las Personas Adultas Mayores; para las Personas con Discapacidad; del Fondo de Administración de Justicia; de Vivienda; del Deporte; de Asistencia e Integración Social y de Educación, por mencionar algunas, constituyen disposiciones legales que buscan atender por materia o por grupos específicos de la sociedad de esta circunscripción territorial, el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos por el orden jurídico mexicano.

Las anteriores son algunas de las **instancias e instituciones que en términos de las disposiciones vigentes se encargan de dar atención, ejercicio y defensa a derechos fundamentales específicas de los gobernados.**

Esto pareciera, como hemos dicho, que la figura del Ombudsman en México estuviera transformándose en Ombudsman específicos, ya sea por materia o por características de los gobernados a atender.

En algunos casos de los ya mencionados en este trabajo, los instrumentos que dan vida jurídica a las instancias e instituciones citadas (leyes, decretos, reglamentos y acuerdos) reservan para ellas, además de autonomía técnica y de gestión, un campo específico de acción en materia de derechos humanos.

Como si ello no fuera suficiente, las recientes reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, apro-

badas por el Congreso de la Unión y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2000, establecen en el artículo 27, entre otras facultades de la Secretaría de Gobernación:

XIII.- Vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente en lo que se refiere a las garantías individuales y dictar las medidas administrativas necesarias para tal efecto.

Con todo lo anterior, quedan las siguientes preguntas:

i) ¿La figura y funciones del Ombudsman en México están siendo asumidas por instancias e instituciones de la administración pública)

ii) ¿La CNDH como Ombudsman Nacional ha venido perdiendo espacios de actuación jurídico-administrativa con el surgimiento de las antedichas instancias **e instituciones de la administración pública?**

iii) ¿Ante el surgimiento y permanencia **de estas instancias e instituciones la CNDH corre el riesgo de desaparecer o de convertirse** -pese a su existencia constitucional- en un organismo inanimado?

Iv) ¿Derivado del número y características **de las instancias e instituciones ya mencionadas**, el papel de la CNOH se reducirá a conocer de casos relativos a la seguridad pública y a la procuración de justicia?

El ya citado apartado B del artículo 102 constitucional establece, a grandes rasgos, las características que tiene la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus homólogas en las entidades federativas:

/. Conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del poder judicial de la federación, que violen estos derechos.

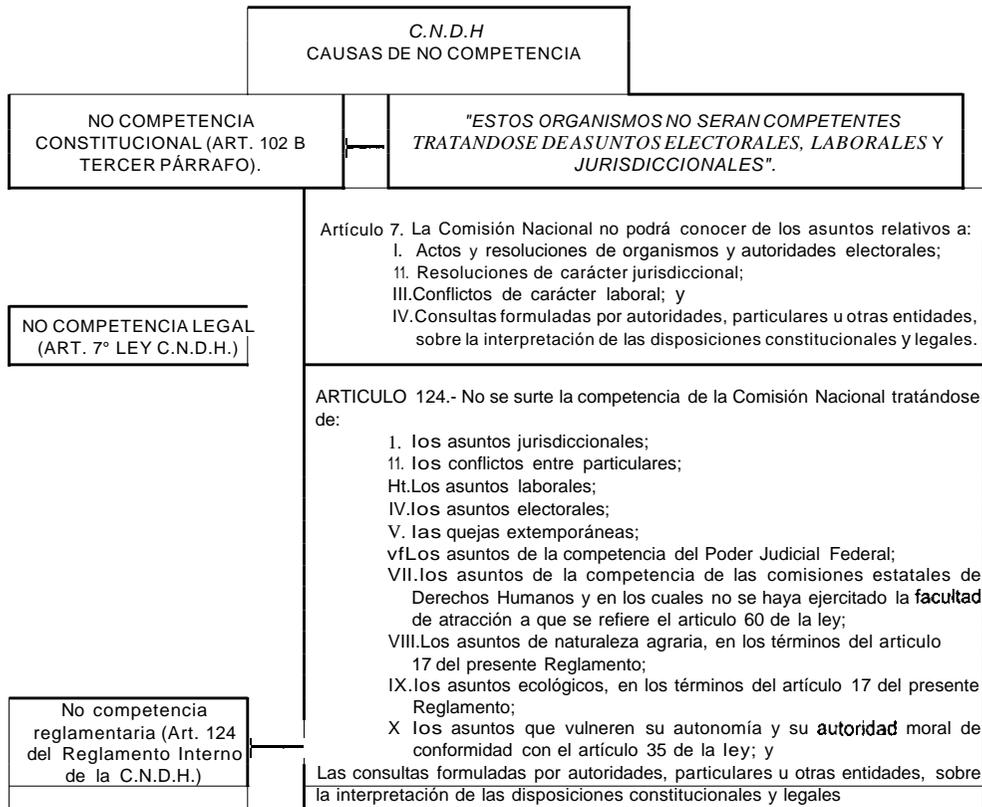
11). Formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y

quejas ante las autoridades respectivas.

111). No serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales.

IV). La CNDH contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

Si bien es cierto que constitucionalmente la CNDH tiene establecidas tres causas de incompetencia jurídica, estas se amplían considerablemente en la Ley que la rige y en su Reglamento Interior:



Lo anterior podría explicar en buena medida el surgimiento de algunos ombudsmen específicos como lo son el agrario, el ecológico y el laboral. Sin embargo, a lo largo de este trabajo hemos podido mencionar al menos otras 15 instancias e instituciones cuyo marco de actuación se identifica con atribuciones y objetivos directamente relacionados con el ejercicio y defensa de los derechos humanos.

¿Cuál va a ser entonces el papel que le tocará realizar a la CNDH y sus homólogas en las entidades federativas?

En nuestra opinión hay dos puntos de vista a considerar:

1.- Algunas de las instancias e instituciones relacionadas en el presente trabajo fueron establecidas 10, 20 Y hasta 40 años antes de la creación formal de la CNDH. No obstante ello, el nacimiento del Ombudsman Nacional vino a ocupar un ámbito de acción y de conciencia enormemente importante en la sociedad mexicana.

El surgimiento posterior de otras instancias e instituciones no afectó ni la imagen ni el papel que durante la década de los noventa del siglo pasado tuvo la CNDH. Por el contrario, con ella se detona la necesidad de abordar temas que si bien ya se trataban en ciertos sectores sociales -universidades, centros de investigación, organismos no gubernamentales, partidos políticos etcétera- su penetración,

permeabilidad social y uso generalizado se deben en gran medida a la presencia de los organismos defensores de los derechos humanos en la sociedad mexicana y principalmente al Ombudsman nacional.

11.- No obstante lo anterior, es de observarse que un número importante de instancias e instituciones de las aquí expuestas, surgen inscritas dentro del cambio de administración gubernamental resultante del proceso electoral federal de julio del año 2000.

En efecto, no menos de seis de las antes referidas han sido creadas durante el actual período presidencial. Esto cobra mayor importancia si observamos que su surgimiento formal se da antes de cumplirse el primer año.

Estas instancias, invariablemente, tienen por objeto atender a grupos sociales notoriamente sensibles y en algunos casos altamente marginados. Los indígenas, los migrantes, los discapacitados, las mujeres, las niñas y niños, son algunos de los miembros de la sociedad que habrán de ser atendidos por separado y en forma exclusiva por cada una de aquellas.

Esto, si bien pudiera interpretarse como una notable reducción en el campo de acción jurídico-administrativa del Ombudsman nacional, también presenta el enorme reto y responsabilidad de esta institución, de replantear su papel ante la sociedad mexicana, recobrar su presencia

institucional y crecer en la confianza y credibilidad de la población.

El reto no es fácil, pero la oportunidad es enorme. El logro de su cometido no es un asunto de autonomía formal o de condena permanente de la actuación de las instancias de la administración pública. Es un asunto de compromiso con la sociedad, de convicción por la causa de los derechos humanos y de confianza de todos los actores sociales en la institución.

Así, la CNDH no sólo saldrá más fortalecida, sino también, basada en su autoridad moral, objetividad e imparcialidad podrá, si se lo propone, convertirse en el Ombudsman de los Ombudsman específicos

La fortaleza de una nación se mide, fundamentalmente, por la fortaleza de sus

instituciones. México, en su camino por la democracia requiere de la fortaleza y confianza en sus instituciones. El Ombudsman nacional debe ser una de las principales instituciones de nuestro país. Hagamos cada quien nuestra parte. México se lo merece.

Notas

- 1) *Código Civil para el Distrito Federal*, Artículo 2°. Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000
- 2) Sabme. George. *Historia de la Teoría Polínca*. Editorial I.C.F., México, 1982, pp. 15-26.
- 3) González Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Editorial Limusa, S. A., México, 1979, p.131.
- 4) De la Cueva, Mario, *La Idea del Estado*. Ed. UNAM, México, 1980, pp. 49-56.
- 5) Citado por Mario de la Cueva. ob. cit. p. 35.
- 6) ob. cit. p. 37.
- 7) *Las Garantías Individuales*, Ed. POITÚA, México, 1983, P 164.
- 8) Álvarez Ledcsma. Mario *Introducción al Derecho*. Edil. Me Graw-Hill. Serie Jurídica. México 1ª ed, p. 326
- 9) *Enciclopedia Microsoft Encarta*. 1993-2000
- 10) Secretaría de Relaciones Exteriores, *Comunicado de Prensa*, Núm. 179/01,25 de septiennhre de 2001

El Ombudsman en las democracias modernas

Francisco Javier Acuña Llamas

1.- Las confusiones recurrentes en materia de derechos humanos y sus medios de protección en México

En las democracias en precario o incompletas no es ni ha sido fácilmente exitosa la cara empresa de instalar un Ombudsman que se considere tal; el riesgo del experimento se incrementa porque la atmósfera a la que se introduce un mecanismo de depuración del medio público (de potabilización) no puede funcionar en automático si en dicho entorno no se **registran las condiciones mínimas de una** democracia constitucional, que entre otras cosas, descansa en la certidumbre y eficacia de sus normas e instituciones y en la presumible y demostrable aquiescencia de aquellas por parte de la ciudadanía.

La joven experiencia del Ombudsman mexicano y sus treinta y tres expresiones institucionales (la CNDH, la del Distrito Federal y las de cada entidad federativa) evidencia aspectos que aún no son debidamente analizados sobre el papel del Ombudsman en el entorno mexicano actual; persisten limitantes a sus competencias y, quizás también, las comisiones

públicas de derechos humanos no han sabido o podido, colocarse plenamente ante la percepción pública en el sitio adecuado a efecto de ir construyendo un acervo común de prestigio y credibilidad.

Por otra parte, desde el poder público persisten reticencias a su labor y en general subsisten los falsos debates sobre su naturaleza jurídico-política, como instituciones del Estado y no del gobierno (aunque lo fueron gubernativas de 1990 a 1992), al igual que sobre la juridicidad de su función y el valor de sus resoluciones: recomendaciones. Se dicen tantas cosas respecto de ellas, pero pocas veces desde una percepción científico-jurídica como debiera hacerse, en beneficio de la congruencia entre lo que ha de ser un Ombudsman que se precie de serlo y la libre inspiración que de esa figura deseamos -por capricho o terquedad- para nuestra realidad, **que** también hay que decirlo es rica y cambiante, inmersa en un proceso de cambio de régimen, que

se perfila hacia una democracia constitucional moderna aunque todavía -y la distancia existe- no lo sea plenamente.

De suyo la aventura de incorporar en México la figura del Ombudsman en el diseño evolutivo de la CNDH y en el reflejo inercial de las figuras similares de corte local no ha estado exento de dislates al haber sido el fruto de un experimentalismo institucional a la mexicana, para operar ante una realidad politológica particular y en beneficio de una sociedad poco instruida y menos aún acostumbrada a enderezar la vista frente a la autoridad en exigencia de sus derechos (desconocedora de los mismos en su dimensión esencial) y víctima a la vez de una autoridad pública experta en atropellarlos y de la cual ha surgido una poderosa corriente adversa a su protección por esta vía la nojurisdiccional.

1.1.- La CNDH original y el efecto espantapájaros'

La ilusión óptica de la sociedad, ante la CNDH original, ocurre como reacción de una población poco permeable a entender el surgimiento repentino de un instrumento "milagroso" para resolver todas las carencias y dolencias sociales acumuladas en el tiempo.

Al proceso de maduración institucional de la CNDH le ha hecho daño la apología sin precedentes que se construyó en torno a la figura original,' tendencia triunfalista

y acrítica que abrió la puerta a reveses en menoscabo de la extensión y eficacia de sus potestades al tenor de la Constitución y de la ley.'

La confusión ante el asombro y el escepticismo ha sentado pésimos precedentes. si bien se hizo una gran campaña de difusión de las bondades del ente creado (CNDH) proclamado como un auténtico Ombudsman, lo cual era exagerado. dicha empresa fue imprecisa del alcance técnico de los asuntos de su competencia y carente de la distinción entre lo que son conductas públicas eventualmente violatorias de los derechos humanos y actos entre particulares que por ser lesivos en sí mismos pudieran equipararse con las primeras y que naturalmente estarían fuera de la competencia del organismo.

Se hizo sentir que la sola creación de la CNDH (cual espantapájaros) impediría continuara la tortura, la represión y la omisión indebida de la autoridad. en un entorno en el que la simulación predominaba sobre la certidumbre de legalidad del acto público. Luego. el discurso de la CNDH se empeñó en certificar que la tortura había sido prácticamente erradicada de la realidad mexicana. Nada más falso. El círculo vicioso de impunidad-corrupción que ha larvado nuestros sistemas e instituciones de procuración e impartición de justicia generó el sentimiento popular de que era una contradicción instalar un organismo para exigir la protección de los derechos de las

personas sujetas a una investigación judicial, cuando para las víctimas del delito había y persisten serias desventajas a la luz de la misma Constitución.

Así se formó un espectro de burlón sarcasmo a la misión de la CNDH y sus similares, Pronto cobró fuerza la falaz idea de que la afectación de un ciudadano por parte de otro ciudadano (en robo, asalto, secuestro, homicidio etcétera) implicaba directamente la violación de los derechos humanos del primero por parte del segundo y si además aquel hecho se conjugaba con la enorme posibilidad de que el ciudadano agresor -de la hipótesis- encontrara la evasión de la justicia o un tratamiento ligero a su conducta delictiva por los consabidos efectos del circuito de la impunidad reinante (corruptela policial, ministerial y judicial; el mito de la defensoría de oficio y la desproporción de los derechos constitucionales del detenido sujeto a proceso vs la inoperancia de los escasos derechos de las víctimas de la delincuencia frente al ministerio público y el juez del proceso), se confirmaba y se hizo popular la tesis de la inutilidad de la CNDH.

Tendría que haberse calculado el riesgo del comentario, la incorporación de un Ombudsman sólo podría haber sido acompañada felizmente de una reforma integral de la procuración de justicia (que abandonara el sistema inquisitorial por el persecutorio que desligue al ministerio público persecutor del que sea acusador

ante juez) y que a su vez dotara de plena autonomía al ministerio público y con ello tamizar el dogma del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte de la autoridad ministerial; que renovara y recondujera la filosofía policial, haciéndola científica y mejorándola mediante programas de capacitación, incentivos y estímulos a través de un auténtico servicio civil de carrera policiaco; la transformación del sistema de administración de justicia, se debe discutir si se retoma al juicio oral en materia penal, y se incorpora la figura del juez instructor y la del juez de resolución; revitalizando la defensoría de oficio, etcétera.

Sin embargo, se optó por depositar sobre la CNDH demasiadas expectativas y desde la misma CNDH se dejó de hacer hincapié en el hecho de que sólo podrían considerarse técnicamente violaciones a los derechos humanos los efectos provenientes de conductas públicas tanto en acción como en omisión, pero quizá faltó precisar que nunca la competencia de la CNDH podría conocer de las conductas de particulares respecto de otros particulares que exclusivamente deben entenderse como delitos, cuya salvaguarda y eficacia si estaría en genérico a cargo del Estado, ello pensando que existieran mínimos de seguridad pública y de seguridad jurídica a favor de la población que es obvio referir no existen.

Al no haber parámetros adecuados para medir los mínimos de seguridad pública,

de transparencia de la gestión pública y de rendición de cuentas de los actores públicos que en una democracia consolidada se dan por ciertos, se fue sedimentando una percepción de enorme suspicacia sobre el arribo de la CNDH.

1.2.- La adversidad persistente a la necesidad de incorporar un Ombudsman

Los grupos de adversarios naturales del Ombudsman en nuestro país de 1990 a la fecha han persistido: principalmente desde los círculos gubernativos encargados de la seguridad pública y la procuración de justicia a la antigua (basada en una gama inimaginable de formas de tortura y hostigamiento).

Buena parte de la abogada, como gremio educado en la ortodoxia del eufemismo que descansa en la exclusiva y suficiente protección de "las garantías individuales" por medio del juicio de amparo y un sector influyente de la judicatura reticente a entender y aceptar la necesidad de incorporar "estas figuras intrusas a nuestra tradición jurídica", optaron por encauzar una lenta pero eficaz campaña de sistemático desprestigio y confusión en la sociedad sobre las comisiones públicas de protección de los derechos humanos, haciendo brotar un compendio de infundios mediante frases y aseveraciones que -es un despropósito repetir- empero que han cobrado impacto en la opinión pública, distorsionando y confun-

diendo: los derechos humanos defienden a los delincuentes; la ineficacia de las corporaciones policiacas es culpa de las comisiones de derechos humanos; los derechos humanos son de los humanos, no de las ratas; la mano dura (tolerancia cero) sólo se puede lograr sin estorbos, ni trabas de comisiones públicas y ONGs protectoras de los derechos humanos... entre otras...

Dichos referentes han servido de pautas de aproximación sucesiva a la radicalización de propuestas, que ya gozan de simpatía creciente, como la abierta invocación a la implantación de la pena de muerte como preventivo efectivo a la delincuencia, etcétera, la que además encuentra impulso por la evidente inseguridad pública y sus conocidos efectos en perjuicio de todos (aunque acaso más duramente sobre quienes tienen un poco más que los que nada tienen y que no cuentan con los medios y recursos de autoprotección que ejercen los que tienen muchísimo más que todos los otros juntos).

Reacciones que a su vez potencian toda clase de reduccionismos (en maniqueo) a la figura del probable delincuente y de asociaciones perversas sobre el prototipo del delincuente común basados en elementos discutibles, como el de la mera pertenencia al nivel de vida más austero o a la tremenda miseria que experimentan amplias capas sociales del país, acompañado de actitudes de "indolencia justificada" para intentar revertir e

impedir el maltrato por insalubridad, hacinamiento y represión que padece la inmensa mayoría de quienes se encuentran privados de la libertad y que no forman parte de las excepciones que al interior de las prisiones tienen unos cuantos reclusos que pueden costearse esos privilegios *extra-legem*.

La pinza, en contra de la credibilidad de la CNDH, se cierra con formulaciones simplistas y discriminatorias que en extenso se aplican a colectivos enteros que viven en condiciones de inaceptable atraso y malestar, como los que pertenecen a la población vinculada más directamente con las tradiciones y rasgos culturales autóctonos; los inmigrantes de las poblaciones rurales depauperadas por mecanismos de explotación indebida de los recursos naturales y víctimas del latrocinio de una histórica desigualdad para acceder a las fuentes de la riqueza; de los migrantes nacionales y externos que huyen de la guerrilla y la desolación hacia la aparente búsqueda del sueño americano; de los enfermos crónicos de enfermedades de transmisión sexual (VIH entre otras) y de los confinados en los centros psiquiátricos públicos y privados, etcétera.

Lo más interesante, y en parte lamentable, es que muchas de las manifestaciones de incompreensión que en nuestro país existen sobre el Ombudsman, como técnica garantizadora de derechos fundamentales, las han propiciado también algunos de sus

mismos exponentes, apologistas de buena fe y titulares y ex titulares de las comisiones públicas de derechos humanos, por cuestiones como su conducta personal: protagonismos insanos; el abandonar la institución antes de concluir el mandato por aceptar un cargo gubernativo o por el comportamiento de la oficina, mediante signos de escasa neutralidad o independencia frente al poder público (parcialidad **oficialista**); **imprecisiones en su discurso** sobre el papel del Ombudsman en pronunciamientos y foros; deficiencias de su labor institucional: recomendaciones cuestionables y manejos poco claros de los recursos asignados a la institución, etcétera).

A lo que se suma, naturalmente, la flaca contribución de las legislaturas locales y del Congreso federal, por esa conocida tendencia a relativizar la importancia de los procedimientos de elección de titulares de las comisiones de derechos humanos (cuando se acerca el plazo), como en sentido inverso la inevitable inercia de los partidos políticos, representados en las asambleas legislativas, de imponer consensos al margen de una valoración responsable de aspirantes al cargo y con fidelidad al perfil previamente establecido y que sea conforme a la legalidad y a la doctrina comparada; como la tradicional apatía, cuando no desprecio, tanto para dar seguimiento cabal a los informes anuales o especiales que les turnan las comisiones de derechos humanos, como para el nombramiento de consejeros

(cuando tienen dicha facultad) Q para la elaboración responsable de modificaciones legislativas al estatuto jurídico de dichas instancias públicas, etcétera.

Tras la reforma del artículo 102 B de la Constitución (1999), uno de cuyos propósitos fue la desvinculación formal de la CNDH del ejecutivo federal, el nombramiento del titular dejó de ser una simple designación para ser el resultado de una elección de corte parlamentaria, potestad exclusiva del Senado de la República de amplio consenso (técnicamente de las dos terceras partes de los senadores presentes el día de la sesión), así se perfeccionó la elección del actual Ombudsman nacional, Dr. José Luis Soberanes Fernández, en noviembre de 1999 (en cuyo caso, la fracción del PRO le negó su voto por considerar que se estaba ignorando la voz de las ONOs que habían propuesto a otros candidatos) y que, sin embargo, alcanzara sin problemas la exigencia del quórum requerido por los votos de la representación del PRI y una buena parte de las fracciones del PAN, del PVEM y del PT.

A estas fechas, en numerosas entidades federativas se ha ido revisando el estatuto jurídico de las comisiones de derechos humanos locales o equivalentes, dato que, si bien en general es positivo, coincide con la tendencia de entregar al legislativo la facultad de elegir al titular del cargo, no quiere decir que el trance de esta nueva faceta del sistema de nombramiento del

titular esté exenta de peligros y nuevos problemas, como ocurriera recientemente con el caso de Oaxaca en donde se llegó al extremo de nombrar como titular de la CDHEO, mediante una decisión cupular al seno de la comisión legislativa de la legislatura estatal a un cercano colaborador del gobernador en turno, que -dígase de paso- por presiones de las ONOs (estatales y nacionales) se vio obligado a renunciar inmediatamente, lo que a su vez permitió que se renovara el procedimiento.

Sólo por citar otro incidente, en este caso de Jalisco, la legislatura estatal ha postergado por meses la definición de la elección ante la formación de consensos parciales (menores a los que exige la nueva normativa) a favor de la ex titular Guadalupe Morfin Otero, respecto de quien inexplicablemente no se procedió en primer término y por separado a valorar su posible ratificación (para un segundo período), en vez de hacerla competir por el cargo con los otros aspirantes, lo que quiebra la lógica de la equidad entre una y los otros.

En el caso del Distrito Federal, la ley de la materia ya había sido revisada para entregar enteramente a su Asamblea Legislativa la responsabilidad de la elección del titular de la CDHDF; sin embargo, respecto del común de las instituciones mexicanas objeto de nuestra reflexión, se hace notar la ausencia de criterios de aceptación general -que reglamentados o adoptados con la finalidad de hacer más transparente el proceso de elección de los Ombudsman- faciliten y clarifiquen sobre

el perfil de quienes pudieran ser propuestos para tal cargo, con referencia a su trayectoria (una de apartidismo), a su vinculación desde la docencia o la investigación académica o la defensa y la promoción directa de los derechos humanos desde la militancia en las ONGs o desde la labor institucional en las instituciones de protección y defensa de los derechos humanos.

Tampoco existen criterios basados en alguna metodología que asegure la ponderación responsable e imparcial de parte de las comisiones legislativas responsables de hacer la selección de aspirantes al cargo, así como para evaluar la gestión institucional de una institución estilo Ombudsman de cara a la posible ratificación del titular (que en prácticamente todas las legislaciones se prevé), de manera que según sea el caso la comisión legislativa correspondiente tenga elementos para dictaminar su propuesta al pleno y con base en ésta, preparar los consensos parlamentarios sobre los atributos de las personalidades propuestas a **dicho cargo, a fin de no ser discriminados** los postulados por criterios subjetivos, que sólo reflejan la interpretación de quienes por disposición legal se encuentran con la facultad de seleccionar aspirantes al cargo.

Sobre esta cuestión también vale decir que para este tipo de cargos públicos (como el Ombudsman) no es preciso el término de candidatos en el sentido convencional del término, en todo caso, los

postulados son personalidades que por poseer el perfil idóneo son propuestos por la asamblea legislativa; es el parlamento (en consenso básico) el que busca a la persona idónea para tal cargo y no a la **inversa como se expusiera en el reciente** proceso de sucesión del Ombudsman capitalino, que se resolvió a favor del Lic. Emilio Álvarez Icaza (hasta esas fechas consejero titular de IIEDF), propuesto por un sector de üNGs de ámbito nacional y local.

No sobra comentar que en dicho proceso de selección se hizo patente una serie de **contradicciones en relación con los** parámetros utilizados para evaluar a las personalidades respecto de la obtención del consenso a favor de quien finalmente fuera elegido. Fue sin duda un proceso teñido de prejuicios e infundios sobre la postura personal de algunos de los "candidatos" con relación a temas controversiales de la vida nacional o a la probable religiosidad (en determinado credo) de alguno de aquellos.

Lo más insólito es que la descalificación deliberada de uno de los más fuertes o quizás el candidato natural al cargo de Ombudsman por sus méritos indiscutibles en la materia (Miguel Sarré Íguiñez), se organizó como campaña de desprestigio en las oficinas de la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la ALDF, que curiosamente había participado en Durban Sudáfrica en la cumbre mundial sobre discriminación.

En todos los niveles se echa de menos el avance en esta materia de acuerdos suscritos entre la federación mexicana de organismos de protección y defensa de los derechos humanos y el Congreso de la Unión y las legislaturas estatales y las redes representativas de ONGs dedicadas a la defensa de los derechos humanos, a efecto de ir despejando de mitos y prejuicios el camino firme y sensible en el que debiera colocarse a quienes por auto-propuesta o por postulación de las ONGs se vean en el serio y delicado momento de cargar a costas de su prestigio una nominación para tales encargos.

Sobra decir que al frente de estas comisiones públicas de protección y defensa de los derechos humanos desde 1990 a la fecha se han visto favorecidos, antes por los ejecutivos y ahora por los legislativos, personas realmente ajenas no sólo a la filosofía esencial de los derechos fundamentales, su estudio y eventual protección, sino evidentemente incompatibles (por apatía, impreparación o trayectoria) al significado esencial del Ombudsman como técnica garantizadora de los derechos fundamentales de la población.

y es urgente también el unificar entre las comisiones públicas de protección y defensa de los derechos humanos mexicanas el establecimiento de un sistema de "servicio civil de carrera" que armonice y proporcione la estabilidad funcional de los mandos técnicos y administrativos de dichas instancias y que a su

vez se convierta en una fuente más, aunque objetiva y certera, de propuestas de personalidades a la titularidad de la oficina por la vía de una capilaridad fundada en méritos, reconocimientos y perseverancia demostrables.

Ante este mar de aspectos aparentemente inconexos entre sí, propongo un recorrido breve por algunos de estos puntos nodales de la filosofía del Ombudsman contemporáneo y temas adyacentes con el propósito de intentar responder a las exigencias que en teoría se ciernen sobre él para las democracias modernas.

1.3.- La confusión de raíz, arraigada y provocada. Un peligroso contrasentido a la causa de una defensa integral de los derechos humanos

En una democracia constitucional y moderna el referente de ciudadano común debe ser uno, y uno aplicable para todos y en simultáneo, el ordenamiento jurídico debe reconocer las condiciones diferenciadas que por razones de edad, sexo, origen o pertenencia étnica, salud o enfermedad, incapacidades físicas o psíquicas temporales o permanentes, nivel socioeconómico, existan en quienes invoquen encontrarse en una o varias condiciones diferenciadas.

La regla es la igualdad presumible de los ciudadanos, la condición general en la que dentro de la democracia tienen todos los habitantes al margen de su origen o

situación migratoria y la de los nacionales que por contar con la mayoría de edad gozan de derechos, de prerrogativas políticas y de deberes (el servicio militar, emitir sufragio, el pago de impuestos etcétera); las excepciones a dicha regla, no hacen enteramente distintos a los ciudadanos que las experimentan; sólo se requiere que a la luz del derecho se reconozca un tratamiento especial para **quienes viven una condición diferenciada** que les permite exigir al Estado dicho tratamiento especializado, para de esa manera -en lo posible- sean homologados con el resto de la población que se encuentra dentro de la regla o condición **general**.

La tesis de las condiciones diferenciadas la invocamos como alternativa de la **noción de "minorías vulnerables" que es un concepto no exento de ser instrumentalizado por enfoques ideológicos o religiosos, que llevados al extremo generan más conflictos que posibilidades de vivir la tolerancia, máximo aspiración de las democracias estables.**'

De otro modo, bajo la idea de derechos de minorías vulnerables, la tendencia **creciente nos empuja a ir reconociendo** jurídicamente la existencia de una tipología variada de derechos ciudadanos para cada clase, gremio o sector social y lo que es peor certificar que existen diversos tipos de ciudadanos dentro de una comunidad que se supone se encuentra vertebrada bajo el principio de la igualdad jurídica de sus integrantes.

Lo que tarde o temprano siempre nos conducirá a buscar la defensa y la protección plena de los derechos de cada parte de la sociedad -a veces- yendo en el discurso y en las proclamas de cada causa contra los derechos de los otros, lo que desemboca en la creación de un falso compendio de derechos fundamentales para cada tipo o clase de ciudadanos.

Algunas condiciones diferenciadas son cíclicas y temporales como la edad (infancia-vejez); otras son temporales e indeterminadas como un padecimiento crónico; otras son fugaces como una discapacidad parcial y momentánea o la que tiene la mujer durante el embarazo y la lactancia, mientras otras son definitivas como la pertenencia étnica; el sexo, las discapacidades físicas o psíquicas **permanentes, etcétera**.

En un capítulo propio, pero con equivalencia de auténticas condiciones diferenciadas se encuentran las relaciones de especial sujeción. En las democracias **avanzadas se reconocen como auténticas** condiciones diferenciadas las que tienen las personas que guardan con el Estado "relaciones de especial sujeción": los procesados (durante el juicio) y los sentenciados a pena privativa de libertad; por distintas razones "el ciudadano en filas" y el ciudadano policía guardan una modulación -nunca supresión- de algunos de sus derechos fundamentales para poder servir y desempeñar la tarea que su vocación les impone, con menores restricciones pero sí con las que entraña su

responsabilidad, los funcionarios públicos (limitadas algunas libertades, cambio de residencia, prohibición de sindicación, limitación de separarse del encargo público -en un periodo- antes de intentar el sufragio pasivo, etcétera).

Otro capítulo de condiciones diferenciadas tienen que ver con la situación social en precario, como el nivel de instrucción escolar y el nivel de ingreso, el tipo de vivienda y de empleo y el de residir en zonas alejadas al acceso a la comunicación etcétera. Sin embargo, estas condiciones de subdesarrollo y pobreza a diferencia de las anteriores reflejan posibles violaciones a derechos humanos de contenido económico, social y cultural de los ciudadanos; el problema es que su grado de protección, a diferencia de los arriba señaladas, es que como satisfactores individualizables dependen de la viabilidad presupuestal del Estado para su concreción y que su incumplimiento no puede ser exigido ante los tribunales. Por ejemplo, la Constitución señala que todos los mexicanos tienen derecho a una jornada laboral y a prestaciones laborales (salario, vacaciones, antigüedad, pensiones por jubilación, etcétera), pero que en la realidad de un país inmerso en una gran economía informal se vuelve impráctico su ejercicio. También la Carta Política establece que los mexicanos tenemos derecho a una vivienda decorosa, cuando gran parte de la población por su nivel de ingreso no puede conseguirlo, etcétera.

Los derechos humanos de contenido económico social y cultural son el gran reto de la sociedad mexicana y, como se ha dicho a diferencia de los derechos fundamentales primarios, se convierten en metas sociales que la Constitución le fija al Estado, pero que su concreción depende de la existencia de recursos públicos destinados a abatir esos rezagos en beneficio de los más pobres, para de esa manera homologarlos a los beneficios comunes del progreso.

1.4.- **El radicalismo vs una protección integral de los derechos humanos**

Las **corrientes más vigorosas para construir**, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, un núcleo de derechos específicos a favor de grupos humanos concretos son las que encabezan la mujer (las mujeres), los niños, los ancianos, los discapacitados, los pertenecientes a religiones recientes y poco extendidas o sectas y los colectivos no heterosexuales que alegan el derecho a la diversidad sexual.

Desde un feminismo responsable y humanístico es entendible se exija la supresión de los inaceptables efectos del machismo premoderno que ha impedido el desarrollo paritario y justo de la mujer en el acceso a todos los niveles de las decisiones de la cosa pública (bien colectivo). Sin carga ideológica es preciso reconocer que la violencia familiar y la

discriminación contra las mujeres existe y debemos todos ir desterrando de la mentalidad general las licencias para consentir cualquier tipo de discriminación de la mujer.

Por otro lado, se ha venido construyendo una tendencia similar a favor de los niños. Se habla primero de los derechos de los niños (se supone respecto de los derechos/deberes de los padres y demás miembros de la familia, ante la inaceptable violencia familiar) para luego extender ese sentido respecto de los adultos en general.

y -enseguida- se empieza a hablar de los derechos de las niñas respecto de los derechos de los niños, o el de las ancianas respecto de los ancianos. Creo que ahí están los límites precisos de un enfoque **humanista** (*Id integrum*).

Al no conjugar armoniosamente las condiciones diferenciadas que por razones de edad y de sexo presentan quienes son parte de un todo social, se corren riesgos añadidos.

El pequeño ser en el vientre materno (su derecho a nacer y vivir); los infantes hasta cierta edad -la mayoría que fija la ley- **cualquiera que sea su sexo o los ancianos** cualquiera que sea su sexo son igualmente vulnerables y sólo podrán ser más vulnerables, todavía dentro de éstos quienes además vivan temporalmente o permanentemente una **condición diferenciada** por horfandad, abandono, enfermedad o

discapacidad, reclusión o internamiento, **etcétera**.

1.5.- **La distorsión de la integralidad de los derechos humanos**

No debiera ocurrir que el legítimo feminismo responsable, el cual se debe **fomentar y resolver en una democracia constitucional, se convierta en un radical** y basta androfóbico movido por un afán disparejo del juego del hombre y de la mujer en el hasta ahora único género humano biológicamente demostrable: la **persona humana y sus dos expresiones** concretas: hombre y mujer. Frente a esta visión se expone que la diversidad sexual reconoce un arco iris de género humano.

La familia también es una institución jurídicamente reconocida y que como bien superior se debe preservar como núcleo de la sociedad. Las corrientes que preconizan un feminismo radical de suyo consideran a la familia una mera tradición sociológica fuente de la postración de la mujer y por ello una institución prescindible. Ahí surge una visión conflictiva, y nada tolerante por cierto, respecto de **quienes deciden hacer posible la vigencia** de la familia convencional.

En paralelo a la institución familiar **convencional, un sector importante de la** población femenina ha fundado junto con el hijo o los hijos un referente de familia más reducido en sus componentes (sin el padre de éstos), pero ese hecho incon-

testable no confirma que en el seno de esos hogares de madres solteras, divorciadas o viudas se estén forjando las bases para la sustitución de la familia tradicional. Los hijos de esos hogares tienen el derecho a fundar una familia convencional,

En una dirección similar, en cuanto a descalificar a la familia como institución tradicional, se expresan los colectivos de personas que se asumen con una identidad sexual distinta a la heterosexual y que exigen el reconocimiento legal de uniones de personas del mismo sexo, lo **que denominan "derecho a la diversidad sexual"**, como si las personas que encuadran dentro de esa actitud o situación sexual fueran radicalmente distintas a las demás a la luz del derecho común. En una democracia moderna debe asegurarse el derecho a una sexualidad plena y responsable. La fundamentación moral al respecto la fija la dignidad de las personas y el límite los efectos de esa libertad sexual frente a los menores de edad, principales víctimas del tráfico y la explotación con fines de pornografía comercial que estimula a un mercado indolente y **envilecedor que amenaza con corroer a la** sociedad en su conjunto.

En una democracia moderna tienen derecho de expresión todos y también a ser respetados quienes no comparten la extroversión en materia de sexualidad que todo lo sexualiza y que ha venido alterando los contenidos de los medios de comu-

nicaeión. El derecho a la intimidad de las personas es aplicable en un sentido como en el otro.

Quienes exigen ser reconocidos como distintos por pertenecer a una minoría sexual están construyendo un nicho de diferenciación que podría a su vez poner **en conflicto a sus mismos integrantes**, por citar un ejemplo, pone en tensión el derecho a la intimidad de quienes viven una homosexualidad reservada y que no desean ser identificados en el ejercicio completo de esa actitud y forma de vida.

Por la vía de la tolerancia se hizo posible que quienes en el pasado fueron objeto de persecución por disentir en forma de pensamiento y apariencia sean respetados. El riesgo y el peligro de generar derechos de las minorías es que se establezcan discriminaciones en positivo a quienes forman parte de las tradicionales mayorías, lo cual lleva a un contrasentido del fundamento de la no discriminación (respeto de alguien).

Así por ejemplo se asocia desde un enfoque discriminatorio que los pertenecientes a determinado credo o religión son enemigos de la libertad sexual de sus miembros y de los demás; sin embargo, no se hace la misma aseveración a la inversa, si por ejemplo los hipotéticos integrantes de ese credo o religión consideran las pretensiones o postulados de aquellos otros como agresivas a sus integrantes por entrar en colisión con el derecho a la

libertad religiosa que tienen sus adeptos para cumplir sus preceptos. Si se da cauce a esas apreciaciones, primero con base en un laicismo aparente, se buscará descalificar la religiosidad de quienes la tienen y luego se buscará imponer el agnosticismo como única fuente de libertad; acaso olvidan que una de las primeras libertades humanas reconocidas fue la religiosa (la de pertenecer a una iglesia o credo y a vivir conforme a ella, siempre que esas prácticas no sean contrarias a la ley) y la vigencia del derecho moderno que reconoce y protege la libertad religiosa y su ejercicio.

El riesgo de entrar en colisión es mayor cuando la noción de minoría radica en situaciones aleatorias o hasta estrictamente subjetivas en las cuales los ciudadanos se quieren colocar por propia voluntad o creatividad obligando al resto de la sociedad a respetarlos (lo cual es entendible y atendible), empero podrían exigir que las normas jurídicas de corte general abstracto e impersonal se amolden a todas las exigencias de dichos grupos o colectivos, como tampoco deberían ser consecuentes absolutamente con las que comparten por convicción o por comodidad las supuestas "mayorías".

Para resolver estas disputas ligadas a visiones imperantes, ideológicas o religiosas, de la vida en sociedad, es bueno se proceda como en otras latitudes, en donde se reconoce dentro del capítulo integral de las libertades públicas las que tienen los individuos para manifestarse libremente y a su vez ejercer el derecho

a la intimidad con plena conciencia de sus consecuencias.

Si se observa, se trata del desarrollo en plenitud del derecho a la libertad en genérico y a la colateralidad de una serie de libertades combinables de hacer, pensar, decir, vestir, elegir entre posibilidades de forma de vida, etcétera. y que encuentran sentido jurídico frente a discriminaciones por razones de apariencia física, aficiones y prácticas que no sean antijurídicas.

Desde una visión integral de los derechos humanos y con la intención de hacer valer la igualdad de los seres humanos, en lo individual como en colectivo, dentro de una democracia moderna, por ejemplo, se reconocen: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la propia imagen,⁸ la libre elección de un modo de vida (asunto que también abarca el oficio o actividad cotidiana, gustos, hábitos y expresiones de la intimidad), con el límite de no dañar el derecho de terceros que no desean vivir bajo esos esquemas.

Son igualmente respetables los derechos de los unos como los de los otros a vivir en lo básico bajo patrones de convivencia similares aunque en lo accesorio se experimenten modelos de actitud distintos.

1.6.- El grado de protección al **bien** jurídicamente tutelado como **vía** para clarificar la prelación de los derechos **humanos**

El estudio contemporáneo de los derechos

humanos para efectos de metodología expositiva se ha planteado tradicionalmente por medio de clasificaciones de éstos en una serie de bloques pertenecientes a **generaciones: primera, segunda, tercera, etcétera**, que se dice no eluden la indivisibilidad de tales derechos.

Planteamiento teórico superado, porque dichas generaciones más bien reflejan el reconocimiento cronológico que han ido teniendo los derechos civiles y políticos seguidos por los de contenido económico social y cultural y los derechos de solidaridad."

El problema de fondo es las posibles -y frecuentes- colisiones en favor del ejercicio extensivo de los derechos humanos de una misma persona en un momento dado. Por tal razón, se reconoce a la vida un bien jurídico fundante y fundamental, frente a las excepciones que suponen el aborto deliberado, la eutanasia, la pena de muerte, las ejecuciones sumarias, **etcétera**.

Más allá de posicionamientos ideológicos y religiosos en algunas democracias modernas se ha determinado despenalizar parcial y hasta totalmente el aborto provocado, lo que no quiere decir que alguien tenga derecho a abortar (esa es **una contradicción in terminis**; lo que sucede en dichos supuestos es que la conducta abortiva no se encuentra acompañada de una sanción penal, es decir la ley en dicho caso establece un

eximente de responsabilidad penal para una serie de conductas de quienes intervienen en el aborto, de quienes participan de la destrucción del embrión humano. Por ello desconocemos el eufemismo de "la libre interrupción del **embarazo**".

Es preciso reafirmar que jurídicamente no existe el derecho a abortar, como un asunto de elección sin consecuencias; en todo caso, los responsables del aborto tienen el derecho al eximente de responsabilidad penal, es decir, a que no se les condene por esa conducta que en otras latitudes (la mayoría) sigue siendo considerada un delito. Lo preocupante al respecto es que de alguna manera se convierta el aborto en un método más de control natal. La despenalización del aborto no necesariamente hará disminuir las cifras de abortos y tampoco algunas de las causas de mortandad femenil vinculadas al mismo.

Igual ocurre sí se autoriza la práctica de la eutanasia (bajo algunos supuestos); no se puede decir desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la vida del paciente, que éste tenga derecho a elegir la muerte antes de que de modo natural ocurra bajo el conocido lema de "morir sin dolor" sino que la excepción al juramento hipocrático del médico que debe por regla luchar por mantener la vida' del paciente encuentra en dichos casos una eximente de responsabilidad penal. Ahí el peligro potencial de la autorización

legal de la eutanasia es que sea empleada como medida de depuración social de ancianos y enfermos abandonados en hospitales, asilos y psiquiátricos.

Igualmente ocurre con la pena de muerte, aunque la tendencia es su abolición, las democracias en que se practica nos insta a seguirla cuestionando y difícilmente nos permite pensar que el Estado tenga el derecho de privar de la vida a alguien, si bien se aplica, y esos son sus reales alcances, se tiene que explicar que en todo caso se verifica dentro de una legalidad que la establece como excepción a la regla del derecho a la vida.

A pesar de los efectos del aborto, la eutanasia y la pena de muerte, en tales situaciones excepcionales, la vida como bien y valor jurídico fundamental se mantiene como elemento superior, aunque se aplican aquéllas como soluciones paliativo que alcanzan el beneficio de una probable eximente de responsabilidad legal, pero difícilmente moral. De esta suerte no se puede hacer apología del aborto provocado y de la eutanasia, basadas en el derecho de la mujer a la libertad de determinar si el hijo que vive en su seno debe nacer o morir o si el enfermo terminal elige con plena conciencia ser abandonado de los medios de la ciencia médica para luchar hasta el final por razones de clemencia a su dolor o improbable capacidad de recuperación de la salud.

Frente al bien jurídico de la salud, con

frecuencia también se hacen estimaciones relativistas, el derecho a la salud es un derecho y un valor cardinal entrelazado con el derecho a la vida. Pero la salud como bien jurídico es aleatoria, se puede nacer con ella y perderla súbitamente y **viceversa; en complemento el ser humano** tiene derecho a una atención médica oportuna y eficaz que debe garantizar el Estado por medio de las políticas públicas de salud integral y de la cobertura médica pública y privada; su incumplimiento se traduce en desatención o negligencia médica de diverso grado y nivel.

El problema es que el derecho a la atención médica con frecuencia se ubica dentro de esos derechos de contenido económico, social y cultural y por ello en democracias emergentes, como la nuestra, su vigencia es una flor escasa y selectiva.

En resumen, las disquisiciones conceptuales sobre el concepto de los derechos humanos han sido fuente de grandes y perdurables polémicas. En el texto de nuestra apretada reflexión sólo pretendemos advertir una posición integradora de los derechos públicos subjetivos que posibilite armonizar su protección y defensa, dentro de una democracia moderna, a efecto de facilitar la operación del Ombudsman como técnica no jurisdiccional en acompañamiento de las técnicas jurisdiccionales clásicas.

La reforma integral del Estado mexicano es un tema de gran entidad y una asignatura pendiente que exige la configu-

ración de los consensos básicos para revisar la Carta Política de 1917. Y en su primera parte actualizar y reforzar el contenido esencial de las disposiciones que versan sobre derechos fundamentales y libertades públicas, al tiempo de conectar su protección por medio de las técnicas garantizadoras que presumiblemente aseguren su respeto en lo sucesivo.

II.- La autoridad moral (*auctoritas*) del Ombudsman vs la simple influencia sobre sus recomendados

La autoridad moral que debe poseer el Ombudsman como ingrediente fundamental de su labor, consiste en un capítulo de atributos y cualidades objetivas y subjetivas que operan como condiciones idóneas a su especializada tarea de investigar y denunciar conductas públicas defectuosas en perjuicio de los derechos y libertades públicas esenciales de la población; ese conjunto de atributos hacen posible que el Ombudsman tenga éxito al emitir sus señalamientos y recomendaciones ante la comunidad. Ello no quiere decir, como contrariamente se supone, que la "autoridad moral" signifique que sus resoluciones son de carácter moral, sino que, dado su prestigio institucional, la opinión del Ombudsman siempre fundada en derecho es presumiblemente coherente y por ello irrefutable en sus contenidos por parte de las autoridades a las que advierte o señala como responsables de violaciones a los derechos humanos a fin de que reconozcan sus errores y los reparen.

La *autocritas* se basa en el crédito que tiene una persona o institución por sus pasados logros y aciertos y por tanto tiene como supuesto la confianza, en el ámbito del derecho público contemporáneo; la *autocritas* es considerada el sustento (la fuente de respetabilidad) de un Ombudsman, lo que no quiere decir que los Ombudsman emitan recomendaciones de carácter moral.

Al ser las resoluciones de los Ombudsman de carácter declarativo y no de constitutivo, como el de las sentencias de los jueces, se presume su eficacia precisamente desde la perspectiva de que en el Estado de derecho la vía de la coercitividad que acompaña a las sentencias jurisdiccionales no es la única para asegurar la legalidad, sino que es perfectamente complementaria con otras vías como la no jurisdiccional (que ejerce el Ombudsman) y que descansa en la presunción de que a mayor *auctoritas* de la autoridad, se precisa de menor poder coactivo para solucionar cierta clase de **excesos o vicios en que incurren las autoridades frente al pueblo.**"

El reconocido *iurpublicista* Manuel García Pelayo sostiene que en cualquier orden político existen tres vías para operar la conducta de los demás: el poder, la influencia y la *auctoritas*. A efectos de explicar la diferencia entre éstas, afirma que el poder se ejerce determinando la conducta de los demás, es decir, refleja la aplicación potencial o actual de cualquier medio coactivo o recurso

psíquico inhibitorio de la resistencia de un **individuo sobre otro** ti otro⁵.¹² **Mientras** que la influencia *es la posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada.*" A diferencia del poder que simplemente hace suplantar la voluntad del poderoso sobre la del sujeto que la padece, *la influencia no utiliza la coacción sino la presión* y, por tanto, no sustituye la voluntad ajena pero la induce o disuade hacia el sentido que pretende el influyente sobre el influenciado.

En el caso del *auctoritas*, a diferencia **del poder, condiciona, más no determina la conducta de los demás.** En el caso de la *autoritas* el receptor de sus efectos elige la opción de adoptar tal criterio basado en la convicción de que es lo correcto, lo mejor ante la disyuntiva de no hacerlo así.

En la influencia la presión es tan efectiva que el influenciado termina accediendo, no por convicción sino por el costo beneficio de eludir consecuencias desfavorables o efectos desgastantes a su criterio. La presión en este caso orilla al que la experimenta a actuar por conveniencia, mas no por libre y elegida convicción."

En México el Ombudsman capitalino CDHDF es el mejor ejemplo de la instrumentalización del cargo para generar presión neta sobre sus recomendados, por encima de producir persuasión fundada en derecho respecto de los

mismos. Por la vía equivocada el anterior titular de la CDHDF se empeñó en desplegar una vigorosa campaña de persecución política contra la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, intentando **que la presión política de su recomendación** (incumplida) provocaría la renuncia o la destitución del Procurador" antes de haberle podido demostrar técnicamente que dicha recomendación era capaz de ser respetada por ser irrefutable, después haría lo mismo respecto de los diputados de la fracción del partido que hace gobierno en el Distrito Federal, por la propuesta de uno de ellos de reformar integralmente la Ley de la CDHDF y respecto de un ex delegado político al que **encuadró en una recomendación francamente ininteligible** pues en ella se olvidó de aludir si el particular (por el uso indebido de unas lanchas arrendadas por el delegado político para "ayudar a las víctimas de una catástrofe en el estado de Hidalgo") etcétera."

El Ombudsman capitalino, para efectos de ejemplo, empleaba la vía de la influencia (gran presión pública) para que la PGJDF y sus adversarios actuaran en consecuencia, sin éxito, más acaso haya perdido la extraordinaria ocasión de haber ejercitado la *Magistratura de Opinión*" de que goza el Ombudsman cuando en realidad lo es, para convencer, no vencer, a las autoridades reticentes a **sus observaciones y sugerencias por lo impecable y sólido** de sus afirmaciones (recomendaciones).

En esto de la autoridad moral hay que agregar que ésta como tal es un bien colectivo que tampoco pertenece al titular de la institución sino al Estado democrático de derecho y que, por ende, no deben dilapidar el prestigio y la credibilidad institucional, capital político (en el sentido amplio del término) de la institución, que son un legado que producen con su cuidada y correcta labor, y que deben resguardar sus titulares en el tiempo, evitando precipitarse al vacío en altercados personales innecesarios.

111.- La intervención del Ombudsman como resultado de la ecuación de un nuevo lenguaje estatal, un lenguaje que se establece entre la autoridad pública y el ciudadano mediante un diálogo reforzado (por la interlocución del Ombudsman)

El Ombudsman y su intervención intentan la sustitución del monólogo autoritario del Estado (que ordena y ejecuta a su libre criterio); es preciso encontrar en el servicio público del Ombudsman el cauce de un diálogo reforzado. La opción de la democracia moderna se puede explicar en una comunicación reglada entre el ciudadano y el Estado en alternativa a la ruptura de la comunicación por la vía violenta (comportamientos anárquicos).¹⁸

En los más recientes encuentros internacionales sobre el fenómeno Ombudsman se sigue insistiendo en la necesidad de que el papel del organismo así identificado sea

receptivo y abierto (accesibilidad máxima a los ciudadanos peticionarios) y de procesamiento puntual de quejas ciudadanas, pero que encuentre la forma de en paralelo dinamizar su cometido ejercitando la intervención de oficio y ejerciendo plenamente medidas cautelares (que exige a las autoridades señaladas por una queja o que presume pudieran efectuar actuaciones de consecuencias irreparables en perjuicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de la población), a efecto de ser su servicio público, el del Ombudsman, un servicio gratuito, rápido, confidencial y sobre todo efectivo en atención a las necesidades que su intervención pretende resolver.

Este último rasgo hace al Ombudsman ser "proactivo" y cumplir así un delicado y cualificado servicio de prevención concreta que de otro modo haría prácticamente inútil su contribución a favor del imperio del principio de legalidad sobre una administración pública ínicionalmente tendente a lastimar derechos de particulares, **tanto por acción como por omisión.**

El Ombudsman que exige la modernidad debe ser un instrumento que transparenta e! comportamiento nebuloso de la administración pública, además de ser un censor confiable que diagnostica dónde hay problema y elabora propuestas de solución a futuro para casos semejantes a fin de que se corrijan procedimientos y criterios de operación que se presume arrojarán similares impactos en la ciudadanía.

Si el Ombudsman espera cautelosamente a poner en marcha sus facultades de investigación mediante excitativa de pánico que se presume ofendido por la maquinaria estatal (queja o petición), entonces la cualidad de su servicio de inspección preventiva, eventualmente mediadora y correctora del acto de autoridad indebido, dejaría de ser realmente atractiva y esperanzadora.

El Ombudsman ha sido concebido para ser esencialmente un remedio ágil y oportuno al alcance del ciudadano común que precisa de un interventor neutral que le defienda de actos de autoridad consumados y que evite (en beneficio de los derechos ciudadanos en peligro) la consumación irreparable de los actos continuos y continuados de autoridad que se consideran lesivos; si el Ombudsman se repliega como un simple buzón a esperar la acción formal que lo impulsa a brindar su servicio, su justificación entra en quiebra y podría llegar a ser prescindible. Lo mismo si, por ejemplo, aun siendo rápida su recepción de las quejas, su trámite posterior se torna lento y burocrático al grado de desesperar al ciudadano peticionario y abandonar la queja por desahucio.

La interlocución que ofrece el Ombudsman al Estado que lo ha incorporado es la que genera un órgano catalizador de la dolencia social causada por negligencia **estatal, error interesado, abuso inconsciente** o resultado de la simple imprevisión

legal que lo produce. Al percibir por cualquier medio las causas de esa dolencia ciudadana o social el Ombudsman genuino ha de ser conductor de una réplica reparadora de tan inaceptable situación (que desde luego rompe con el "bien común" que se propone conquistar el Estado como forma de convivencia civilizada) en presumible beneficio del particular que lo invoca.

Al intervenir en un caso concreto o al hacer recomendaciones y sugerencias el Ombudsman activa uno de los más complejos instrumentos del Estado moderno y se convierte, al mismo tiempo, en un portavoz de la legalidad que avisa la presencia de la injusticia administrativa ahí donde se está cometiendo y su sola denuncia/intervención persigue dos objetivos inmediatos: aliviar momentáneamente la impotencia ciudadana de los afectados por decisiones administrativas y, en segundo lugar, encender las alarmas de la agencia gubernamental que está causando tales efectos, para que entienda que **es conveniente someterse sin resistencias a un examen de verificación externa** a cargo del Ombudsman a fin de que se esclarezca y compruebe -en su caso- la veracidad de los supuestos que se denuncian como indebidos en perjuicio de particulares.

La intervención del Ombudsman desencadena en un primer momento la exigencia a la autoridad (administración pública) sujeta a investigación de atender

por sí misma los resultados de la indagatoria que el Ombudsman le comunicará antes incluso de que éste se vea obligado a emitir recomendación formal y pública al respecto.

El propósito del Ombudsman no es emitir el mayor número de recomendaciones posible sino el evitar se repitan los consabidos vicios y fallas administrativas que lastimarán a particulares en hipotética abstracción (función preventiva) y en lo concreto el detener oportunamente las afectaciones de que se percate (de oficio o por medio de queja ciudadana) en bien **de asegurar que la maquinaria administrativa estatal funcione dentro de parámetros ordinarios de una normalidad respetuosa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los usuarios de los servicios públicos (la población).**

En esta dirección es sensato estimar que al Ombudsman se le podrá evaluar, en principio, por la calidad de su servicio en cuanto a la atención que ofrece a las quejas que le llegan, a la idoneidad de sus **intervenciones de *motu proprio* y a la calidad técnico-jurídica de sus resoluciones (recomendaciones, sugerencias, extrañamientos, etcétera).**

En consecuencia, no se puede prede-terminar **el número de recomendaciones** que debe emitir el Ombudsman para justificar su servicio en un período definido (un año, un lustro, una década), **¿cuantas recomendaciones tendrá entonces que**

emitir?: las necesarias. Ni una más ni una menos de las estrictamente necesarias, que es una manera de concebir las que sean procedentes, ello reflejará que el Ombudsman estará actuando con fidelidad a un criterio de objetividad que lo hace ser en principio una instancia receptiva y flexible, que con especial cuidado recibe las quejas, las estudia, las clasifica, las tramita (iniciando investigación precisa en la que pondrá su empeño en llegar a la verdad real, no formal, del caso); mientras tanto y por otro ángulo de su servicio polivalente está procesando el dato diario que le permite inferir dónde y quiénes podrán **beneficiarse de su intervención oficiosa.**

El Ombudsman puede llegar a ser más poderoso durante la tramitación de la queja (fase de la indagatoria) -siendo el caso-, que después de emitir su recomendación. Y este rasgo no es una contradicción de la técnica de protección sino **un mecanismo de carácter compensatorio a su servicio. La recomendación es forzosamente un acto jurídico propio de una autoridad estatal preceptiva, de naturaleza declarativo, que se limita a explicar conforme a derecho como un acto de autoridad pública (fundamentalmente administrativa) ha producido efectos negativos (leves o graves) en detrimento del goce o ejercicio pleno de derechos y libertades públicas y que concluye con una serie de apreciaciones dirigidas a impulsar la correcta reparación de esa anomalía.**

La rectificación que se persigue ocurra por la intervención del Ombudsman debe ser visualizada no sólo a favor de la víctima del atropello, sino de la calidad global del servicio público de la administración responsable, y de mediar violaciones a los derechos fundamentales de la población el alcance de la rectificación es aún más trascendente, en beneficio directo del principio de legalidad, o sea de la vigencia del Estado de derecho.

Así las cosas, y para asegurar que el destino de toda indagatoria del Ombudsman, termine o no en recomendación sea presumiblemente veraz, objetiva y técnicamente irrefutable (acatable) por el administrador público al que va dirigida o sea probablemente observada en sus contenidos, es preciso que se encuentre investido de poderes especiales que favorezcan y habiliten su capacidad investigadora a fin de llegar a la verdad histórica de los hechos.

Por eso sus potencias de intervención han de ser contundentes, efectivas y prácticamente exentas de limitantes (salvo las que por su naturaleza inspectora no deba conocer) en cuanto al acceso a la información (sobre todo pública) de que requiere para que su recomendación o señalamientos sean irrefutables.

Por ejemplo, si algún servidor público responsable, es consciente de haber afectado con sus acciones u omisiones derechos fundamentales de persona o personas concretas, una vez advertido por el Ombudsman de facilitarle informes,

mostrarle archivos o asistir a diligencias se muestra abiertamente reticente a la labor indagatoria del Ombudsman y basado en la (no ejecutoriedad de sus resoluciones) se decide a mentir, falsear información o a desafiar abiertamente la validez de sus pesquisas, obstruyéndole directamente el paso o indirectamente por conducto de otros servidores públicos o de particulares, se equivoca doblemente. Ahi donde el Ombudsman existe y junciana ese "servidor público" obstructor de la investigación de un Ombudsman debe ser inmediatamente suspendido de sus funciones y abrirse expediente mediante el procedimiento respectivo, por ser una forma de obstrucción de la justicia, en este caso, de la justicia administrativa, confiada por la Constitución y por las leyes a un órgano de fiscalización externa de la administración pública de carácter extrajurisdiccional o no jurisdiccional.

IV,- Minusvalía competencial y Ombudsmanía, los dos estigmas del Ombudsman en México (CNDH y similares) óbices para un Ombudsman integral

La inserción de la CNDH (solución estilo Ombudsman mexicana) es una expresión compensatoria, deliberadamente limitada en su competencia material y en su competencia institucional.

Por un lado se fue construyendo un cerco a las competencias materiales de la CNDH en cuanto a cualquier acto del poder judicial de la federación, de asuntos "electorales", "laborales" y además el

emitir opiniones sobre la interpretación de las leyes. Intencionalmente no señalamos antes la rotunda prohibición que tiene también de conocer asuntos de naturaleza jurisdiccional, por ser ésta y no las anteriores, un justo límite a sus competencias de Ombudsman.

Del otro lado, de las limitaciones institucionales, se impulsó el surgimiento progresivo de instancias paliativo para cada actividad o gremio (Procuraduría de Asuntos Indígenas; Instituto Nacional Indigenista; Procuraduría Agraria, Comisión Nacional de Arbitraje Médico; Instituto Nacional de la Senectud; Instituto Nacional de la Mujer) que podrían haber sido algunas de ellas absorbidas por la CNDH, o existiendo aquella nunca **deberían ser creadas las otras.**

Al ser así, la CNDH (hasta 1999) no refleja ser parte de una tendencia transformadora *ad integrum* para construir mecanismos fiscalizadores autónomos a favor de la legalidad administrativa, sino gradualmente luces de un lento y titubeante proceso de apertura y transparencia de la gestión pública en extenso; la CNDH surgió así, en la emergencia de 1990, como un filtro enfocado en exclusiva a impedir comportamientos patológicos públicos espectaculares, como la tortura física y el maltrato de reos en las prisiones, y de modo propedéutico a iniciar la tarea de hacer públicos los contenidos más elementales de una cultura de respeto de los derechos humanos.

El surgimiento espontáneo -inconsulta-

de las comisiones públicas de derechos humanos en México fue un hecho que, en parte, sembraría aspectos de gran utilidad a la causa de hacer cada vez más transparente la gestión pública mediante el escrutinio que aquellas comisiones tendrían que hacer efectivo sobre las capas de la conducta de autoridad que tuviera como destino directo a los particulares. Sin embargo, a la vez, se generaba una dimensión incierta de la naturaleza jurídico-política de dichas entidades dentro del Estado de derecho.

La severa crisis de legitimidad política del régimen autoritario de finales de la década de los ochenta y principios de los años noventa, obligaba al ejecutivo federal a resolver de cualquier modo dos asignaturas que se convirtieron en prioridades al menos desde el discurso oficial: un sistema de organización de la jornada electoral y de contabilidad y procesamiento del sufragio popular "confiable" y una instancia para descubrir violaciones a los derechos humanos que al menos funcionara como un preventivo psicológico para los agentes públicos.

Todavía hoy, no se ha logrado exponer a la sociedad plenamente de qué manera puede entenderse esa forzada tesis de la "ciudadanización" de instituciones públicas, como el IFE y la CNDH y sus similares locales, en algunas etapas de su instauración y a la fecha inclusive.

La desconfianza en la función pública frente a cuestiones tan delicadas como la garantía de imparcialidad y de neutralidad técnica de los órganos públicos llevó al

gobierno al extremo de inventar organismos dotados de presencia social (por medio de consejeros honoríficos) para con ello intentar certificar el proceder de tales instancias en presunción de autonomía; sin embargo, la designación de tales personalidades -consejeros- era efectuada por el Presidente de la República al igual que el titular formal del organismo.

Se ha sostenido desde entonces que la CNDH es un órgano para la protección de la sociedad -lo cual es objetivamente cierto- y por la presencia de la "sociedad civil" a través de sus consejeros (un órgano atípico dentro de los Ombudsmen); se dice que eso convierte a la CNDH en un organismo parte de la misma sociedad, lo cual es desde luego un dato a revisar. La CNDH no pueden ser parte de la sociedad, son exclusivamente parte de la estructura pública del Estado en su conjunto.

La CNDH y sus similares locales no pueden ser a la vez organismos públicos, pertenecientes al Estado (que no al gobierno, cuestión que la CNDH logrará hasta la reforma al artículo 102B de la Constitución de 1999). Las ONGs en **cambio** sí son **genuinamente expresiones** organizadas del sector social del Estado.

IV.I.- La minusvalía competencial de la CNDH (de la original y de la actual)

Al quedar instituida la CNDH original de 1990, creada por decreto del ejecutivo federal, fue definida con un estatuto jurídico en precario y con ello sus competencias

prácticamente limitadas a supervisar actuaciones de los órganos de la administración pública que por disposición constitucional se encuentran dentro de la jerarquía que encabeza el Presidente de la República, tanto la administración centralizada: secretarías de Estado (más propiamente del gobierno federal) y entonces, un departamento administrativo (el DDF), y en la otra esfera al cargo del jefe del ejecutivo federal, la administración descentralizada o paraestatal: en la que se encontraban (y todavía) una verdadera constelación de entidades públicas y de organismos y aparatos funcionalmente dotados de algunas cualidades de gestión propia y de otras referentes al manejo de su presupuesto dentro de un cajón de sastre: que como leyenda reza para casi todos "dotados de autonomía presupuestal, personalidad jurídica y patrimonio propio".

La CNDH original impulsada por el Presidente de la República quiso *extralegem* ser omnicompreensiva en sus potencias de actuación y montada en la energía gubernativa del presidencialismo que la había inventado, sin saberlo o intuirlo quizás, propició los más perdurables anticuerpos a su consolidación institucional. En verdad es preciso afirmar que la CNDH original debió ser cautelosa en el alcance de sus facultades dadas las características del organismo (desconcentrado de la Secretaría de Gobernación) así creado, limitado a ser un autocontrol de la administración pública federal y en todo caso haberse dedicado a explorar sus competencias y con ello ir en paralelo conquistado un mejor

estatuto jurídico, el que todavía no tiene plenamente.

Sin embargo, se extendió airadamente en sus intervenciones, llegando al escrutinio de los aspectos administrativos de la pirámide federal del poder judicial y en busca de evidencias también hizo escaladas y aterrizajes atravesando la barrera de las entidades federativas y municipales sin contar con un mandato jurídico para ello, sólo basándose en el respaldo intelectual del titular y el cobijo presidencial que fue palmarío, en recepciones públicas en la residencia oficial del Presidente de la República, le rendía informes a éste y señalaba comportamientos indebidos e incorrectos, lo mismo de servidores públicos de la administración federal, local o municipal, etcétera. No hay que olvidar que la CNDH original fue un organismo que afloraba en solitario y que en algunos estados se había creado una figura similar. Hasta 1992 la CNDH original fue fortalecida en su misión al nivel constitucional; no obstante, se precipitó otra difícil y por ello controversial solución, la homologación forzosa de la fórmula CNDH para todas y cada una de las treinta y dos entidades de ámbito territorial reducido de que consta la República federal. Recordemos que en la reforma constitucional de comento se estableció que las legislaturas de los estados tendrían el plazo de un año para incorporar el organismo de protección y defensa de los derechos humanos.

Hemos venido insistiendo en que primero se debió de haber hecho el esfuerzo de

hacer posible la evolución/consolidación institucional de la CNDH antes de crearle réplicas locales, basada su aparición institucional y su coordinación con la nacional en el principio de la subsidiariedad.

Se debió de haber analizado con mayor cuidado el paso a dar en el sentido de hacer brotar en cada región (estados) un organismo similar o equivalente, cuando se sabía que en algunas de estas regiones la figura en trámite de instalación iba a fracasar ante el acentuado autoritarismo local y las mentalidades premodernas de quienes ahí gobernaban y naturalmente ante una población ignorante y atemorizada, completamente ajena al mínimo ejercicio de exigencia frente a la autoridad (tendencia que se presume persiste en no pocas entidades aunque en probable y lenta modificación de tales condiciones a favor de las instancias locales).

IV.2.- La "ombudsmanía" reflejo inequívoco de contradicciones profundas en la vocación e identidad del Estado frente a sí mismo en proyección de futuro

Entendemos por "ombudsmanía" el abuso de instancias que para muy diversos fines, pero con parecidos medios, han venido surgiendo para atender, promover y "proteger" los derechos de algunos grupos de la sociedad por ser considerados vulnerables.

La formulación de estas instancias parece haber surgido como mecanismo para paliar las deficiencias de gestión del Estado

respecto de dichos gremios o grupos, y refleja además la ausencia de una visualización integral de las instituciones precisas (sólo las estrictamente indispensables) que en cualquier democracia moderna deben formar parte del conjunto de técnicas de control externo (de la administración pública que depende del ejecutivo) para corregir y remediar los excesos de la autoridad.

En una democracia moderna la función de esas técnicas externas es **no** sólo supervisar a la administración pública en sus relaciones con la ciudadanía, sino vigilar el desempeño de la autoridad legislativa y la judicial en cuanto administran servicios a la ciudadanía, los actos de carácter administrativos de juzgados y tribunales o el resultado de su labor ordinaria, leyes cuya aplicación sería lesiva a la ciudadanía.

El Ombudsman íntegral es una técnica polivalente que cumple con esa finalidad diferenciada. Y sólo si no hay un Ombudsman integral, nos enfrentamos a una constatación de entidades públicas que fragmentan su cometido y producen "ombudsmania".

En el caso mexicano la gama de instituciones estilo procuradurías/defensorías para diversos colectivos sociales se ha venido formando en paralelo al surgimiento y evolución normativa de la CNDH, lo que confirma que desde la centralidad del poder público ha habido y persisten dudas a favor de una competencia omniabarcante de la CNDH.

El Ombudsman contemporáneo tendrá

que ser advertido como un filtro que depura el ambiente público, como un catalizador que detecta las prácticas públicas erráticas y las inerciales afectaciones que de modo sordo asfixian al ciudadano, es además un revulsivo que revitaliza -tras su oportuna y esmerada intervención- la percepción ciudadana sobre la cosa pública y le comunica credibilidad a la población del valor de vivir dentro de la organización estatal.

Deseo cerrar estas páginas con el fragmento de una cita de mi maestro Álvaro Gil-Robles, quien al hablar del Ombudsman acentuaba: ...No es pues una institución cómoda para el poder, ni para quienes lo representan, pero si funciona o se le deja funcionar, es sin duda uno de los instrumentos más poderosos para consolidar la democracia y la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas, lo que significa consolidar la paz social. ...¹⁹.

Bibliografía

¹ Véase en detalle los contenidos y los sugerentes títulos de los discursos de CARPIZO MACGREGOR, Jorge, por citar alguno, "La defensa de los derechos humanos va en serio, muy en serio," en *6 AÑOS de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, "voz de sus presidentes," CNDH, México, 1996, pp. 9-12.

² "...No tengo ninguna duda de que la Comisión Nacional ya echó raíces profundas en el pueblo mexicano..." Fragmento, de un triunfalista discurso pronunciado a escasos doce meses de la instalación de la CNDH por decreto presidencial. Cfr. CARPIZO, Jorge en "La Comisión Nacional de Derechos Humanos llegó para arraigarse" en *6 AÑOS de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes op.cit.* p.17

³ Cfr. ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier en *La CNDH, Una institución a medio camino. Propuestas para una urgente transformación*, coedición Mandala editores-Universidad Anáhuac del sur, México, 1999.

⁴ Resulta conveniente la revisión en extenso de la compilación de opiniones sobre el servicio civil de carrera en México que contiene el número 103 de la Revista de Administración Pública intitolado *El servicio de carrera en la administración pública mexicana*, en RAP-INAP, 1999, México, pp.265

⁵ Célebre -y lamentable- argumentación de la campaña política de 1999 del candidato del PRI a la gubernatura del Estado de México, Arturo Montiel

* CILLÓPEZ UGALDE, Antonio y SARRE, Miguel "Alternativas para la recuperación del Ombudsman. Nuevo marco constitucional y legal", *Fundación Ratael Priado Hernández, A.C. México*, 1999 pp.45. Véase además de VEGA, Juan Antonio, "Un Ombudsman alternativo" en *La Jornada* 22 de febrero de 200, p. 27.

⁹ Norberto Bobbio denomina a la democracia, una costumbre: *costumbre de la tolerancia, de la "llad. d.' /O bueno fe y del respeto...* citado por Ctsncros H. Isidro, en *tos recorridos de la tolerancia*, Editorial Occanc, México, 2000, p. 123.

¹⁰ Véase en extenso el formidable trabajo de Azurmendi Adarraga, Ana en *El derecho a la propia imagen: Sin identidad Aproximación al Derecho* " *Información* , Coalición Fundació Manuel Buendia- Universidad Iberoamericana . México, 1997 y segunda edición 1998, pp. 248.

¹¹ Véase en extenso la obra de Álvarez Ledcsma, Mario I. *Acerca del concepto derechos h"m.mos* México, McGraw-Hill, 1998

¹² Véase de García Pelayo", Manuel. Auctoritas, en *La idea de la política y otro, escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 135 Yss. Sobre el tema de la Auctoritas y sus raíces en la historia del derecho universal, véase obligadamente a Fairen Guillén, Víctor, en *El Defensor del Pueblo - Ombudsman-Tomo I. Parte General*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

¹³ Acuña Llamas, Francisco Javier "La autoridad moral del Ombudsman y su significado jurídico" en *Derechos Humanos Reflexiones CDHFM*, "retoce. 1995", pp. 126-147

¹⁴ García Pelayo, *op.cit.*, p.135.

¹⁵ García Pelayo, *op.cit.*, p. 136.

¹⁶ Recoge la idea de diferenciación poder, influencia y auctonctas Fernández García, Eusebio en *La obediencia al Dorcho Cuadernos Ctvitas*. Madrid, segunda reimpresión. 1998

¹⁷ Solicitudo en varias ocasiones ante los medios de comunicación la renuncia del Procurador del Distrito Federal, acompañando siempre descalificaciones como la que se hiciera pública el día 20 de octubre en las ocho columnas de Excelsior „ *La PCJDF. insensible y corrupta: CDHDF*

¹⁸ El bochornoso altercado entre la CDHDF y la PGJDF fue en sí mismo lamentable, más aún la inadvertencia del titular de la CDHDF (doctor Luis de la Barreda Solcrzano) de entender el daño que esas y otros de sus extraviados le causarían a la institución hasta el final de su larga y polémica gestión -que dijo- *se dedicó a ella con pasión*, véase en extenso el autoelogio conel que presenta su octavo informe anual bajo el sugerente título "El designio del faro", *Octavo Informe Anual de la CDHDF*, México, D.F., octubre de 2000- agosto de 2001, pp 6-15.

¹⁹ Sobre el término Magistratura de Opinión véase el clásico artículo de Lapergola, Antonio en -Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada", en *Revista de Estudios Políticos*, número 7, Madrid, 1979. Sobre la complementariedad de la vía no jurisdiccional véase la obra completa, especialmente el artículo de Maiorano, Jorge Luis, ¿Es el Ombudsman un medio para fortalecer la administración de la justicia? en *El Ombudsman Judicial: perspectivas internacionales*, CNDH, México, 1993

²⁰ Véase de Rödel, Ulrich, Frannkenberg, Günter y Dubiel Helmut el estupendo ensayo "De la democracia defensiva a la democracia integradora" capítulo IV " Tolerancia militante, libertad pública y solidaridad civil", en la obra colectiva *ta Cuestión Democrática. Huerga* y Fierro editores, S.L. Madrid, 1ª edición 1997, pp. 243-260.

²¹ Gil-Robles, Alvaro, en fragmento del prólogo del libro de Acuña Llamas, Francisco Javier, *La CNDH, una institución a medio "mío. op.cit. p. V.*

Hacia un nuevo sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Raymundo Gil Rendán

I. Introducción

1.- El tema abordará la problemática de los derechos humanos y su protección internacional, con énfasis en el análisis del Sistema Interamericano.

2.- Para reorror el arduo y sinuoso camino que ha sido la lucha por la defensa de los derechos humanos en Latinoamérica, comenzaremos con el origen del sistema y su estructurajuridica: la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana mejor conocida como Pacto de San José.

3.- Así mismo se analizará la protección jurídica de los derechos humanos en el **denominado sistema interamericano y sus órganos principales**: la Comisión y la Corte Interamericana.

4.- De igual manera se explicarán las funciones de estos órganos y sus relaciones entre sí.

5.- **En forma enunciativa se mencionarán** los derechos humanos y las libertades

civiles y políticas que protege el Sistema Interamericano, incluyendo los derechos de la segunda generación, entre ellos los sociales y los económicos, que son parte de la normativa internacional a raíz de la integración de los protocolos facultativos sobre la materia.

6.- De igual manera se explicarán en forma esquemática la forma de presentación de una denuncia o petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las condiciones o presupuestos para la admisión de las reclamaciones, el **término de presentación**, la información que debe contener y el trámite que deberá seguir la queja.

7.- Por último se culminará el análisis de los derechos humanos en México y la incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, resaltando la reciente aceptación por el gobierno mexicano (J6 de diciembre de 1998), de la jurisdicción contenciosa y obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de su impacto y prospeetiva en el mundo jurídico.

2.- Planteamiento del problema

¿Qué son los derechos humanos y cómo se protegen a nivel internacional?

2.1.- La respuesta a esta interrogante ha constituido una preocupación constante en todos los países del mundo.

2.2.- Resulta una tarea ardua la elaboración de una teoría general de los derechos humanos; pero más difícil aún, su adecuada protección y defensa. Si difícil resulta su conceptualización y fundamentación, la eficacia y la vigencia de los derechos humanos es una verdadera odisea.

2.3.- Los derechos humanos se han entendido como el conjunto de prerrogativas, facultades, recursos y garantías que tiene el ser humano por el simple hecho de serlo sin importar su condición económica, política, credo, raza, género, y que atañe a su dignidad como persona, y por esta razón, el estado tiene la obligación de tutelarlos efectivamente.

2.4.- Su fundamentación y definición, su enumeración y contenido no es tan importante como su adecuada protección y defensa por medio de las constituciones, tratados internacionales, leyes federales y locales.

Es sumamente importante contar con un sistema eficaz, jurisdiccional y no jurisdiccional, en la defensa de los derechos humanos.

2.5.- La historia de los derechos humanos es la historia de la lucha del ser humano por preservar su integridad, frente al abuso de/poder.

3. El concepto de los derechos humanos y su protección internacional

¿Qué son los derechos humanos?

Existen dos metodologías para aproximarse al concepto de derechos humanos.

Desde un punto de vista histórico, se han entendido a los derechos humanos, bajo una perspectiva dialéctica, como una continua lucha y conquista del ser humano para reivindicar su dignidad como persona, concebida como un fin en sí mismo, y no como un medio, siguiendo la filosofía kantiana del segundo de los imperativos categóricos. 1

Según Norberto Bobbio, el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. "El problema del fundamento de los derechos

humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948".'

Bajo la perspectiva histórica, Francisco Laporta considera a los derechos humanos como un concepto histórico que "nacieron al inicio de la edad moderna junto con la concepción individualista de la sociedad y que se convierten en uno de los indicadores principales del progreso histórico.'

Los derechos siguen y buscan, desde su formulación inicial para limitar el poder absoluto, tres grandes procesos de positivación (sic), de generalización y de internacionalización, a las que añadiría un cuarto, de especificación o de diferentes status sociales (derechos de la mujer, derechos del niño, derechos de los discapacitados, derechos del consumidor, etcétera).

En cuanto a los contenidos de los derechos humanos, se habla de la nueva generación de los derechos, o derechos de la tercera generación, refiriéndose a los derechos al medio ambiente, al desarrollo, a la integridad genética y a la paz.'

Bajo la metodología lingüística o más propiamente de filosofía lingüística, siguiendo el método de Wittgenstein de la teoría del lenguaje, el profesor Mario Álvarez Ledesma nos ha dicho que los

derechos humanos se pueden concebir bajo un enfoque multidimensional, comprendiendo tres ámbitos; el filosófico, el jurídico y el político.

En efecto, el uso del concepto "derechos humanos" es distinto desde el punto de vista filosófico, jurídico y político; por lo mismo son las reglas convencionales del "juego del lenguaje del ámbito donde se discute el concepto, las que determinarán el significado del mismo, por lo que adquiere un carácter multidimensional y, por consecuencia, su multiplicidad de significados".

Para este autor son las exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho internacional, en cuanto a parámetros de justicia y legitimidad política; o aquellos derechos reconocidos como derechos humanos fundamentales en los instrumentos de derecho internacional o en las constituciones o en las leyes secundarias, así como el conjunto de normas jurídicas en las que se positivizan (sic) aquellos valores o principios referidos, entre otros: a la autonomía, la dignidad, la igualdad y la inviolabilidad humanas.'

Mediante el análisis del concepto "derechos humanos", aplicando el aparato conceptual wittgensteinniano se puede evidenciar el carácter multívoco y multidimensional de los derechos humanos, bajo la noción axiológica, jurídica y ética; bajo la noción axiológica se refiere a exigencias

de justicia, en la noción jurídica se alude al funcionamiento de los sistemas de derecho positivo -incluso alude a la sociología jurídica- y en cuanto a la noción política se refiere a la legitimación del poder frente al ciudadano.

Desde mi particular punto de vista, el análisis del contenido del concepto de "derechos humanos" tiene que realizarse no sólo bajo la perspectiva jurídica, axiológica y política, sino también bajo el aspecto de la realidad sociológica; sin embargo el aporte conceptual del uso del lenguaje nos permite precisar bajo que ámbito se está hablando de derechos humanos, pero finalmente la dimensión de los derechos humanos puede ser jurídica, filosófica, axiológica, política y sociológica.

Lo importante es resaltar que todas estas perspectivas de los derechos humanos en la vida real se entrelazan e interactúan, y por lo mismo, resulta arduo y difícil concebir una realidad distinta de la otra, por lo que aceptamos la tesis de que los derechos humanos tienen un carácter multidimensional.

Según mi opinión, los derechos humanos desde el ámbito jurídico se refieren a las libertades, potestades, prerrogativas, facultades y pretensiones de contenido moral, económico, político, social y cultural, que tiene un ser humano por el hecho de ser persona y que deben ser respetados por el Estado, por conducto de los

diferentes medios jurídicos que garanticen en forma efectiva la protección de los mismos, tanto en el ámbito nacional como internacional, en la vía jurisdiccional por medio de los Tribunales y en la vía no jurisdiccional, mediante el "Ornbudsman, desde luego que éste sólo puede existir donde hay democracia".'

Desde el ámbito filosófico justificamos la protección de los derechos humanos por el simple hecho de que el ser humano es un ser racional, que por tal motivo debe disfrutar de las garantías de libertad, de autonomía, de igualdad, de seguridad y de dignidad como persona, sin importar su raza, sexo, color, religión, partido político, etcétera. El hombre es un fin en sí mismo, tiene conciencia de ser y capacidad de **pensar, es un ente racional, con esencia**, todo esto le da cuerpo, contenido y significado al concepto fundamental que va implícito en los derechos humanos: la "dignidad" del ser humano, basada en el respeto y protección de la persona.

Los derechos humanos nacen como derechos naturales, se desarrollan como derechos positivos y culminan su plena realización como derechos universales.

De tal suerte que evolucionan en un proceso dialéctico y bajo una perspectiva histórica, surgen y se desarrollan gradualmente en la luchas que el ser humano lleva a cabo por la conquista de su libertad, su emancipación y la transformación de las condiciones de vida que estas

luchas producen; es una lucha continua contra el yugo de otros hombres, siendo la opresión un mal común a todos los pueblos; a lo largo de estos procesos históricos, surgieron y se perpetuaron **condiciones de discriminación, marginación, explotación, exclusión e incluso hasta la privación de la vida en forma masiva** (v.g. el genocidio nazi en la segunda guerra mundial).

Por lo anterior resulta indispensable y necesario el respeto hacia el ser humano, el cual se logra mediante la efectividad en la defensa y protección de los derechos humanos, tanto en los ordenamientos jurídicos internos como en los tratados y pactos internacionales, bajo la tutela y protección de los organismos locales, regionales e internacionales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

La democracia, no únicamente como régimen político, sino además como una forma de vida y convivencia humana (Art. 3° de nuestra Constitución), como una sociedad en donde los ciudadanos efectivamente reclamen sus derechos humanos, es el medio idóneo para garantizar su eficacia, pero se debe abandonar la cultura de la sumisión y obediencia ciega al Estado, donde los súbditos se conviertan en verdaderos ciudadanos y se les reconozcan plenamente el uso, disfrute y protección de sus derechos fundamentales, para lograr gradualmente el derecho a la paz y al desarrollo de los pueblos, como derechos humanos de la tercera

generación, donde no se tenga a la guerra como alternativa, sino al buen entendimiento de los seres humanos conviviendo en una casa común: el planeta tierra, para que lleguemos a ser ciudadanos no solamente de México o de Latinoamérica, sino verdaderos ciudadanos del mundo.

En consecuencia la esencia de los derechos humanos es que la persona sea tratada por igual sin ninguna discriminación ni distinción y su protección es obligación de los Estados y de la comunidad internacional.

En tal virtud, bajo un enfoque político, la actividad del ser humano está encaminada a procurar el bien de la comunidad y únicamente para lograr el desarrollo íntegro de la persona humana, se justifica y legitima la actividad del Estado y de sus órganos de gobierno; la actividad política debe procurar la protección y defensa de los Derechos Humanos, consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales.

A continuación desarrollo el tema concerniente al sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.

4. La protección jurídica de los derechos humanos en el sistema **interamericano**

En ocasiones las personas que sufren violaciones a los derechos humanos no encuentran a quién recurrir en sus propios

países. Mediante la presentación de una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pueden obtener ayuda. La Comisión investiga las violaciones cometidas por autoridades gubernamentales y formula recomendaciones al gobierno responsable para que los hechos no se repitan en el futuro, se investiguen y se paguen indemnizaciones a las víctimas.

5. Origen del sistema interamericano y bases jurídicas de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en 1959. Su estructura actual se rige por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que fue suscrita en 1969 y entró en vigencia en 1978. El Estatuto y el Reglamento de la Comisión, que detallan sus facultades y procedimientos, fueron aprobados en 1979 y 1987, respectivamente.

Sobre el origen de la Comisión citamos a continuación a Héctor Fix Zamudio:

"El Estatuto se aprobó por el Consejo de la Organización de Estados Americanos el 25 de mayo de 1960 y los primeros miembros de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos fueron designados el 29 de junio de ese mismo año. Esa Comisión estaba integrada por siete miembros de la más elevada categoría moral y científica, y sus funciones eran

bastante restringidas de acuerdo con los artículos 9 y 10 del citado Estatuto, puesto que se configuraba como un órgano de promoción del respeto a los derechos humanos, conforme a los lineamientos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, para lo cual la mencionada Comisión sólo estaba facultada para estimular la conciencia de los derechos humanos, formular recomendaciones a los Estados miembros, preparar estudios o informes, solicitar informaciones de los propios gobiernos y servir de cuerpo consultivo a la **mencionada Organización.**

En efecto, de acuerdo con las reformas al Estatuto original adoptadas en dichas reuniones y que se incorporaron al Reglamento Interno de la Comisión, la misma se transformó de una manera formal en una institución tanto promotora como defensora de los derechos humanos, incluyendo sus facultades de recibir reclamaciones individuales o de grupos privados; solicitar información de los gobiernos pertenecientes a la OEA; formular un informe anual a la Conferencia o a la Reunión de Consulta sobre el progreso en el cumplimiento de la Declaración Americana de 1948, y comprobar si se aplicaron los procedimientos y remedios nacionales sobre protección de los derechos humanos".¹

La Comisión tiene su sede en la ciudad de Washington, D.e. y está integrada por siete miembros que son propuestos por

los Estados, elegidos, a título personal, por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que duran cuatro años en su encargo, con la posibilidad de ser reelegidos una ocasión. La CIDH representa a los 35 Estados miembros de la OEA.

Por otra parte, “la Comisión cuenta con **una secretaría integrada por un secretario ejecutivo**, por un secretario ejecutivo adjunto y el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus labores. Dicha secretaría se considera como parte de la Secretaría General de la Organización (artículos 40 de la Convención, 10-11 del Reglamento)”.⁸

Una de las principales funciones de la Comisión es atender las peticiones de personas o grupos que alegan violaciones a los derechos humanos cometidas en países miembros de la OEA. Los derechos que están protegidos se detallan en dos documentos internacionales: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

La Comisión puede formular recomendaciones a los Estados, publicar sus conclusiones sobre los distintos casos de violaciones a los derechos humanos o **iniciar acción contra un Estado en representación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. La fuerza de la Comisión radica en la

persuasión, al no tener fuerza coactiva, sus recomendaciones se asimilan a las resoluciones dictadas por las comisiones, y se equiparan a una magistratura de influencia como Giovanni Naponi concibió al "Ombudsman" y en la publicación de los abusos, ya que no puede forzar a los Estados miembros a que tomen medida alguna; sin embargo la doctrina de la protección internacional de los derechos humanos ha considerado que la Comisión Interamericana actúa como un Ministerio Público latinoamericano,¹⁰ cuando inicia una acción de reparación de daños por violación de los derechos humanos, en representación de un Estado y ante la jurisdicción de la Corte Interamericana.

La Comisión quedó establecida como una entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos.

El primer período de sesiones de la Comisión se llevó a cabo en Washington, D.e. entre el 3 y el 28 de octubre de 1960. A partir de entonces la Comisión ha celebrado, unas veces en la sede de la Secretaría General y otras en distintos Estados miembros de la Organización, setenta y tres (73) períodos de sesiones.

El primer Presidente de la Comisión Interamericana fue el famoso literato Rómulo Gallegos (autor de la obra literaria "Doña Bárbara"), quien en su primer discurso señaló las funciones y facultades primordiales de la misma:

"Para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que dirija al gobierno de cualquiera de los estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes, y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales".

Están legitimados para acudir a la Comisión, "cualquier persona o grupos de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, en su propio nombre o en el de terceras personas, para presentar quejas o denuncias referentes a presuntas violaciones de los derechos humanos reconocidos ya sea en la Convención o en la Declaración Americana. Lo anterior significa que de acuerdo con la observación de la doctrina, no se requiere que el quejoso o denunciante sea afectado directamente por la violación que impugna, y que equivale, por tanto, a una acción popular (artículos 44 del Estatuto y 23 del Reglamento)".¹²

El 22 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, convocada por el Consejo de la OEA (San José, Costa Rica), aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978, al depositar Grenada el undécimo instrumento de ratificación.

La Comisión tiene funciones y atribuciones respecto a todos los Estados miembros de la OEA; respecto a los Estados partes en la Convención Americana y, por último, en relación con los Estados miembros que aún no son partes en la Convención.

5.1. Relaciones de la CIDH con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión continuó manteniendo estrechas y continuas relaciones de cooperación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, en cuanto a la celebración de audiencias relacionadas con las jurisdicciones consultiva y contenciosa de la Corte en asuntos sometidos por la Comisión.

Cabe destacar, que hasta 1994, año en que la Corte llegó a su año número 15 de vida, sólo había emitido 13 opiniones consultivas e intervenido en 6 casos contenciosos, mientras que la Comisión, a los 35 años de haber sido creada, es decir hasta 1994, había examinado 11,333 denuncias y elaborado 43 informes acerca de la situación de los derechos humanos en 16 Estados.

Para 1997, la Comisión publicó un total de 42 informes, adoptó 49 medidas cautelares, archivó 19 casos, solicitó ocho medidas provisionales y litigó ante la Corte Interamericana 17 casos contenciosos y una opinión consultiva. En la actualidad

la Comisión tiene abiertos un total de 976 casos."

Así, se ha podido percibir, que la Corte no ha ejercido con plenitud las funciones que le corresponden, ello debido en parte a que para que la Corte pueda desarrollar su jurisdicción en casos, se requiere que los Estados miembros previamente hayan aceptado de manera expresa la obligatoriedad de la competencia de la Corte.

De acuerdo con la Dra. Edith Márquez Rodríguez, ex secretaria ejecutiva de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, la inactividad que en jurisdicción contenciosa ha tenido la Corte, sobre todo durante sus inicios, se debe también a que las actuaciones de la Comisión se encuentran desfasadas en relación a la creación de la Corte Interamericana, ya que la actuación de la Corte supone un conocimiento previo del asunto por parte de la Comisión, la cual fue creada antes de la entrada en vigor de la Convención Americana, "cuyo procedimiento previo al tratado no contempla tal instancia sucesiva, de modo que es necesaria la plena adaptación de las actuaciones de ese órgano de gran significación, por lo demás en este continente, a los nuevos requerimientos del sistema".

Por lo anterior, es conveniente examinar la conveniencia del actual sistema que rige el acceso a la Corte Interamericana, con el objeto de analizar la posibilidad de crear

un acceso directo a la misma en el caso de denuncias individuales, con la opción de acudir en primer lugar a la Comisión, o en su caso directamente a la Corte, con la salvedad de que una vez iniciado el procedimiento ante la Comisión se deberá concluir para luego poder acudir ante la Corte, y de que una vez que se acuda a dicho organismo, no se podrá acudir posteriormente a la Comisión.

Sobre el particular, la actual embajadora de la ùEA en México, Edith Márquez, también ha coincidido en declarar: "el otro factor que ha atentado a un mayor ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte ha sido la falta de acceso de los individuos a ella..., la función contenciosa de la Corte no se inicia sin que previamente la Comisión se haya pronunciado sobre el caso que le fue sometido a su conocimiento."

Thomas Buergenthal apunta que la Comisión actúa en el sistema interamericano como un Ministerio Público, ya que para que la Corte ejerza su función contenciosa, es necesario que previamente la Comisión examine el caso, y de considerar que se reúnen los requisitos necesarios, acciona ante la Corte.¹⁶

5.2. Relaciones con organismos especializados de la ùEA

Entre 1988 Y 1989 la Comisión ha continuado sus relaciones de cooperación con los organismos especializados de la

OEA vinculados al campo de los derechos humanos, tales como la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM); el Instituto Interamericano del Niño y el Instituto Indigenista Interamericano. En el curso de esta cooperación se han intercambiado publicaciones y documentos de trabajo que, por su naturaleza, pueden ser de interés común.

5.3. Relaciones con otros organismos vinculados a los derechos humanos

Igualmente, la Comisión continuó manteniendo un constante contacto con los órganos de las Naciones Unidas encargados de la protección y promoción de los derechos humanos, tales como la Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos previsto en el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización Mundial y, en particular, con el Alto Comisionado de la ONU en materia de Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de dicho Comité, a los efectos de buscar el esclarecimiento de algunos casos del mismo carácter denunciados a la Comisión.

Por lo que respecta a los organismos dependientes del Consejo de Europa, la CIDH celebró en enero de 1989 una importante reunión conjunta con la Comisión Europea de Derechos Humanos.

5.4. Estados miembros

Son estados partes los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El día 24 de agosto de 1989, el Gobierno de Paraguay depositó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de ratificación de la Convención. De ellos, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela han reconocido la competencia de la Comisión para recibir comunicaciones interestatales de conformidad con el artículo 45 de la Convención Americana. A su vez, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela han reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62 de la convención. (OEA/Ser. A.16, No. 36, Serie sobre Tratados).

6. La corte interamericana y sus funciones

La Corte Interamericana fue creada por la Convención Americana, que entró en vigor en 1978, y se reunió por primera vez el 7 de septiembre de 1979. Está compuesta por siete jueces, nacionales de los estados miembros de la OEA. quienes

duran en su cargo un periodo de 6 años, con la posibilidad de ser reelegidos una vez más.

La Corte Interamericana tiene dos **funciones esenciales: la competencia consultiva y función jurisdiccional o contenciosa**. La competencia consultiva la ejerce a solicitud de cualquier Estado que sea parte miembro de la OEA, la Comisión Interamericana y algunos órganos de la propia OEA en lo que les compete.

Esta facultad consultiva de la Corte, abarca cuestiones derivadas no sólo de la interpretación de la Convención Americana, sino también de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, que tengan aplicación en el continente americano, al igual que de las disposiciones sobre derechos humanos de los Estados partes del sistema interamericano, o bien estados ajenos al mismo.

Por otra parte, los Estados miembros de la OEA, pueden solicitar la intervención de la Corte para que dilucide la compatibilidad de alguna de sus normas internas con algún instrumento internacional de los mencionados.

Hasta el **14** de noviembre de 1997 la Corte Interamericana ha pronunciado 15 opiniones consultivas, y se encuentra en estudio la opinión número 16, solicitada por México, sobre la interpretación de la Convención de Viena con respecto a las relaciones consulares, interpretación del artículo 36 de la Convención, el cual es-

tablece la obligación de los Estados de informar oportunamente de las personas de origen nacional que se encuentren bajo proceso penal, con los cónsules de sus países, para que intervengan en su defensa.!?)

Por otro lado, tenemos la función jurisdiccional de la Corte, la cual sólo puede ejercer cuando los Estados partes en la **Convención, reconozcan expresamente la obligatoriedad de la competencia de la misma**. En este caso la competencia de la Corte se limita a resolver controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana.

A la fecha, 20 de los 25 Estados que han ratificado la Convención Americana y han **reconocido la competencia contenciosa** de la Corte, tal es el caso de México, que la reconoció en diciembre de 1998 (decreto publicado en el Diario Oficial el 8 de diciembre y depositado en la OEA el día 16 del mismo mes y año).¹⁸

Acerca de la evolución que ha experimentado el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, vale la pena citar a Carlos Ayala Corao, ex-presidente de la Comisión, quien apunta lo siguiente:

“... la Comisión se convirtió en uno de los órganos principales de la OEA, mediante la reforma a la Carta de la Organización en el Protocolo de Buenos Aires de 1967, el cual entró en vigencia

en 1970. Mediante dicho protocolo se asignó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como función principal, la tarea de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la **Organización en esa materia**". La nueva versión de la Carta le otorgó a la Comisión la misión expresa de "velar por la observancia de tales derechos humanos, entendidos como tales los consagrados en la Declaración Americana sobre **Derechos Humanos**", **mientras no entrara en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. De esta manera, no sólo la Comisión sino incluso la propia Declaración Americana obtuvieron una base jurídica sólida en la Carta de la OEA.

"Dos años más tarde del Protocolo de Buenos Aires, es decir en 1969, el proceso anterior culminó su evolución con la adopción por los Estados americanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... La Convención, conocida como el "Pacto de San José", entró en vigencia nueve años después, el 18 de julio de 1978, fortaleciendo el sistema al dar más efectividad a la Comisión y, en general, a los mecanismos interamericanos de promoción y protección de esos derechos, a través de un tratado especial.

La Convención Americana define los derechos y libertades protegidos, contrayéndose principalmente a los derechos civiles y políticos. Pero diez años más tarde en 1988, la Asamblea General de la Organización abrió a la firma el primer

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, llamado "Protocolo de San Salvador"."

7. Derechos **protegidos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos protege los siguientes derechos y libertades civiles y políticos:

Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica (ser tratado legalmente como persona).

Derecho a la vida.

Derecho a un trato humano, incluyendo el derecho a no ser sometido a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

Prohibición de la esclavitud.

Derecho a la libertad personal.

Derecho a ser oído por un tribunal competente.

Derecho a no ser condenado con aplicación retroactiva de leyes penales.

Derecho a indemnización en caso de haber sido condenado por error judicial.

Derecho a la vida privada de la persona.

Libertad de conciencia y religión.

Libertad de pensamiento y de **expresión**.

Derecho de rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agravantes

Derecho de reunión.

Libertad de asociación.

Derecho a la protección de la familia.

Derecho al nombre.
 Derechos del niño.
 Derecho a la nacionalidad.
 Derecho a la propiedad privada.
 Derecho de circulación y residencia.
 Derecho a participar en el gobierno.
 Derecho a igual protección de la ley.
 Derecho a protección judicial contra violaciones de los derechos fundamentales.

La Declaración Americana también contiene una lista completa de los derechos que los Estados deben respetar y proteger. Además de la mayoría de los derechos que están consagrados por la Convención, la Declaración Americana incluye varios derechos sociales y económicos, tales como el derecho al trabajo y a recibir un salario justo, el derecho a la seguridad social, el derecho a los beneficios de la cultura, etcétera.

8. Procedencia y trámite de la petición en el sistema interamericano

Cualquier persona, por sí misma o en representación de otra, puede presentar una petición ante la Comisión para denunciar una violación a los derechos humanos. También pueden presentar reclamaciones las organizaciones gubernamentales (ONGs).

A continuación, explicaré las condiciones y los requisitos para el trámite de una petición, respondiendo al qué, cuándo, cómo y dónde presentarla y substanciarla:

8.1 Condiciones para presentar una petición

Deben cumplirse tres condiciones antes de presentar una reclamación: Primera, el Estado acusado debe haber violado uno de los derechos establecidos en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Segunda, el reclamante deberá haber agotado todos los recursos legales disponibles en el Estado donde ha ocurrido la violación, y la petición a la Comisión debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la decisión final sobre el caso por parte del tribunal correspondiente "agotar los recursos" significa que, antes de acudir a la Comisión, el caso debe haberse presentado ante los tribunales de justicia o ante las autoridades del país correspondiente, sin que se hayan obtenido resultados positivos¹. y tercera, la reclamación no deberá estar pendiente de otro procedimiento internacional.

Estas condiciones no son rígidas. No será necesario cumplir con el requisito del agotamiento de los recursos internos si se ha negado a la víctima acceso a los mismos, si se le ha impedido obtener desagravio, o si las leyes locales no aseguran el debido acceso a los procedimientos legales para la protección de los derechos.

Tampoco es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna en las situaciones en que el Estado se haya retrasado en

pronunciar una decisión final sobre el caso sin que exista una razón valedera para ello, es decir, cuando se haya presentado un retardo injustificado.

Finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado en una opinión consultiva, que no se exigirá el cumplimiento de los requisitos si una persona no puede recurrir a la justicia en su país por falta de medios económicos o por temor general en la comunidad.

Sobre el trámite de las quejas o denuncias que se presenten ante la Comisión, y sobre el principio de definitividad que opera como requisito para la admisión de las quejas, es importantes señalar que con el pretexto de exigir que previamente a la petición ante la Comisión se agoten los recursos de jurisdicción interna previstos en el Estado contra el que se endereza la queja, no se debe hacer que la acción ante la Comisión sea inútil o se retarde injustificadamente, sobre todo en los casos en que no existe el recurso idóneo y eficaz para combatir la violación a los derechos humanos, o bien, cuando sea dudosa la existencia del mismo. En este sentido se ha expresado el tratadista Gross Espiel: "La admisibilidad de las comunicaciones está subordinada a determinados requisitos, en especial al agotamiento previo de los recursos de jurisdicción interna, ya que la protección internacional es, en cierto aspecto, subsidiaria de la protección nacional, aunque esta exigencia es renunciabile por los Estados y no es absoluta, para evitar que pueda ser esgrimida sólo como una excusa para impedir el acceso

a la protección internacional".

Por otra parte, hay que dejar dicho que la carga de la prueba respecto de la existencia de un recurso cuyo agotamiento sea necesario para acudir a la Comisión Interamericana, le corresponde al Estado: "... la Corte Interamericana ha establecido sobre el mismo agotamiento, ya sea en opiniones consultivas o en los casos que le ha sometido la propia Comisión, en el sentido de que para que se exija dicho agotamiento, este debe ser alegado expresamente por el Estado demandado en las etapas iniciales de la tramitación ante la misma Comisión, y además que el mismo Estado que invoca el principio tiene la carga de señalar los recursos que en su concepto debían ser interpuestos".²¹

Además, puede ser aconsejable, en el caso de que los recursos disponibles no sean los idóneos, que el denunciante anexe a su queja opiniones de juristas que refuercen sus argumentos.

Citamos a continuación al tratadista Danniel O'Donnel, a propósito de la necesidad de agotar los recursos de Jurisdicción Interna previamente a la acción ante la jurisdicción internacional:

"Tratándose de un país donde el Estado de Derecho no impera y la ineficacia del Poder Judicial es notoria, el Comité se inclina por mezclar los criterios de disponibilidad y eficacia, y su decisión tiende a presentar una apreciación global de la situación en el país más que una evaluación de los hechos concretos del caso

particular. Incluso, cuando ha recibido un número significativo de denuncias sobre violaciones de la misma índole en un determinado país, el Comité ha considerado la ausencia de recursos idóneos como cosa juzgada. Los testimonios de abogados defensores, así como informes de organizaciones de derechos humanos sobre los defectos en el funcionamiento de la justicia en el país denunciado, pueden ayudar al Comité en la aplicación de este requisito de admisibilidad. Se aconseja anexar este tipo de documento a la denuncia, sobre todo tratándose de una situación reciente o poco conocida.

"En principio, la víctima no está obligada a agotar todos los recursos excepcionales reconocidos por el derecho interno. Esta interpretación del Comité parece basarse en una presunción refutable de que los recursos excepcionales normalmente tienen una eficacia muy limitada. Si el Estado demuestra que un recurso excepcional estaba realmente "disponible" y puede considerarse eficaz, habida cuenta de los objetivos de la denuncia ante el Comité -por ejemplo la prevención de futuras violaciones de la misma índole- este puede ser declarado inadmisibile".

Existen importantes criterios de la Comisión y de la Corte a propósito del requisito de agotar los recursos internos antes de acudir a la protección internacional, cuando aquellos no existen o no son eficaces, a continuación citamos dos precedentes importantes:

"... cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la

validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.

"Por otra parte, es también de explorado derecho en materia internacional, que ante una denuncia en la que se contengan hechos violatorios en contra de los cuales se afirme que no existen recursos de jurisdicción interna aptos para combatir los actos violatorios, la actividad de los organismos internacionales para la protección de los derechos humanos, no solamente está justificada, sino que tiene el carácter de urgente, en virtud de que se está en presencia de una doble violación a los derechos humanos, por una parte el ataque directo y en cuanto al fondo de la garantía que se denuncia como transgredida, y por otra parte la violación a cargo del Estado denunciado por no llevar a cabo aquellas medidas que se encuentra obligado a tomar, para hacer efectivos los derechos humanos que debe de proteger eficazmente".²³

Otro precedente importante sobre el agotamiento de los recursos tuvo lugar cuando la Comisión analizó las violaciones denun-

ciadas con motivo de una detención arbitraria que tuvo lugar en Brasil, en el caso Fragoso, en donde el gobierno brasileño interpuso la excepción de falta de agotamiento de recursos internos, alegando la existencia del Consejo Constitucional en el ordenamiento brasileño, a lo que la Corte respondió que dicho medio de defensa no podía considerarse como un recurso cuyo agotamiento previo a la acción internacional fuese necesario, ya que las decisiones de dicho Consejo no eran obligatorias, por constituir meras recomendaciones al gobierno, razón por la que el afectado sólo tenía a su alcance los medios internacionales de protección a los derechos humanos, declarando por lo tanto, procedente la admisión de la denuncia que le fue presentada con motivo de las violaciones cometidas."

8.2 Cuándo puede presentarse una petición

La petición deberá presentarse dentro de los seis meses siguientes a que se hayan agotado los recursos legales de la jurisdicción interna.

8.3 Qué debe **incluir** una petición para ser válida

Toda petición debe presentarse por escrito. Si bien no existe un formulario o formato específico que deba seguirse, la petición deberá contener toda la información disponible. Si el reclamante es una persona o un grupo de personas, la petición deberá incluir el nombre del reclamante o reclamantes, nacionalidad,

ocupación o profesión, dirección y firma(s). Si el reclamante es una organización no gubernamental, la petición deberá incluir la dirección de la institución y los nombres y firmas de sus representantes legales.

Cada petición debe describir la violación, indicar la fecha y lugar en que ocurrió, e identificar el gobierno involucrado. La petición debe incluir el nombre de la víctima y, si es posible, el nombre de cada funcionario que haya tenido conocimiento del hecho.

La petición debe contener información que indique que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. El reclamante debe adjuntar, cuando ello sea pertinente, una copia del recurso de *habeas corpus*, si éste se hubiera presentado, junto con la información sobre cuándo y dónde se presentó y cuál fue el resultado.

El reclamante que no cumpla estos requisitos será notificado de tal hecho y se le pedirá que proporcione más información.

8.4. Dónde presentar la petición

Las peticiones deberán ser enviadas al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en Washington D.C., ya sea presentándolas directamente en el número 1229 de la Calle F, en esa ciudad, telefónicamente en casos urgentes, (202) 458-6002, bien vía facsimilar (202) 458-3992) o vía

Internet a la dirección:
<http://www.cidh.org.com>

8.5 Información adicional que debe contener la petición

Es útil indicar el derecho en particular de los especificados en la Convención o en la Declaración Americana que ha sido violado. De esta manera, la Comisión podrá enfocar mejor la investigación y ahorrará tiempo en favor de la víctima..

La petición debe contener todos los detalles del caso y proporcionar todas las pruebas posibles, tales como declaraciones de testigos presenciales y documentos relevantes, que puedan acelerar la investigación y aumentar las posibilidades de éxito final.

Si los alegatos y las pruebas son suficientemente convincentes, la Comisión podrá iniciar la investigación, aún si ciertas partes de la petición no están conformes con el procedimiento o no son técnicamente perfectas.

8.6 Cuántas violaciones puede contener una petición

La petición debe referirse a una sola violación de derechos humanos. La Comisión podrá dar curso a una petición que alegue numerosas violaciones siempre que hayan ocurrido en el mismo tiempo, lugar o que hayan afectado a un grupo de víctimas.

En particular, el reclamante podna no tener que probar que se han agotado todos

los recursos de lajurisdicción interna. La facultad de la Comisión en tales situaciones, surge de la autoridad general que tiene para vigilar el tratamiento que presta el Estado a los derechos humanos y para hacer recomendaciones orientadas a mejorar la situación. Tal petición de carácter "general" podrá incluir casos específicos de violaciones de derechos. Tales hechos serán tratados por la Comisión como casos individuales, dentro del contexto de la investigación general acerca del comportamiento del gobierno.

8.7 Trámite que signe una petición

La Comisión recibe una petición, examina la denuncia e inicia la investigación del caso. En primer lugar, se comunica al gobierno que se ha recibido una petición en su contra y se le invita a responder las acusaciones. La Comisión puede realizar distintas actividades destinadas a esclarecer los hechos y descubrir la verdad. Podrán llevarse a cabo audiencias e investigaciones *in loco* (en el lugar).

En el caso de las audiencias, cuando la Comisión se reúne, escucha declaraciones, testimonios escritos y refutaciones. Para las investigaciones *in loco*, algunos miembros de la Comisión viajan al país del cual proviene la denuncia para investigar los hechos allí donde ocurrieron.

8.8Cuál es la finalidad en el trámite de una denuncia

Si la Comisión determina que el gobierno ha cometido una violación de derechos

humanos, entonces se recomendará a éste que cambie su conducta, investigue los hechos, compense los daños causados a las víctimas y, en general, no cometa más violaciones a los derechos fundamentales. La Comisión no puede forzar estos resultados, pero tratará de conseguirlos de varias maneras.

Ante todo, en cualquier momento intentará lograr un "arreglo amistoso" entre las partes (el peticionario y el gobierno).

Finalmente, la Comisión tiene la posibilidad de enviar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el Estado involucrado ha aceptado su jurisdicción. La Corte tiene sede en San José (Costa Rica) y su función es juzgar las violaciones a los derechos humanos, una vez que ha terminado el trámite en la Comisión. El reclamante no está facultado para presentar una demanda ante la Corte, sólo los Estados y la Comisión pueden hacerlo.

El reclamante participa en varias etapas del proceso ante la Comisión. Por ejemplo, proporcionando mayores detalles sobre los hechos, nombres de testigos, etcétera. El reclamante también tendrá la oportunidad de refutar la respuesta del gobierno y de participar en toda negociación para llegar a un acuerdo. Asimismo, podrá prestar declaraciones en el proceso ante la Corte Interamericana, si fuera el caso.

8.9 Representación legal

Puesto que la preparación, presentación

y procesamiento de la reclamación es un trámite relativamente simple, el reclamante puede hacerlo por sus propios medios sin que sea necesaria la asistencia de un profesional. Sin embargo, siempre es recomendable el apoyo de un abogado.

Un abogado entiende mejor las cuestiones técnicas y en consecuencia puede asesorar, recomendar, contribuir a interpretar los derechos violados, elaborar argumentos adicionales, preparar eficientemente la presentación del caso y demostrar a la Comisión que se ha violado uno o más derechos.

8.10 Medidas precautorias

En toda petición se deberá indicar si está en inminente peligro la vida, integridad personal o salud de una persona. En dichos casos, considerados como situaciones de emergencia, la Comisión tiene facultades para actuar con prontitud. Es posible que ante estas circunstancias excepcionales, se determine realizar una visita *in loco* o adoptar otro tipo de medidas urgentes, que se consideren apropiadas.

Siempre que el escrito enviado a la Comisión contenga el mínimo requerido de información para transmitir al gobierno la solicitud que busca la adopción de medidas de emergencia (medidas cautelares), puede ser breve, y puede enviarse por cualquier medio, inclusive por telegrama o fax.

La Comisión podrá pedir a la Corte la

concesión de las medidas precautorias necesarias a favor del peticionario, o bien, en casos urgentes, la propia Comisión podrá expedir las medidas cautelares. Dichas medidas tienen por objeto evitar que se lleve a cabo una violación irreparable a los derechos humanos del peticionario."

9. La incorporación de México al derecho internacional de los derechos humanos

Es hasta las últimas décadas que México se ha incorporado al sistema internacional de protección a los derechos humanos; dicha incorporación inició durante el gobierno de López Portillo, durante el cual se insertaron en el ordenamiento jurídico mexicano algunos tratados sobre la materia.

Víctor M. Martínez Bullé hace hincapié en esta cuestión y apunta que: "El desarrollo de los derechos humanos en México, después de la promulgación de la Constitución en 1917, podemos afirmar que ha sido mínimo; en éste como en muchos otros temas de nuestra realidad jurídico-política, las normas han permanecido sólo como un referente, pero carentes en general de vigencia sociológica. Hasta los años ochenta, el tema de los derechos humanos no ha venido a ser una preocupación importante para los mexicanos, baste señalar que el capítulo de garantías, entre la entrada en vigor de la Constitución y los años setenta, tuvo tan sólo cinco reformas, y dos de ellas, al

artículo 3º, respondieron a circunstancias de coyuntura política, ya que en 1934 se reformó para establecer que la educación que impartiera el Estado sería socialista, y doce años después en 1946 se volvió a reformar para eliminar lo establecido en 34".²⁶

10. El siglo XX (los derechos humanos)

El mismo autor citado hace un análisis de la situación de los derechos humanos a través del siglo XX, y también cita a Carranza para dar una idea de la situación en que se encontraban los derechos humanos en México durante el siglo XIX, apuntando lo siguiente:

"El Congreso Constituyente que habría de dar cuerpo a la vigente Constitución se instaló el 1 de diciembre de 1916, ahí don Venustiano Carranza dirigió un mensaje para presentar el proyecto de reforma de la Constitución, pues recordemos que el Congreso fue convocado para reformar la Constitución de 1857. En su mensaje Carranza aludió, por supuesto, al tema de los derechos humanos, con las siguientes palabras:

En efecto, los derechos individuales que la Constitución de 1857 declara que son la base de las instituciones sociales, han sido conculcados de una manera casi constante por los diversos gobiernos que desde la promulgación de aquélla se han sucedido en la República; las leyes orgánicas del juicio de amparo ideado para protegerlos, lejos de llegar a un resultado

pronto y seguro, no hicieron otra cosa que embrollar la marcha de la justicia, haciéndose casi imposible la acción de los tribunales no sólo de los federales, que siempre se vieron ahogados por el sinnúmero de expedientes, sino también de los comunes, cuya marcha quedó obstruida por virtud de los autos de suspensión que sin tasa ni medida se dictaban.

En Carranza, como en la mayoría de los revolucionarios, pesaba la idea, respecto de los derechos humanos, de que el contenido de la Constitución de 1857 estaba bien, que lo que había fallado eran las autoridades gubernamentales que tenían que llevar a la práctica lo contenido en el texto.

En materia de derechos humanos los cambios más importantes que hubo entre la Constitución de 1857 y la de 1917, consistieron en el cambio de denominación que sufrió la sección "De los derechos del hombre" (aunque el arto 15 de la Constitución de 1917, preserva el nombre de los "...derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano"), para quedar "De las garantías individuales", términos que por lo demás para los constituyentes de 1917 eran sinónimos. En el artículo 10 se utilizó la redacción "garantías que otorga la Constitución, cuando su antecesora empleaba el de reconocimiento de los derechos".

En lo jurídico, con el cambio de nombre al capítulo primero por el de "De las garantías individuales", prácticamente se

proscribió el concepto derechos humanos del léxico jurídico-positivo, instaurándose el de "garantías individuales".

Esta es la posición que adopta el jurista Ignacio Burgoa, ya que asienta que: "para la Constitución de 1917 los derechos del gobernado no equivalen a los derechos del hombre, esto es, no son anteriores a ella, ni necesaria ni ineludiblemente reconocibles por ella, sino derivados de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual establecida y regulada por sus propios mandamientos".

En cambio, el ilustre José María Lozano sostuvo una opinión opuesta a la anterior: "En el conflicto entre el interés social y el interés individual hay que sacrificar éste; pero en el que puede haber entre el interés general y el derecho de un solo hombre guardémonos de creer que en algún caso sea lícito sacrificar el derecho individual, el derecho del hombre, por más que se trate del último, del más oscuro y miserable de los habitantes de la república".

El jurista Víctor M. Martínez Bullé, expresa lo siguiente acerca del cambio de concepción de los derechos humanos experimentado por los constituyentes de 1917:

"Con esta concepción de las garantías, el fundamento de ellas, y en consecuencia de los derechos que contienen depende no de la persona misma sino de la relación gobierno-gobernado; por la cual cuando el gobierno asume una actitud paternalista, deja sin sentido a las garantías

como medio de defensa de los derechos de los individuos, ya que como premisa conceptual el gobierno no viola derechos pues es como un buen padre para sus gobernados a quienes protege, provee de **lo necesario para su subsistencia y en** ocasiones reprende, pero no bajo la aplicación de la ley sino bajo su más amplia discrecionalidad y de acuerdo con su percepción específica de cada caso concreto. Esta concepción no expresada, pero vivida conjuntamente con la razón de Estado, en ocasiones subyacentes, da pie a graves actos de represión y violación de derechos, frente a los cuales el gobierno no tiene por qué responder ante la sociedad, pues su acción siempre estará justificada".

11. México en la incorporación al derecho internacional

De este modo México ha suscrito diversos tratados internacionales; sin embargo, cuando ha llegado el momento de asumir algún tipo de responsabilidades, se ha quedado a medio camino.

Una vez que el corporativismo perdió eficacia como canal de comunicación entre la sociedad y el gobierno, la demandas de respeto a los derechos humanos y a la democracia se vieron incrementadas, por lo que se dio la necesidad de implantar **otros mecanismos para encausar estos** reclamos.

Durante 1980, México suscribió siete importantes instrumentos internacionales pertenecientes a la OEA y a la ONU, que

fueron ratificados por el Senado, a propuesta del entonces Presidente de la República: José López Portillo.

“La lista de los instrumentos que en esta ocasión se incorporaron al orden jurídico mexicano, con las fechas de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, es la siguiente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (20 de mayo de 1981), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (12 de mayo de 1981), Convención Americana sobre los Derechos Humanos (7 de mayo de 1981), Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (28 de abril de 1981), Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (29 de abril de 1981), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (12 de mayo de 1981), Y la convención sobre Asilo Territorial (4 de mayo de 1981)".³¹

Llama la atención la actitud contradictoria del gobierno mexicano en ese tiempo, ya que si bien, por una parte se incorporaron al orden jurídico importantes tratados internacionales, por otra, se rechazó cualquier medio de control para garantizar el efectivo cumplimiento de los mismos, seguramente por el temor del gobierno de ser exhibido ante la comunidad internacional.

Lo anterior se ve reflejado en las palabras del entonces presidente López Portillo, a propósito de la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana: “La

aceptación de la jurisdicción obligatoria y automática de la Corte Interamericana estaría fuera de lugar por ahora, toda vez que la legislación nacional prevé los recursos necesarios para corregir cualquier falla en la estructura de la preservación de las garantías individuales en el país".

Por otra parte, teniendo en cuenta que México en los últimos años se ha sumado a todo un proceso globalizador, que ha incluido la adopción de numerosos tratados internacionales, se recomienda - para ser coherentes con esta actitud - la adhesión de México al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que faculta al Comité de Derechos Humanos de la ONU para intervenir en el caso de violaciones por parte de los Estados partes a lo dispuesto en el pacto.

También es importante apuntar que en la actualidad existe un gran desconocimiento en México de la importante legislación internacional que se ha incorporado a nuestro Derecho, incluso por aquéllos que están obligados a su aplicación, tal es el caso de los jueces y funcionarios.

12. Conclusiones

PRIMERA.- La fundamentación filosófica de los derechos humanos, debe arrancar del hecho de que el hombre es un ser racional, que por el sólo hecho de serlo, posee una serie de derechos que le

son inherentes, independientemente de su reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Sin embargo, resulta de mayor trascendencia que la conceptualización de los derechos humanos, su adecuada protección y garantía por parte de los Estados y en su caso por el derecho internacional.

SEGUNDA.- Como respuesta a la urgente necesidad de hacer efectivos en la práctica los derechos humanos, se han formado con el tiempo algunos organismos internacionales cuyo objeto es velar por la adecuada observancia de los mismos en los diversos Estados; tal es el caso de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

TERCERA.- Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos existentes en América Latina, son la Declaración Americana de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, de los cuales México forma parte.

CUARTA.- México además de formar parte de la OEA, ha firmado los instrumentos mencionados y ha aceptado la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

QUINTA.- En la actualidad, los derechos humanos se han universalizado, al amparo de diversos tratados internacionales. Igualmente los derechos humanos se han especificado, dado el tratamiento individualizado que reciben en los tratados

Internacionales y en los ordenamientos jurídico-positivos.

SEXTA.- Por lo que hace al sistema interamericano de derechos humanos, si bien es cierto que desde su nacimiento ha intervenido en numerosas violaciones a los derechos humanos, especialmente por medio de la Comisión Interamericana, a la fecha se ha percibido una amplia desigualdad entre la actividad de la Comisión y de la Corte, esto debido entre otros factores al requisito de que sea la Comisión quien consigne ante la Corte los casos que lo ameriten.

SEPTIMA.- Por lo anterior, se propone crear el acceso directo a la Corte Interamericana por parte de los denunciantes, creándose un mecanismo legal que permita a los peticionarios optar entre acudir ante la Comisión o directamente ante la Corte, con la salvedad de que una vez que se acuda a uno de los organismos será necesario esperar hasta la terminación del procedimiento instaurado ante el organismo por el que se optó, y de que si se recurre a la Corte, no será posible acudir después a la Comisión.

ACTAVA.- Se propone adecuar el procedimiento ante la Comisión Interamericana a las necesidades actuales, de tal forma que se brinde una plena igualdad procesal entre las partes, y se provea lo conducente para el caso de la inexistencia o ineficacia de los medios de jurisdicción interna, así como los medios de prueba necesarios en tales casos.

NÜVENA.- Se propone actualizar los ordenamientos que rigen en el sistema interamericano de derechos humanos, con los diversos precedentes expedidos por la Corte y la Comisión Interamericana.

DECIMA.- Se recomienda la adhesión por parte del Estado mexicano al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos.

Bibliografía

- 1.- ALVAREZ Ledesma, Mario. *Accra del Concepto de los Derechos Humanos*. McGraw Hill, México, 1998
- 2.- ANSALDI, Waldo y Dos Santos Mario R. "Los derechos humanos y las ciencias sociales", en *La ética de la democracia* en Ansaldo, Waldo (compilador), CLACS(), Buenos Aires, 1986
- 3.- ATIENZA, Manuel. *Morales y los derechos humanos*. Mezquita, Madrid, 1983.
- 4.- "Una clasificación de los derechos humanos", en *Anuario de derechos humanos*, número 4, Madrid 1986:1987
- 5.- AYALA Corruo, Carlos. "El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos", en *México y las Iseclaracume. de los Derechos Humanos*. UNAM, III y Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1ª Edición, agosto 1999
- 6.- BOBBIO Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Ed. Sistema, Madrid España, 1991
- 7.- BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México, Porrúa, 1986
- 8.- BURGENTHAL, Thomas. "Protected Human Rights in Americas" Selected Problems, N.P. Engel. Publisher Kehl Strasburg Arling, 1982
- 9.- BRUCE, Ackennan. "Social Justice in The Liberal State"
- 10.- CARCIVA, Carlos y Ruiz Alicia. "Derecho y transición democrática", en Groisman, Enrique. *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina*. Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1990, hlm. 1.
- 11.- CARRIÓN Wam, Roque "Reconocimiento jurídico y fundamentación filosófica de los derechos humanos en América Latina", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 26:27
- 12.- COLIN T. Reid "The Poush Ombudsman", en *Review of Socialist Law*, Vol. 14 núm. 3, Martin Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1988
- 13.- CORREAS, Oscar. "Los derechos humanos subversivos" en *Revista Jurídica Jaliscoense*, número 1
- 14.- CORREAS, Oscar. "Democracia y derechos humanos en América Latina", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 26, 1986:1987
- 15.- "Los derechos humanos en la democracia", en Groisman, Enrique. *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina*. Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1ª edición, tomo 1
- 16.- FARIAS, Martín Diego "La justificación ética de los derechos humanos" en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 26, 1986:1987
- 17.- FOX Zandino, Hector. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Nacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición, 1999

- 16.- FIX Zamudio, Héctor. *México y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2ª Edición. 1999
- 17.- FLISFISCH, Ángel. "Derechos humanos. política y poder" en Ansaldi, Waldo. *La ética de la democracia*.
- 18.- GARCÍA Maynes. Eduardo. *Teorías sobre la justicia en los diálogos d- Plató*. UNAM. México, 1981
- 19.- GÓMEZ, José María. "Derechos humanos. política y autoritarismo" en Ansaldi, Waldo. *La ética de la democracia*, citado
- 20.- GROSS Spiel, Héctor. *Derechos Humanos y Vida Internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. CNDH, México, 1995.
- 21.- KELSEN. Hans. *¿Qué es la justicia?*. Ariel, México, 1992
- 22.- LECHNER. Norbert. "Los derechos humanos como categoría política" en Ausaldi, Waldo. *La ética de la democracia*, citado.
- 23.- LÓPEZ Calera, Nicanor María. "La democratización del derecho" en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 28, 1998
- 24.- *Manual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Comité de Abogados por los Derechos Humanos OEA.
- 25.- MÁRQUEZ Rodríguez, Edith. "Las relaciones entre la Comisión y la corte Interamericana de Derechos Humanos", *Separata del libro La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Rafael Nieto Navia Editor, Corte IDH, San José, Costa Rica. Noviembre de 1994
- 26.- MARTINEZ Bullé Goyri, Victor M., *Los Derechos Humanos en el México del Siglo XX*, publicación de la UNAM y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.
- 27.- NAPIJNE. Giovanni. *Ombudsman' V Controlle de la Publica Amministrazione*, Milano Dotta Giuffrè Editore 1969
- 28.- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Peidos. Buenos Aires, 1984
- 29.- O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Lima Perú, 1988, 1ª Edición
- 30.- OVIALLA Mandujano, Manuel, *Teoría del derecho* 7ª ed. Editorial Duroc, México, 1992
- 31.- PALACIO, Germán, "Derechos humanos y trabajo internacional", en *El otro derecho*, número 4
- 32.- PECES-Barba, Gregorio, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos*, número 4, Madrid, 1986/1987
- 33.- PLATON, *Republica*, varias ediciones
- 34.- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. F.C.E. México, 1969
- 35.- RECASENS Siches, *Panorama del Pensamiento Jurídico en siglo XX*. Ed. 1963
- 36.- ROMERO, Amanda. "El neoliberalismo. los derechos humanos y el nuevo paradigma", en *El otro derecho*, número 2.
- 37.- ROWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- 38.- RUIZ, Alicia, "El uso alternativo del derecho y los derechos humanos", en Ansaldi, Waldo. *La ética de la democracia*, citado.
- 39.- SKINER, *Más Allá de la Libertad" la Dignidad*.
- 40.- TREJOS, Gerardo, "Órganos y Procedimientos de Protección de los Derechos Humanos en la Convención Americana", en la obra de Hernández, Rubén. *La Tutela de los Derechos Humanos*. San José. Costa Rica. Ediciones Juricentro, 1977.
- 41.- VASAK, Karel. *La Commission Interamericaine des Drouits de l'Homme*, paris. Librairie Générale de Droir et de Junsprudence. 1968
- 42.- VILLEY, Michel. *Estudios en Torno a la noción de derecho subjetivo*, Universidad de Valparaiso. 1976
- 43.- WORKIN, Rnnald, "El Imperio de la Ley". "The Real ofrbe Law". "El Concepto de la Ley de Hart"

Notas:

1. Visible en Recasens Siches. Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*. Ed. 1963
2. Bobbio. Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Ed. Sistema. Madrid. España. 1991. pp. 63-95.
3. Visible en op. cit. nota 2
4. Vasak, Karel. *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris. Librairie Générale de Droir et de Jurisprudence. 1968
5. Álvarez Ledesma, Mario. *Acerca del Concepto de los Derechos Humanos*. Mc Graw -Hill. México, 1998, p. 137
6. Colin T. Reid "The Polish Ombudsman", en *Review of Socialist Law Vol. 14* núm. 3, Martín Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1988, Pág. 257.
7. Fix Zamudio, Héctor. *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición aumentada. México, 1999, p. 275
8. *Ibidem*.
9. Napijone. Giovanni. *"L Ombudsman" 11 Controlle de la Publica Amministrazione*", Milano Dotta Giuffrè Editore. 1969.)
10. Burgenhal. Thomas, *Protected Human Rights in the Americas, Selected Problems*. N.P. Engel, Publisher Kehl Strasbourg Arlington. 1982p. 104
11. (Ayala Coreo. Carlos, *El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos Visible en la obra México y la Declaración de los Derechos Humanos*. UNAM, III y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 1999, 1ª Ed. p. 101
12. Trejos, Gerardo. "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana", en la obra de Hernández, Rubén. *La Tutela de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica. Ediciones Juricentro. 1977, pp. 201-202
13. Op. cit. nota 11, 1ª. 107.
14. Márquez Rodríguez, Edith. *Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Separata del libro "La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"*. Rafael Nieto Navia Editor, Corte IDH, San José, Costa Rica, noviembre de 1994 p. 317.
15. *Ibidem*, P, 318
16. 01". Cit., Nota 10. p. 104.
17. Fix Zamudio, Héctor. *México y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición, 1999, 1ª 25
18. *Ibidem*. p. 25
19. 01". cit., nota 11. Pp. 102 Y 103
20. Gross Spiel, Héctor. *Derechos Humanos y Vida Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH. México. 1995, p. 63.
21. 01". Cit. Nota 17, pp. 20 Y 21.
22. O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Lima, Perú, 1988, 1ª Edición, p. 43 l.
23. (Caso Velásquez Rodríguez, supra 23, párr. 68; Caso Godínez Cruz, supra 23, párr. 71 Y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C NQ. 6, párr. 93 l
24. Op. Cit. Nota 10, Pp. 108 Y ss.
25. Información recabada del manual distribuido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos
26. Victor M. Martínez Bullé Goyri, *Los Derechos Humanos en el México del siglo XX*. publicación de la UNAM. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, p. 32.
27. 01". cit. Nota 26. Pp. 26 Y 27
28. Burgoa. Ignacio, *Las Garantías Individuales*, México. PORTÚA, 1986. p. 192
29. *Ibidem*. p. 191
30. Op. Cit. Nota 26, p. 33
31. Op. Cit. Nota 26. P. 36.
32. Op. Cit. Nota 26. P. 37

El nuevo sistema europeo de protección a los derechos humanos

Susana Núñez Palacios

Introducción

La protección de los derechos humanos por medio de normas internacionales es una de las más importantes manifestaciones de la existencia de un nuevo derecho internacional. Sin embargo, los antecedentes de los derechos humanos no se encuentran en el ordenamiento internacional, más bien son diversos documentos elaborados a nivel interno los que van dando conceptualización y cuerpo jurídico a lo que ahora llamamos derechos humanos.

Lo que sí podemos asegurar es que el derecho internacional ha logrado tomar la batuta en la regulación de derechos y en muchos casos les ha dado una mejor protección antes que la legislación estatal. Pero, este proceso no ha sido fácil ni rápido, aunque seguramente, el avance logrado en el siglo XX redime la lentitud de los siglos anteriores.

El derecho internacional ha tenido que aceptar como sujetos suyos, a lo largo de

su historia, aun a algunos que antes quedaban completamente fuera de su regulación. Uno de los cambios más radicales se ha dado con relación al individuo, el cual hasta la primera mitad del siglo veinte, era considerado como sujeto exclusivo del derecho interno. El principio de soberanía estatal era uno de los pilares que sustentaba la tesis de que las personas dentro de un Estado sólo estaban sujetas a las leyes del mismo. Después de la segunda guerra mundial, y sin anular el principio de soberanía estatal, se cambia el principio de jurisdicción exclusiva reconociendo que los individuos también son regulados por el derecho internacional sin que esto trastoque el carácter supremo estatal.

Para conciliar el principio de soberanía estatal con el reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional se establecen otros principios que confirman la jurisdicción estatal original. Entre otros encontramos el principio de subsidiariedad,

en materia de protección de los derechos humanos, el cual establece que el derecho internacional no suple al derecho interno en este rubro. Este principio fundamenta la aplicación del derecho internacional, sus normas y sus órganos, sólo cuando el derecho interno no pueda cumplir su función protectora de los derechos humanos. De esta forma, y apoyado por el principio de agotamiento de los recursos internos, el sistema internacional de protección de los derechos humanos no **se acciona en un primer momento, sino únicamente como un mecanismo posterior a la aplicación del sistema jurídico estatal.**

El derecho internacional moderno acepta que el Estado es soberano, pero, las implicaciones de esta cualidad no son las mismas que le otorgaba el derecho internacional clásico (considerando los cambios cualitativos de este ordenamiento a partir de la segunda guerra mundial). La soberanía y la independencia no implican libertad total para el Estado en su expresión negativa, es decir los estados son independientes entre sí, pero están sujetos al derecho internacional (a sus normas y a sus órganos) por lo cual tienen la obligación de actuar de acuerdo con éste.

Existe vigencia, también de diversos efectos de la soberanía, uno de ellos es la jurisdicción exclusiva. Esta tiene relación con otro elemento del Estado que es el gobierno; cada Estado cuenta con su propio ordenamiento jurídico y con ins-

tancias que lo aplican, su ámbito espacial es el territorio estatal. La jurisdicción exclusiva tiene dos aspectos: el positivo implica que dentro del territorio de un Estado sólo pueden actuar sus propios órganos; en sentido negativo, los órganos de un Estado no pueden actuar en el territorio de otro Estado sin su consentimiento.

Nos encontramos en un momento de la historia en el cual la estrecha relación entre los estados provoca que lo que sucede en un territorio afecta necesariamente al resto de la comunidad internacional. Además, el tema de los derechos humanos, por referirse al ser humano mismo, desborda el territorio de un Estado y es cuestión de todos ellos en su conjunto.

En el derecho internacional actual el **principio** de soberanía estatal tiene un alcance especial, sobre todo en materia de derechos humanos, ya que no es permitido que con base en la soberanía se cometan excesos en el ejercicio del poder. También el papel del individuo ha cambiado, ahora se le considera sujeto de este ordenamiento jurídico, lo cual implica que tiene derechos y obligaciones derivadas del derecho Internacional, aun si se encuentren limitadas sus posibilidades para acudir ante órganos internacionales. Asimismo, esto último ha cambiado, ya que existen algunos tribunales internacionales que otorgan acceso directo a los individuos. Por lo pronto no podemos negar que el avance, aunque gradual y lento, ha sido

beneficioso, todavía en los primeros años de este siglo era imposible que el derecho internacional **protegiere a los nacionales** de un Estado contra actos de autoridad, el último recurso era otorgado por el **mismo Estado violador. La única excepción, que de esta forma se volvía discriminatoria e injusta para los nacionales, era con relación a los extranjeros ya que ellos tenían la posibilidad de solicitar la protección de su Estado contra actos de otro Estado que consideraban contrarios a sus derechos.**

La idea de la existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana parece **remontarse al mundo clásico antiguo y se le vincula con el estoicismo y con el cristianismo, sin embargo, es en épocas posteriores cuando el derecho interno se preocupa por la protección de los derechos humanos.**

Los sistemas de protección de los derechos humanos: el universal y los regionales

El enfrentamiento con la guerra, el racismo, las masacres, han hecho que la sociedad internacional adopte gradual y progresivamente mecanismos de protección que sólo se pueden institucionalizar mediante normas jurídicas claras y **concretas.**

Con la segunda guerra mundial se hace patente la necesidad de plasmar en **instrumentos internacionales los derechos humanos que de alguna manera ya se habían reconocido en el derecho interno.**

Un elemento que influye en el **reconocimiento a nivel internacional es el** hecho de que el violador de estos derechos comúnmente es el Estado y se complica la acción de las instancias estatales, sobre todo si el país vive una situación especial. Para proteger esos derechos se hace necesario establecer órganos cuya actividad no dependa de las decisiones de un Estado, lo cual podría significar que el mismo que viola la norma debe actuar como juez.

La soberanía, como un elemento insustituible del Estado, ha servido como pretexto para el incumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, también para negar la posibilidad de que los actos de un Estado sean examinados en instancias internacionales, evitando así que el derecho internacional se aplique en cuestiones que tradicionalmente se han considerado como reservadas al Estado. Afortunadamente esas cuestiones reservadas son cada vez menos, un gran avance en ese sentido es lo concerniente a la protección de los derechos humanos.

En una interpretación teórica positiva la soberanía implica independencia y autonomía estatal, pero en su aspecto negativo también ha servido para fundamentar ese espacio en el que se ubican los "asuntos internos" de los estados.

Durante mucho tiempo se consideró que el Estado era el único sujeto del derecho internacional, esto significaba que las normas de ese derecho iban dirigidas sólo al Estado, señalándole derechos y obligaciones; al mismo tiempo la finalidad de

tal normativa era la de preservar las buenas relaciones entre los estados. El número de sujetos de este derecho se ha ido ampliando paulatinamente con la evolución misma del ordenamiento jurídico internacional, no obstante la aceptación del individuo como un sujeto más fue un proceso lento y complicado; los estados se resistían a que el derecho internacional se aplicase a los individuos porque suponían que con esto se afectaría la jurisdicción exclusiva que detentaban y por ello invocaban el principio de no intervención. Esta resistencia estatal no ha sido solamente con relación a la protección internacional de los derechos humanos, en general se ha manifestado una predisposición negativa para acatar la regulación internacional utilizando el mencionado principio.

Sin embargo, a pesar de las limitaciones que tiene el derecho internacional, podemos señalar que la evolución teórica y práctica en estos aspectos ha sido en el sentido de reconocer la personalidad jurídica internacional de los individuos y de precisar el contenido y alcance del principio de no intervención.

En principio, al Estado le corresponde proteger a su población, es una función que cada Estado debe desarrollar en su ámbito jurisdiccional y que se deriva de la soberanía estatal, pero la historia ha demostrado que las normas internas no son suficientes para garantizar a las personas la vigencia de sus derechos, y esto no sólo es válido

para los gobiernos definitivamente represores, también sucede cuando existen errores involuntarios u ocasionales en el ejercicio del gobierno. El hecho de que los instrumentos internacionales, en un primer momento, la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establecieran la aplicación de normas internacionales en esta área denota que su protección es del interés de la comunidad internacional en su conjunto sin importar nacionalidades, lo cual implica que este asunto ha salido de la jurisdicción exclusiva del Estado.

En el marco universal, además de los **instrumentos que mencionamos en el párrafo anterior**, contamos con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con diversos tratados para sujetos específicos (mujeres, niños, etcétera) o para regular una materia concreta (contra la tortura, el genocidio, etcétera).

Afortunadamente también contamos con protección a nivel regional, los sistemas más importantes, por su alcance práctico, son el europeo y el interamericano. Este último ha demostrado su utilidad en un continente que por diversas causas, políticas y económicas, entre otras, ha sido teatro de gobiernos autoritarios; incluso ha sido un espacio fructífero para delitos tan graves como la desaparición forzada de personas.

Los sistemas regionales han tenido

avances que no encontramos en el sistema universal de Naciones Unidas, los más importantes: en el europeo y el americano los individuos tienen facultades para accionarlos directamente y existen órganos judiciales que emiten decisiones que deben cumplirse obligatoriamente.

En el sistema interamericano de protección a los derechos humanos existen dos órganos, la Comisión y la Corte, que a pesar de sus limitaciones proveen a la población americana de un mecanismo más para la vigencia de sus derechos; y, cabe mencionar que en ocasiones ha sido la única protección posible.' Este sistema también ha hecho aportaciones importantes al procedimiento en esta materia, por ejemplo al establecer a la indigencia como una excepción al agotamiento de los recursos internos.

Aunque estos dos sistemas regionales son similares no pueden ser idénticos ni tener la misma evolución ya que desde su origen responden a estímulos y situaciones diferentes. En América el caudillismo, el militarismo y el presidencialismo, con toda la arbitrariedad y el autoritarismo que los ha acompañado, han influido en la violación de los derechos humanos; y, como en un círculo *vicioso*, la inestabilidad política provoca la instauración de gobiernos represivos y esto encuentra como respuesta la movilización interna que desestabiliza a los gobiernos. La estructura económica y social también ha sido propicia para la violación de los derechos humanos.

En el ámbito interno la división social existente desde la época colonial, y que se ha mantenido en estos nuevos estados capitalistas, ha provocado la explotación de la mayoría en beneficio de la minoría en el poder con la consecuente violación de sus derechos. En el ámbito internacional el subdesarrollo y la dependencia han repercutido en la violación de los derechos humanos, especialmente en regiones tan atrasadas como la nuestra.

El sistema europeo de protección a los derechos humanos es, por su actuación, el que mejor logra sus *objetivos*. Sin demérito de lo anterior, debemos reconocer que la segunda guerra mundial es un punto de partida para muchos acontecimientos y cambios en el mundo, uno de ellos es la protección internacional de los derechos humanos, como lo mencionamos al principio de este trabajo. El hecho de que la población europea fue directamente afectada por las atrocidades bélicas seguramente es determinante en la creación y aceptación de estas normas y le da a sus órganos un campo de trabajo más dúctil y evolucionado. Igualmente, como ellos mismos lo reconocen "están animados de un mismo espíritu y poseen un patrimonio común de tradiciones políticas, ideales, libertad y la preeminencia del derecho".' Otro apoyo más lo han encontrado en la cooperación y en la coordinación estatal que han asumido como bases de su proceso de integración.

En la protección de los derechos humanos

el sistema europeo exige el agotamiento de los recursos internos, admitiendo las excepciones que aplican otros instrumentos internacionales: cuando no existe el recurso adecuado en la legislación interna, cuando se ha negado la posibilidad de acceso a las instancias judiciales y cuando hay un retardo injustificado en la impartición de justicia.

También se aplica el principio de subsidiariedad, en tanto que se acepta la intervención de órganos internacionales con base en el supuesto de que Estado no ha podido cumplir su función protectora. Ligado con este principio en la Unión Europea rige el de supranacionalidad, que seguramente ha influido en la creación del tribunal europeo que protege derechos humanos con facultades mayores que las de órganos similares de otros lugares del mundo.

Al parecer la mayor eficacia de los sistemas regionales está relacionada con la identificación de la problemática específica de países unidos geográficamente, lo que generalmente les hace compartir aspectos políticos, sociales y culturales parecidos. Obviamente, no siempre esto es cierto para una gran región, cabe recordar las diferencias de los países europeos capitalistas con los comunistas. De cualquier forma el crear mecanismos protectores de los derechos humanos partiendo de cierta uniformidad entre los estados incide en el establecimiento de objetivos comunes y más factibles.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos

En Europa se han desarrollado formas de relación interestatal que las más de las veces han servido de ejemplo para otras regiones del mundo. Antes de la segunda guerra mundial existía ya un conjunto de ideas alrededor de la integración de los países de esa región, aunque realmente sus frutos surgen después de ella. El Consejo de Europa es la organización que ha servido de centro para la integración, pero también, fuera de los tratados integracionistas, ha fomentado la creación de **mecanismos de vinculación entre los estados** en la solución de sus problemas comunes, lo que permitió que sin estar integrados los países de Europa oriental participaran en proyectos comunes con el resto.

Sin embargo, es conveniente recordar que la Unión Europea y el Consejo de Europa son entes diferentes, con fines similares pero con mecanismos diferentes. En el Consejo de Europa "se encuentran todos los países europeos que responden a los criterios de democracia y derechos humanos que la colectividad de países miembros considera hoy como los elementos esenciales de su fondo de valores comunes... No se exige a los países candidatos al Consejo de Europa que participen en políticas determinadas o que hagan concesiones en materia de soberanía".¹ Por el contrario, en la Unión Europea los estados tienen una relación

especial con los órganos comunitarios, ya **que esta organización** "responde a un modelo totalmente diferente, sin precedentes **históricos, en el que las decisiones son** generalmente mayoritarias y en el aparato **institucional independiente de los estados** (Alta Autoridad y Asamblea, más tarde Comisión y Parlamento europeos) desempeña un papel importante... Este modelo implicaba cierta transferencia de soberanía de los estados...".' Nos referimos a estas **diferencias porque marcan, entre otros** temas, la forma como en Europa se ha asumido la protección de los derechos humanos. Si éste hubiera sido un aspecto regulado desde tiempo atrás por las normas comunitarias seguramente habría evolucionado hacia una mayor rigidez y una aplicación amplia del principio de subsidiariedad y de supranacionalidad con las consiguientes facultades para los órganos comunitarios; pero, por el contrario, los derechos humanos han sido tema del Consejo de Europa y su protección se ha asumido gradualmente. A pesar de lo anterior, como decíamos antes, sí han influido esos principios y eso es aún más patente por la reciente entrada en vigor del Protocolo 11 (al que nos referiremos adelante) que permite una agilidad mayor en el funcionamiento del tribunal en la **materia.**

De cualquier forma, el sistema de derechos humanos en Europa hasta el momento y desde su creación (que coincide con la del universal y del interamericano) es el más eficaz y está claramente

institucionalizado en el seno del Consejo de Europa. La actividad que el Consejo puede desarrollar se denota en la inmediata admisión que tuvieron los países que pertenecían al bloque comunista, con la posibilidad de presionarlos ya como miembros del Consejo para que adopten los tratados que protegen derechos **humanos.**

Así lo explica Antonio Remiro Brotons: "Creado en 1949, las transformaciones operadas a partir de 1990 en Europa central y oriental han conferido al Consejo un papel relevante en la asistencia y **cooperación con las nuevas democracias** y su sensibilización por los derechos humanos al tiempo que éstas han venido a ampliar la lista de sus miembros, 40 a finales de 1996. La misma Rusia, que disfrutaba del estatus de invitado especial desde 1992 ha sido admitida en marzo de 1996 pese a las duras críticas que ha provocado su violenta actuación en Chechenia, dándosele el plazo de un año para obligarse por las principales convenciones gestadas en el seno del Consejo (particularmente el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención contra la Tortura y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías). La admisión de Rusia lleva anexas otras condiciones a saber: la abolición de la pena de muerte en el plazo de tres años y **la suspensión inmediata de su aplicación.** La idea de que es preferible tener dentro y no fuera a países cuyos gobiernos no

son especialmente respetuosos con derechos y libertades ha supuesto también la admisión a prueba de Croacia, toda una novedad en la teoría comparada de las organizaciones interestatales".¹

Los instrumentos fundamentales creados por el Consejo para la protección de los derechos humanos son la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales -Convención Europea de Derechos Humanos- y la Carta Social Europea. A la manera de los pactos de la ONU, la Convención se refiere a los derechos civiles y políticos y la Carta a los económicos y sociales.

Contenido de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

La Convención Europea de Derechos Humanos fue adoptada el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 13 de septiembre de 1953 y desde su redacción se estableció el nexo de ésta con el sistema de Naciones Unidas, en el Preámbulo sus signatarios se declaran resueltos "en cuanto gobiernos de estados animados de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

Esta manifestación en el preámbulo también confirma lo que varios internacionalistas han señalado respecto a la

concordancia entre la protección universal y la regional, en tanto que la existencia de regímenes regionales "no afecta la necesidad ni la realidad de una concepción universal de la naturaleza y de los elementos constitutivos de estos derechos, así como de su carácter y extensión. Esta concepción universal -que emana de la idea de dignidad humana común a todos los hombres y a todas las civilizaciones y culturas que merezcan el nombre de tales- es esencial para el presente y el futuro de los derechos humanos...", incluso teniendo ventajas en Europa y América porque son "sistemas en los que es posible una mayor efectividad, en especial, por la existencia **de una acción jurisdiccional -a cargo de una Corte o Tribunal integrado por jueces independientes-**, lo que no existe a nivel universal y que no se presenta tampoco en el sistema regional africano".¹

Si bien la Convención originalmente contenía un amplio número de derechos protegidos, éstos han aumentado por medio de protocolos adicionales a la misma. Actualmente, entre otros, la Convención incluye los siguientes derechos: derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad personal, al debido proceso, a la propiedad, libertad de pensamiento, libertad religiosa, libertad de reunión y de asociación, derecho a contraer matrimonio, derecho de propiedad, derechos de los sujetos a un procedimiento penal, prohibición del trabajo forzoso y derecho a la educación.

Tal y como seguramente debe ser, en la Convención se establece la obligación de

los estados de reconocer estos derechos a toda persona dependiente de su jurisdicción, lo cual significa que no puede hacerse distinción entre los nacionales y los extranjeros que se encuentren el territorio estatal. Sin embargo, como en otros tratados en la materia, se permite que los estados señalen límites a la actividad política de los extranjeros, en el artículo 16 de la Convención.

En su artículo 15 la Convención señala aquellos derechos que son inderogables: derecho a la vida, prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud, prohibición de ser juzgado por actos que en el momento de realizarse no constituyan un delito. El resto de los derechos pueden suspenderse en caso de guerra o de otra emergencia o peligro público que amenace la vida de la nación. En esencia lo que se establece en este rubro tiene el mismo contenido que la Convención Americana de Derechos Humanos y con las mismas condiciones: en situaciones excepcionales para el Estado se suspenden ciertos derechos por cierto período, de manera general y se preservan ciertos derechos que se consideran de especial protección y por ello inderogables.

La Comisión y la Corte europeas de derechos humanos

Hasta hace poco tiempo existían dos órganos, emanados de la Convención, para aplicar las disposiciones de la misma: la

Comisión y la Corte. Esta situación ha cambiado por la entrada en vigor del Protocolo II que modifica a la Convención en el aspecto institucional y procedimental. El Protocolo II fue adoptado el 12 de mayo de 1994 y se aplica a partir del 1 de noviembre de 1998, fecha en que empezó a funcionar la nueva Corte Europea de Derechos Humanos con carácter permanente; igualmente dejó de existir la Comisión Europea de Derechos Humanos. Una ventaja más del Protocolo es que reconoce el acceso directo de los individuos ante la nueva Corte.

Estas modificaciones responden a un proceso evolutivo gradual que tiene como objetivo la protección más adecuada de los derechos humanos y que constituye uno de los grandes anhelos de los estudiosos de los derechos humanos, Gros Espiell dice de la siguiente forma: "a mi juicio, la protección internacional de los derechos humanos, sea a nivel universal o regional, es incompleta y no puede ser plenamente eficaz, si no culmina, o no puede llegar a culminar, con la protección a cargo de una Corte o Tribunal que aplique con independencia, sólo en función del derecho y del objetivo de justicia, las normas y los principios jurídicos pertinentes. La protección internacional basada en la acción de órganos políticos, en el funcionamiento de cuerpos integrados por expertos, pero que no posee carácter jurisdiccional, o en novedosas figuras, como puede ser la de un Alto Comisionado de los Derechos Humanos, es útil e

importante... Pero jamás esas fórmulas de tipo político o semipolítico constituirán un régimen plenamente eficaz...”⁷ En la crítica de este internacionalista, profundo conocedor de la materia, se nota una relación directa entre instancias judiciales y protección adecuada de los derechos humanos; pero, al respecto cabe recordar lo que anotamos en la primera parte de éste artículo, la protección internacional de los derechos humanos implica reconocer límites en la actuación de los estados con base en el reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional del individuo, lo cual ha sido un proceso bastante **complicado. Obviamente la creación de tribunales internacionales que establezcan la responsabilidad de los estados en la violación de los derechos humanos ha sido todavía más difícil.** Las comisiones (la Interamericana y la Europea, por ejemplo) y **los comités funcionan con base en el principio de cooperación y emiten solamente recomendaciones para los estados, por ello sus consecuencias son principalmente políticas, lo cual no siempre garantiza la seguridad jurídica ni la reparación del daño.** Por definición, las sentencias de los tribunales en cualquier **materia, tienen fuerza vinculatoria y su aplicación o cumplimiento no depende de la decisión de los estados.** Igualmente, el procedimiento de un tribunal es rígido y se encuentra claramente establecido, yendo más allá de la mera cooperación de los sujetos involucrados.

Al parecer el Protocolo 11, al suprimir a la Comisión Europea, pretende dotar al

sistema europeo de una mayor agilidad en la solución de las controversias. En la Comisión Europea,⁸ al igual que en la Interamericana, el trámite de los asuntos ha sido lento y por ello muchas veces **tortuoso e ineficaz y se emite una decisión** que no siempre se cumple en espera de lo que hasta ahora es una especie de segunda instancia de conocimiento ante la Corte. La experiencia en la Comisión Interamericana, **en general, es que los estados** al ser señalados como responsables no cumplen la recomendación de la Comisión esperando a la intervención de la Corte, cuya sentencia la mayoría ha cumplido. **La supresión de la Comisión Europea es** una avance resultado de otros elementos, algunos los mencionamos líneas arriba; tal posibilidad se limita en el caso del sistema interamericano, donde la protección de los derechos humanos se enfrenta a deficiencias en el grado de organización de los estados y en la institucionalización del derecho Internacional. La Comisión Europea tenía facultades para conocer de las supuestas violaciones a la Convención cometidas por un Estado siempre y cuando la denuncia la formulara otro Estado; para poder recibir denuncias de particulares era necesario que el Estado involucrado hubiera reconocido la competencia de la Comisión, lo cual limitaba las posibilidades de defensa de los individuos. La función primera de la Comisión era promover entre las partes un arreglo amistoso, si esto se lograba la Comisión presentaba un informe al Comité de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa para su publicación. exponiendo los

hechos y la solución alcanzada. Cuando no se podía llegar al arreglo amistoso la Comisión, presentaba un informe señalando si los hechos constituían o no una violación a la Convención. El siguiente paso era que la denuncia se trasladara a la Corte, dentro de los tres meses siguientes; la otra posibilidad era que el Comité de Ministros decidiera si existía violación a la Convención, en cuyo caso fijaba un plazo en el cual el Estado debía cumplir las medidas que este órgano emitiera.

Igual que sucede en el sistema interamericano, antes de la entrada en vigor del Protocolo 11 los únicos que podían llevar el asunto a la Corte eran la Comisión y los estados, siempre y cuando los éstos hubiesen aceptado la competencia de la Corte.

La actual Corte Europea de Derechos Humanos está compuesta por 41 jueces, igual que el tribunal que lo precedió. También se mantuvo la competencia en los mismos términos, en tanto que se requiere de un reconocimiento expreso por parte de los estados para que la Corte conozca de asuntos contra ellos, independientemente de quien formula la denuncia.

Los puntos más importantes de las modificaciones que introdujo el Protocolo II son:

- a) Ahora la nueva Corte cubrirá sola todo el procedimiento, ya que se suprime la etapa en la que actuaba la Comisión.
- b) La Corte conocerá de los asuntos

directamente, ya sin la intervención de la Comisión ni del Comité de Ministros que antes remitían el caso a la Corte. Solamente está previsto un procedimiento de admisión que aplicará un Comité de tres jueces para las denuncias de particulares. El Comité de Ministros seguirá teniendo facultades en la ejecución de la sentencia, lo cual no afecta la función judicial de la Corte, por el contrario se mantiene una vía para obligar al Estado a cumplir.

e) El Pleno de la Corte integrado por 17 jueces se divide en dos grupos, que se alternan cada nueve meses.

d) El trabajo se repartirá en secciones o salas ordinarias.

e) El procedimiento es de carácter público, al igual que sus audiencias y la documentación legal es accesible al público.

f) Existe la posibilidad de apelación ante el Pleno con relación a los asuntos fallados por las salas, petición de las partes en el caso.

g) Además de la competencia contenciosa, la Corte mantiene su competencia consultiva que sólo puede ser solicitada por el Comité de Ministros y debe referirse a cuestiones jurídicas referentes a la interpretación de la Convención y sus protocolos.

Los derechos humanos en la Unión Europea

Estrictamente y de manera un tanto extraña, la protección de los derechos humanos en Europa se ha dado fuera del marco de la integración. La Convención

Europea, de la cual hemos venido hablando, fue elaborada y se aplica con la intervención de los órganos del Consejo de Europa. Pero, en una interpretación más amplia, tal vez esto no sea completamente así, ya que para ser miembros de la Unión Europea los estados antes deben ser admitidos en el Consejo de Europa y además debe estar eliminada de su legislación la pena de muerte. Esto nos demuestra que las decisiones adoptadas en el Consejo de Europa y en la Unión Europea están muy relacionadas y tienden a objetivos comunes aunque por lo pronto no tengan en esta materia una legislación aplicable a todos los miembros de la Unión de manera automática. Entre las diferencias que provoca esta situación encontramos que la Unión "puede tomar decisiones relacionadas con derechos humanos mediante directivas de la Unión, pero en caso de violación a esa directiva, el demandante debe acceder a la Corte de la Unión Europea".

En la Unión Europea no se cuenta con un órgano específico en materia de derechos humanos y la tendencia es en el sentido de incorporar la Convención Europea de Derechos Humanos a la legislación comunitaria al igual que otros tratados al respecto, tal como se demuestra en el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de

subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las cartas sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos",

Finalmente, dentro o fuera del proceso de integración, la región donde están mejor protegidos los derechos de la población es Europa y las normas internacionales que se aplican ahí son las más avanzadas en su contenido en general, pero especialmente en las facultades que conceden al tribunal en la materia.

Notas:

1 Tal como se infiere de las sentencias emitidas por la Corte en los dos primeros casos que resolvió, para mayor información puede consultarse Núñez Palacios, S. *La actuación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994.

2 "Preámbulo de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

3 De Schoutbeete, Pbilippe. *Una Europa para todos*. Alianza Editorial, Madrid, 1998, p.34

4 *Idem.*, p.36.

5 Remiro Brotons, A., et al., *Derecho Internacional*, Me Graw Hill. Madrid. 1997, p. 1038.

6 Gros Espiell, H. *Derechos Humanos y Vida Internacional*, UNAM. México, 1995. pp. 236-237.

7 *Op. cu.* p. 234

8 Según López-Bassols, el trámite ante la Comisión y la Corte tomaba un tiempo promedio de 3 a 5 años. López-Bassols, H., *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Ed. Porrúa, México, 2001.

9 López-Bassols. *op. cit.*, p.203

La corte penal internacional

Juan Manuel Portilla Gomcz

I. Introducción

Dentro del sumario de los procesos de Nuremberg contra los principales criminales de guerra, por primera vez los crímenes de barbarie y vandalismo fueron calificados en un instrumento internacional como:

Genocidio deliberado y metódico, es decir, el exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos territorios ocupados, con el fin de aniquilar determinadas razas y partes de naciones y pueblos, grupos raciales y religiosos, en particular judíos, polacos, **gitanos, entre otros.** 1

En 1948, la Asamblea General aprobó la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio.¹ En su texto se indica que el genocidio es un delito internacional que las partes se comprometen a prevenir y sancionar (artículo 1). Dicha definición se refiere a cualquiera de los actos, mencionados a continuación, per-

petrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso:

- a) Matanza de miembros del grupo, y,
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo
- c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, y
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo (artículo 2)

Asimismo, se señala que serán castigadas las personas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares que participen **en la comisión, asociación, instigación** directa y públicamente, o en la tentativa y la complicidad en el genocidio (artículos 3 y 4j. Dentro de ese mismo orden de ideas, los Estados se comprometen a adoptar las

medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de la Convención (artículo 5). Las personas acusadas serán juzgadas por un tribunal competente del Estado donde se cometieron los actos o ante la corte penal internacional' que sea competente.

L'article 6 de la Convention sur le génocide a bien prévu, à côté de la compétence des tribunaux de l'État sur le territoire duquel ce crime a été commis, la compétence de la "cour criminelle internationale". Mais cette deuxième solution est symbolique; cette cour reste à créer et sa juridiction sera purement facultative. De même, la Convention de 1973 sur l'apartheid, n'exclut pas la éventuelle intervention d'un tribunal international pénal, dans des conditions mal définies (article V).⁴

En este sentido, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que estudiase la posibilidad de crear un tribunal penal internacional para juzgar el genocidio y otros delitos contra la humanidad. s

2. La Corte Penal Internacional

2.1 El camino hacia la CPI

La respuesta de la Comisión de Derecho Internacional se tradujo en la creación de un Comité que, en 1951, presentó un proyecto de Estatuto. Un año más tarde, se revisó la propuesta y se sometió dicho documento a la Asamblea General. Sin

embargo, la falta de acuerdo sobre el delito de agresión propició que dicho órgano decidiese posponer el análisis del informe presentado.

Durante el periodo de la guerra fría, este problema, como muchos otros, tuvo que aguardar mejores tiempos. Por ello en 1991 al término de ésta, se dieron las condiciones para retomar la cuestión y dentro del marco de un proyecto sobre código de crímenes en contra de la paz y la seguridad de la humanidad, a petición de la Asamblea General, la Comisión de Derecho Internacional continuó con su estudio sobre una jurisdicción penal internacional y tres años después presentó un proyecto de Estatuto de la Corte, recomendando convocar a una conferencia de plenipotenciarios para que examinara el proyecto y concertara una convención sobre el establecimiento de dicha corte.'

A la luz de los escenarios de la pos guerra fría, diversas organizaciones, sobre todo la Cruz Roja Internacional, presionaron fuertemente para la creación de un órgano jurisdiccional permanente para juzgar a los responsables de crímenes internacionales. Asimismo, las objeciones a los tribunales para Yugoslavia y Rwanda en términos de su condición de tribunales especiales establecidos por criterios políticos y por órganos restringidos, hicieron aún más patente la necesidad de redoblar los esfuerzos en pro del establecimiento de una corte penal internacional. De este modo, la Asamblea General aceleró sus

trabajos y creó, en 1994, un comité especial encargado del analizar el proyecto de Estatuto.

No obstante las diferencias sobre algunos aspectos sustantivos, en 1995 la Asamblea General creó un Comité Preparatorio para proceder a la celebración de una conferencia diplomática. Por su resolución 51/207 del 17 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió celebrar una conferencia de plenipotenciarios en 1998, con objeto de establecer una corte penal internacional, a fin de enjuiciar a individuos acusados de crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra.

Así, finalmente y habiendo aceptado el ofrecimiento del gobierno italiano para que Roma fuese la sede, se resolvió celebrar la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional del 15 de junio al 17 de julio de 1998⁷

2,2 La Conferencia de Roma

En la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios participaron delegaciones de 160 Estados, 17 organizaciones intergubernamentales, 14 agencias especializadas, fondos de las Naciones Unidas y 124 organizaciones no gubernamentales.'

El debate de la conferencia se centró en dirimir las discrepancias sobre cuestiones sustantivas ya que si bien había consenso sobre la jurisdicción de la corte respecto

a delitos que conciernen a la sociedad internacional como un todo como el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, había desacuerdo sobre incluir o no el crimen de agresión."

Asimismo, otras delegaciones propusieron que se incluyeran otros crímenes como ataques contra la ONU y su personal, actos de terrorismo internacional y tráfico de drogas, así como aquellos que se cometan basados en diferencias de sexo y los que vulneran gravemente los derechos de los niños.

Muchas delegaciones se pronunciaron a favor de que el fiscal pueda investigar los casos y presentar acusaciones por propia iniciativa y sin precisar del previo consentimiento de los Estados. También propusieron que pudiera iniciar investigaciones, independientemente de que lo proponga el Consejo de Seguridad. Consideraban necesaria una colaboración estrecha entre ambos órganos, pero reforzando la independencia de la Fiscalía y limitando la influencia excesiva del Consejo de Seguridad.'?

Respecto a la jurisdicción universal, la delegación de Estados Unidos señaló que rechaza todo tipo de jurisdicción universal, estando dispuesto a aceptar la jurisdicción automática para los casos de genocidio pero, no para los crímenes de guerra y de lesa humanidad. En particular, manifestó su preocupación de que el Estatuto pueda ser utilizado por países con los que man-

tiene enfrentamientos, lo que conllevaría la posibilidad de que los soldados estadounidenses fueran procesados por delitos cometidos durante misiones oficiales en otras naciones.

En relación con la participación de la Corte en materia de cuestiones vinculadas a la paz y seguridad internacionales, se debatió si ésta debería quedar subordinada al Consejo de Seguridad o bien debía otorgársele independencia al respecto."

Otro tema discutido fue el relativo a la complementariedad entre la Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales. Hubo acuerdo que la CPI no estaría por encima de las cortes nacionales, sino que complementaría su función. Se consideró que una Corte Criminal Internacional es necesaria cuando las instituciones nacionales no pueden actuar como órgano de enjuiciamiento debido a conflictos internos, o situaciones en las que no quieran actuar como en el caso en que el Estado no quiera enjuiciar a sus nacionales, o cuando sus agentes estén implicados en presuntos crímenes.

No obstante, algunas delegaciones consideraron que la Corte debe juzgar por su propia competencia en cuestiones de admisibilidad relativas a la incapacidad o la falta de voluntad de los sistemas nacionales para actuar en un caso que entre en el ámbito de jurisdicción de la Corte, mientras que otras consideraron que deben existir reglas que permitan determinar con antelación cual debe ser la instancia de

enjuiciamiento.

Al término de cinco semanas de debate, los países participantes aprobaron el Estatuto por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones (México, entre éstos). El Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite ante el Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el Estatuto, o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.¹²

2.2.1 México en la Conferencia de Roma

Desde su participación en el Comité Preparatorio, México aunque en principio apoyaba la creación de la CPI, tenía una serie de reservas, mismas que volvieron a plantearse en el seno de las negociaciones. La delegación de México, encabezada por el embajador Sergio González Gálvez, se condujo por seis criterios básicos que guiaron la participación de México, a saber:¹³

1. Es obvio que la presencia de México y su activa participación confor-

man su apoyo a la creación de la Corte, convencido de las ventajas que ofrece una Corte Permanente sobre cortes *ad hoc* creadas con un fin específico por un órgano político como es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

2. Trataremos de que el Tribunal mantenga su independencia y de que los Estados aquí representados no cometan el error de vincular esta Corte con la ONU en la forma como se hizo al negociar en la Carta de las Naciones Unidas la incorporación de la Corte Internacional de Justicia como uno de los órganos principales de la ONU.

3. México, trabajará asimismo para garantizar la absoluta imparcialidad y certeza jurídica en las actuaciones de la Corte y procuraremos la inclusión en el Estatuto de las garantías indispensables para asegurar un debido proceso, incluyendo las que se detallan en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

4. Quizás uno de los problemas fundamentales de cuya solución dependerá el éxito o fracaso de estas negociaciones es la forma como se exprese finalmente el llamado principio de complementariedad, que si bien no puede basarse en el consentimiento de los Estados, si debe establecer claramente los casos de excepción a la jurisdicción nacional y las salvaguardias que aseguren que no se cometan abusos que puedan afectar la soberanía de los Estados mediante la aplicación

de criterios subjetivos cuyo alcance es ambiguo. Lo anterior tiene como objetivo asegurar una clara definición de los casos en los cuales puede actuar la Corte mediante la incorporación de **una redacción que transmita el mensaje** de que la Corte no será creada para sustituir los sistemas judiciales nacionales, sino para complementarlos al fijar normas para castigar conforme a derecho los delitos internacionales que se decida incluir en el Estatuto.

5. Por otra parte, mi país considera que en esta primera etapa debemos **limitarnos a reconocer la jurisdicción** de la Corte sobre tres crímenes a saber: genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra que en nuestra opinión debe ampliarse para incluir los **crímenes contra las mujeres y contra los menores** en particular los que conllevan violencia sexual. El delito de agresión, como crimen que finque responsabilidad a individuos, sólo sería aceptable para México si se desvincula de la idea de que el Consejo de Seguridad sea el único que necesariamente determine cuando haya una agresión. Una propuesta hecha durante el debate y que México ve con interés es la que señala que en toda actuación del Consejo de Seguridad respecto a la Corte quede prohibido el ejercicio del derecho de veto.

6. La Corte, por último deberá ejercer competencia exclusivamente sobre individuos y no sobre Estados y deberá financiarse en forma independiente del

presupuesto oficial de la ONU de-
jándolo a cargo de los Estados partes
de este Estatuto.

Adicionalmente a estos puntos de vista,
en el curso de las negociaciones México
insistió en la necesidad de definir expresiones como "**persecución**", "**desaparición forzada**" y "actos inhumanos". Además, consideró que los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, y no está de acuerdo en que se les vincule necesariamente a un conflicto armado.

Asimismo, aunque estuvo de acuerdo en que deberían incluirse los crímenes de guerra, estimó que era necesario elaborar definiciones claras basadas en el derecho internacional existente." En este sentido se abogó porque se guarde la mayor analogía posible con el lenguaje de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional!

Respecto al delito de agresión, señaló que la competencia de la Corte debería incluir cualquier ataque armado realizado en violación de la Carta de las Naciones Unidas.

Por último, y en congruencia con nuestra política de desarme, México condenó el que las armas de destrucción masiva, especialmente las nucleares, no estén consideradas como crimen de guerra. En apoyo a su posición, se citó que existe ya una norma confirmada como Derecho Inter-

nacional por la costumbre y reconocida por la Resolución 1653 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que declara ilegales esas armas.¹⁵

2.3 El Estatuto de Roma

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998, está conformado por un preámbulo, trece partes y 128 artículos.

2.3.1 Competeucia de la CPI

La CPI se ocupará de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Así, sólo son de su competencia los crímenes especificados, a saber: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

2.3.1.1 Genocidio

Se adoptó el mismo concepto previsto en la Convención sobre Genocidio de 1948.¹⁶

2.3.1.2 Crímenes contra la humanidad

Los crímenes de lesa humanidad se pueden cometer en tiempos de paz o de conflicto armado, sea éste internacional o no, por actores estatales o no estatales, y comprenden una serie de actos prohibidos cuando forman parte de un ataque sistemático o amplio dirigido contra cualquier población civil, a saber:

Asesinato, exterminio, esclavitud, de-

portación o traslado forzoso; encarcelación u otra privación grave de la libertad; tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia; desaparición forzada de personas; el crimen del *apartheid*; y otros actos inhumanos **de carácter similar que causen intencionalmente** grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2.3.1.3 Crímenes de guerra

Los crímenes de guerra son los actos contra las personas o la propiedad que generan serias violaciones') a los Convenios de Ginebra de 1949, así como serias violaciones al Derecho y a las costumbres aplicables a los conflictos armados internacionales, internacionales e internos. Siguiendo a Velásquez, podemos agrupar dichos **crímenes en las siguientes categorías:**¹⁸ trato de personas, trato de plazas y bienes, fiscalización para el ataque de plazas y bienes, y métodos y medios de guerra.

Quedan fuera del ámbito de estas disposiciones los disturbios y tensiones internas como motines, actos aislados y esporádicos de violencia, así como las acciones de los gobiernos para restablecer el orden público y defender la unidad e integridad territoriales de los Estados por cualquier medio lícito.

A pesar del apoyo de un numeroso grupo de Estados y de organizaciones no gubernamentales, el delito de agresión no alcanzó a definirse satisfactoriamente para todos. Por ello, el Estatuto establece que la Corte no puede ejercer jurisdicción sobre el crimen de agresión hasta en tanto se llegue a un acuerdo en una Conferencia de Revisión por los Estados partes.

2.3.2 Jurisdicción

La Corte juzgará exclusivamente personas físicas y su jurisdicción no tendrá efectos retroactivos. Sólo puede aplicarse a crímenes cometidos con posterioridad de la entrada en vigor del Estatuto y del establecimiento de la Corte.

De conformidad con el Estatuto, la Corte puede ejercer su jurisdicción si:

- El Estado en el que se cometió el crimen es parte;
- El Estado en el que se cometió el crimen no es Parte pero aceptó la jurisdicción sobre el crimen;
- El crimen se cometió a bordo de una embarcación o aeronave, y el Estado donde se registró el vehículo es miembro o aceptó la jurisdicción;
- El individuo acusado de cometer el crimen es nacional de un Estado parte o que aceptó la jurisdicción.

2.3.3 Admisibilidad

La Corte actuará en los siguientes supuestos:

Al determinar la incapacidad de un Estado para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, como consecuencia del colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia, y

Cuando con el propósito de sustraer al presunto responsable de la acción de la Corte, se retarde el juicio o se actúe con parcialidad.

A *contrario sensu*, la Corte se abstendrá de conocer un asunto cuando:

- Ya sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él;
- Cuando éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- Cuando la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia (respetando el principio de cosa juzgada);¹⁹ y
- El asunto no sea de la gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2.4 Principios generales

2.4.1 Principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

- La definición de crímenes será interpretada de "manera estricta, suprimiéndose por completo la aplicación

de la analogía; en caso de ambigüedad será interpretada a favor de la persona investigada, enjuiciada o condenada.

- La Corte no podrá considerar a nadie responsable por conductas que al momento de cometerlas no constituyan crímenes de su competencia.

2.4.2 *Irretroactividad ratione personae*

- El estatuto no se aplica a conductas anteriores a su entrada en vigor.
- En la eventualidad de un cambio en la ley antes de entrar en la fase final de una causa, se aplicará la ley más favorable a la persona investigada, enjuiciada o condenada.

2.4.3 Imprescriptibilidad

- Los crímenes previstos por el Estatuto no prescriben.
- Se reafirmó este principio establecido anteriormente por la Convención sobre la No prescripción de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad."

2.4.4 Responsabilidad penal de los individuos

La Corte perseguirá a las personas físicas dentro de su jurisdicción cuando:

Cometan un crimen que sea competencia de la Corte, sea de forma individual, junto con otro u otros, a través de un tercero, sin importar que

dicho tercero sea responsable o no penalmente;

- Dicha persona física ordene solicite o induzca la comisión del delito, sea en grado de tentativa o comisión;
- Aquella persona que ayude o facilite la comisión o la tentativa de comisión del delito;
- La persona que actúe como superior, sea militar o no, será responsable de los crímenes cometidos por sus subordinados, a menos que se demuestre que no pudo haberlo evitado sobre una base razonable, tomando en cuenta las circunstancias del hecho; y
- El hecho de que un crimen competencia de la Corte y dentro de su jurisdicción, haya sido cometido por una persona en virtud de una orden de un gobierno o un superior, sea civil o militar, no lo eximirá de responsabilidad, a menos que: estuviese bajo una obligación legal de obedecer, no tuviese conocimiento de que dicha orden era ilegal, y la orden no fuese **manifiestamente ilícita.**"

2.4.5 Principio de igualdad

- El Estatuto de la Corte aplicará de manera uniforme sobre cualquier persona dentro de su jurisdicción, sin hacer distinción de cargos o rangos oficiales, como en el caso de jefes de Estado o de gobierno.
- Dichos representantes de los gobiernos de los Estados y demás **funcionarios, no estarán exentos de responsabilidad penal**, no se les será

reconocida su inmunidad, ni recibirán **reducción en sus sentencias.**

2.5 Sede y condición jurídica

- La sede de la Corte estará en La Haya," Países Bajos, aunque cuando se considere conveniente podrá realizar sesiones en otro lugar. Estos casos pueden darse cuando por razones de seguridad se decida no trasladar el reo a La Haya, o bien, los sitios destinados para la detención de los criminales se encuentren saturados.
- La CPI tendrá personalidad jurídica internacional" y, por ende, la capacidad jurídica que se requiera para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos en el territorio de cualquier Estado Parte, **inclusive, previo acuerdo especial**, en el territorio de cualquier otro Estado.
- Los idiomas oficiales de la Corte son árabe, chino, español, francés, inglés y ruso." Los fallos y las decisiones que resuelvan cuestiones fundamentales serán publicadas en cada uno de esos idiomas. Los idiomas de trabajo son francés e inglés." Sin embargo, a petición de las partes o de los Estados que intervengan en un procedimiento, la Corte, cuando esté justificado, autorizará el uso de otro idioma oficial.

2.6 Órganos

La Corte estará compuesta por 18 magis-

trados, elegidos por un mandato de 9 años, sin reelección." Cualquier Estado Parte podrá proponer candidatos a las elecciones para magistrado de la Corte.

Para el desempeño de sus funciones, la CPI estará conformada por una Presidencia, una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares, una Fiscalía y una Secretaría.

- La Presidencia estará integrada por el Presidente, el Vicepresidente primero y el Vicepresidente segundo, elegidos por mayoría absoluta de los magistrados y estará encargada de la correcta administración de la Corte, con excepción de la Fiscalía y de las funciones que le confieren el Estatuto.
- La Sección de Apelaciones estará compuesta por el Presidente y otros cuatro magistrados, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Cuestiones Preliminares, de no menos de 6 magistrados cada una. Estas dos últimas secciones realizarán las funciones judiciales.
- La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Corte no solicitarán ni cumplirán funciones ajenas a la Corte. El Fiscal será elegido en votación secreta y por mayoría absoluta

de los miembros de la Asamblea de los Estados parte.

- La Secretaría estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios. Será dirigida por el Secretario, quien será el principal funcionario administrativo de la Corte. El Secretario ejercerá sus funciones bajo la autoridad del Presidente. Los magistrados elegirán al Secretario en votación secreta por mayoría absoluta.

2.7 El Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad en ejercicio de sus deberes, de conformidad con la Carta de la ONU, estará facultado para referir casos a la Corte y podrá diferirlos por periodos renovables de 12 meses. Ningún miembro del Consejo podrá vetar individualmente el accionar de la Corte debido a que el aplazamiento deberá ser solicitado por la mayoría absoluta del Consejo de Seguridad, incluyendo a todos los miembros permanentes.

2.8 La Asamblea de los Estados Partes

Cada Estado Parte tendrá un representante en dicho órgano y otros Estados signatarios del Estatuto podrán participar en la Asamblea a título de observadores. Compete a la Asamblea examinar, aprobar y decidir, según proceda:

- Las recomendaciones de la Comisión Preparatoria
- El presupuesto de la Corte

- Ejercer la supervisión respecto de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte
- Los informes y las actividades de la Mesa
- La modificación del número de magistrados

2.9 Penas

La Corte podrá imponer a los culpables de crímenes de su competencia una de las penas siguientes:

- La reclusión por una determinada cantidad de años que no exceda de 30
- La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad de crimen y las circunstancias personales del condenado.
- Además de la reclusión, podrá imponer una multa o el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen. Asimismo, por decisión de la Asamblea de Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas y sus familiares, pudiendo transferirse los montos de las multas y bienes a dicho fondo.

2.10 México y la Corte Penal Internacional

La abstención de la delegación mexicana en la aprobación del Estatuto de la CPI, el 17 de septiembre de la Conferencia de Roma,

produjo una fuerte reacción por parte de organizaciones no gubernamentales y el sector académico de nuestro país." Estos grupos han organizado foros de difusión y promoción de la CPI al mismo tiempo que han solicitado a la cancillería la firma y ratificación de México del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Hacia finales de la administración pasada, el 17 de septiembre del 2001²⁸, México decidió suscribir el Estatuto de Roma. Para ello se combinaron una serie de factores como las acciones de grupos de la sociedad civil así como la flexibilización de ciertos núcleos duros dentro, y fuera, de la cancillería.

Si bien la firma por parte de México del Estatuto de la CPI significa un paso importante, es indispensable, dado que se trata de un tratado *ad referendum*, la ratificación del mismo a fin de que pueda llegar a ser parte de la Corte. Ahora, el gobierno actual se encuentra inmerso en un proceso de estudio y consultas respecto a la conveniencia de ratificar el Estatuto de Roma." Para seguir adelante, serán necesarias una serie de reformas constitucionales y de leyes secundarias, a fin de estar en condiciones de enviar el Estatuto al Senado para su aprobación, y en consecuencia, proceder a su ratificación.

Cabe señalar que el camino no es nada fácil, pues de no efectuarse las adecuaciones a la Constitución, ésta quedaría subordinada al Estatuto de la CPI, 11

Asimismo, de permanecer la legislación penal sin cambios, se produciría una incompatibilidad entre ésta y el referido Estatuto."

Los que se oponen a aceptar el Estatuto insisten en una serie de incompatibilidades entre éste y la Constitución, mismas que se reproducen en el siguiente cuadro:

| ESTATUTO | CONSTITUCION |
|--|---|
| Artículo 5.- Crímenes competencia de la Corte | El delito de genocidio ya se encuentra previsto en el código penal federal. la injerencia de la CPI se contrapone con el principio de no intervención, Artículo 89 X. |
| Genocidio y crímenes de lesa humanidad y de guerra. | |
| Artículo 17.- Admisibilidad | |
| La ePI puede de modo unilateral fijar su competencia, sin considerar los criterios y decisiones de los órganos judiciales de algún Estado. | Contraviene los principios de no intervención y autodeterminación, Artículo 89 X. |
| Artículo 20.- Cosa juzgada | |
| Cuando el juicio obedezca por sustraer al acusado de su responsabilidad o no se hubiera instruido en forma imparcial o independiente. | Se opone al Artículo 23 que establece que ningún juicio criminal tendrá más de tres instancias y que- nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. |
| Artículo 21.- Derecho aplicable | |
| En primer lugar se aplicará el Estatuto. luego los tratados y por último el derecho interno de los estados. | Se contrapone al artículo 133 que señala que la Constitución está por encima de los tratados. |
| Artículo 27.- Improcedencia del cargo oficial | |
| El cargo oficial de una persona no lo eximirá de responsabilidad penal. | Contraviene lo dispuesto en los Artículos del 108 al 111, debido a que se desecha la inmunidad conferida a los funcionarios públicos. |
| Artículo 29.- Imprescriptibilidad de los delitos | |
| Los delitos no prescribirán bajo ninguna circunstancia. | Es opuesto a las normas penales mexicanas y a los principios en que se sustentan ya que la prescripción pone límites a la acción persecutoria del Estado. |
| Artículo 54.- Funciones del fiscal | |
| La persecución e investigación de los delitos en territorio nacional se efectuará por un autoridad distinta al MP. | Ignora los principios de seguridad jurídica de los gobernados, previstos en los Artículos 16 y 21 ya que el MP es el único facultado para realizar investigaciones. |
| Artículo 6t.- Confirmación de los cargos antes del juicio | |
| Contempla la entrega de personas a la Corte. | Contraviene los artículos 15 y 18 porque esta figura no se encuentra prevista. |
| | Se violenta el Artículo 20. fracciones IV y |

| | |
|--|---|
| <p>A solicitud del fiscal, podrá celebrarse para confirmar cargos en ausencia del acusado.</p> | <p>X ya que todo acusado tiene derecho a ser careado con los que lo acusan y ser escuchado en su defensa.</p> |
| <p>Artículo 67.- Derechos del acusado.</p> | <p>Es compatible con los Artículos 14 al 23 mismos que garantizan los derechos del acusado.</p> |
| <p>Artículo 77.- Penas aplicables</p> | |
| <p>Reclusión a cadena perpetua</p> | |
| <p>Artículos 89-91.- Entrega de personas a la Corte</p> | <p>Se contraponen al Artículo 13 que establece que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.</p> |
| | |
| | <p>Se viola el Artículo 14 al no estar prevista.</p> |
| | <p>No es coincidente con el Artículo 119 fracción III ya que se refiere a la extradición y está sujeta a un proceso</p> |
| | |

Del análisis de las anteriores consideraciones podemos afirmar que los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención no se vulneran si México en su calidad de sujeto de derecho internacional, precisamente en ejercicio de los mismos, decide adquirir obligaciones pactadas mediante un tratado internacional en iguales condiciones" que los demás Estados parte. Por cuanto a las incompatibilidades, éstas podrían resolverse con una fórmula similar a la adoptada por Francia que sólo introdujo un nuevo artículo a su Constitución que faculta la aplicación del Estatuto de Roma. Es en este sentido la propuesta de la Secretaría de Relaciones Exteriores anunciada por su consultor jurídico, embajador Juan Manuel Gómez Robledo" y que será presentada por el ejecutivo federal al Congreso, correspondiéndole al Senado ser la Cámara de origen.

Dicho proyecto consiste en adicionar el artículo 21 constitucional de modo que se reconozca la jurisdicción de los tribunales internacionales de los que México sea parte de conformidad con los términos y condiciones establecidos en los tratados. Asimismo, se señala que las disposiciones de la Constitución no impedirán el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias. Además, éstas gozarán de fuerza obligatoria para las autoridades judiciales y administrativas del fuero federal, local y militar.

Por cuanto a la legislación secundaria, los códigos penales tendrán que ajustarse, una vez realizada la reforma constitucional, de modo que estén en sintonía con las disposiciones del Estatuto de la C[onstitución].

Se estima que el Estatuto de Roma entre en vigor en el transcurso del primer semestre del 2002³⁴ y por ello se bu-ca

por parte de la cancillería que en breve se decida su ratificación por México de modo tal que al estar entre los primeros 60, nuestro país pueda participar en la toma de decisiones, previa a su entrada en vigor, como la designación de magistrados.

Por otra parte dentro de la cancillería, el propio embajador González Gálvez (quien presidió la delegación mexicana en Roma)" se muestra escéptico respecto de la conveniencia del ingreso a la CPI y sugiere que sería conveniente esperar a su entrada en vigor y tras la definición de algunas cuestiones pendientes, decidir o no la ratificación del Estatuto de Roma."

2.11 Estados Unidos y la Corte Penal Internacional

Estados Unidos se ubicó entre los siete países que votaron en contra del Estatuto de Roma" y, sorprendentemente, el 31 de diciembre del 2000 lo suscribió. Sin embargo, hay que ser cautelosos al respecto ya que existe una fuerte oposición de distintos sectores oficiales estadounidenses. Aunque, la administración del Presidente Clinton había manifestado su apoyo a la creación de la CPI, sectores importantes del Congreso se oponen, preocupados porque la Corte pudiera convenirse en foro de persecuciones judiciales en contra de sus ciudadanos, especialmente contra su personal militar. Por ello, la delegación de Estados Unidos a la Conferencia de Roma señaló:

Soldiers deployed far from home need to do their jobs without ex-

posure to politicized proceedings. More generally, we are not here to create a Court that exists to sit in judgement on national systems, to second-guess each action if it disagrees. We are here to create a Court that focuses on recognized atrocities of significant magnitude, and thus enjoys near-universal support.

Entre los argumentos manejados por los opositores a la CPI, destaca el Partido Conservador que se expresa así:

Approval of the proposed U.N. International Criminal Court by the President and Senate would be in fundamental conflict with their constitutional oaths. The Constitution of the United States makes clear that all legislative powers shall be vested in a Congress of the United States. Powers which are vested cannot be transferred."

Por su parte, David Schaffer, ex embajador especial para cuestiones de crímenes de guerra del gobierno de los Estados Unidos de América, sin mostrarse contrario a la CPI, advirtió sobre la legislación que el Congreso de su país ha preparado para inhibir al Estatuto de Roma de la responsabilidad penal de las fuerzas norteamericanas en las operaciones de mantenimiento de la paz y prohíbe la cooperación con la CPI. De igual manera se contempla la liberación por Estados Unidos de sus nacionales (e incluso ciudadanos de países

aliados} detenidos por cargos ante la CPI."

Resulta interesante conocer el punto de vista de Henry Kissinger en relación a la Corte y a quienes la promueven:

Los defensores ideológicos de la jurisdicción universal también aportan mucho del ambiente intelectual para que surja la Corte Penal Internacional. Su propósito es penalizar cierto tipo de acciones militares y políticas y, con ello, dar a las relaciones internacionales una gestión más humana. En la medida que la CPI suplanta la aspiración de los jueces nacionales a una jurisdicción universal, se fortalece el Derecho Internacional. Y, con el tiempo, será posible negociar modificaciones al estatuto de la CPI para hacerlo más compatible con la práctica constitucional de Estados Unidos. Pero su forma actual de transferir la última instancia de los dilemas de la política internacional a juristas no electos -y a un poder judicial internacional, dado el caso- representa un cambio tan fundamental en el ejercicio constitucional estadounidense, que se hace imperativo un debate nacional completo y la participación de todo el Congreso."

Alertando sobre los peligros que correría Estados Unidos con la CPI, Kissinger cita la acción que apoyó Amnistía Internacional en 1999 de un grupo de profesores de Derecho canadienses y europeos, ante

Louise Arbour, entonces Fiscal del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la campaña de la ùTAN en Kosovo."

De lo anteriormente expuesto, es muy previsible que Estados Unidos no ratifique el Estatuto de Roma y más aún que apruebe la legislación antidoto que pretende paralizar la acción de la Corte en todo aquello que Estados Unidos estime pertinente.

2.12 Conclusiones

El fin de la guerra fría ha propiciado una visión internacional de mayores alcances para los Estados. Dentro de esa perspectiva se desarrollan instituciones que están redimensionando el orden jurídico internacional. Así, cuestiones sobre las que hace algunas décadas no se discutía su pertenencia al dominio reservado de los Estados, hoy se ven con toda naturalidad como asuntos de índole internacional. Rubros como derechos humanos, democracia y justicia penal, han rebasado su carácter estrictamente doméstico para integrarse a la asignatura del derecho internacional.

México no puede ausentarse de tales escenarios. Del mismo modo como nuestro país ha tomado posición dentro de una economía globalizada, ahora le corresponde incorporarse a una serie de instancias derivadas de la nueva realidad

internacional El desafío de la política exterior de México se presenta en términos de mantener un equilibrio entre sus compromisos internacionales y la respuesta a sus intereses nacionales sustentados en el marco de su actuación como Estado democrático.

La creación de un tribunal penal internacional con carácter permanente es el mayor logro para combatir la impunidad que ha privado hasta ahora en la comisión de los más horribles genocidios y crímenes contra la humanidad y de guerra. El contar con un órgano jurisdiccional de esta índole **no debe verse sólo como una acción punitiva**, que por sí misma se justifica, sino también como un recurso preventivo en tanto que la seguridad de las sanciones operará como un mecanismo inhibitor de las conductas criminales competencia de la CPI, destacándose así su carácter preventivo.

Apegándose al principio de complementariedad sobre las jurisdicciones nacionales, la Corte Penal Internacional no rivalizará con los poderes estatales y si, en cambio, reforzará los más altos valores de justicia universal. Sin embargo, la exclusión de ciertos delitos típicamente internacionales, como el narcotráfico y el terrorismo, deja abierta una avenida de impunidad dadas las dificultades que padecen los Estados para enfrentarlos.

El Estatuto de Roma vendría a sumarse a otros mecanismos internacionales de reciente aceptación por parte de México

como la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la inclusión de la cláusula democrática en su acuerdo con la Unión Europea. En este mismo sentido de activismo exterior es que debemos entender la consideración de participar en las operaciones de mantenimiento de la paz y la búsqueda actual por ocupar un asiento en el Consejo de Seguridad de la ONU.

Tal como ha afirmado el ya célebre juez de la Audiencia Nacional de España, Baltasar Garzón, la ratificación del Estatuto de la CPI es una necesidad jurídica, una obligación política y un imperativo ético." Por ello, México no puede quedarse a medio camino en su aceptación de tan importante órgano jurisdiccional. Hacerlo significaría estancarse en sus esfuerzos por ubicarse como un Estado moderno e implicaría un alejamiento de los procesos de decisión del orden mundial. Deben quedar en el pasado los enfoques fundamentalistas que, en su contexto histórico, se justificaron ampliamente pero que ya no corresponden a estos tiempos.

Del análisis de la propuesta de reforma constitucional, se infiere su viabilidad jurídica siendo los obstáculos a vencer de índole política derivados de la resistencia de ciertos sectores legislativos identificados con el antiguo régimen. De modo opuesto, aquellos empeñados en modernizar el sistema de justicia penal y de acabar con la corrupción e impunidad imperantes en México tendrán una magnífica oportunidad

de revisar a fondo la legislación penal y formular nuevas normas que reafirmen frente a los mexicanos al Estado como legítimo administrador de justicia.

Bibliografía

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. "Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal", Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 3, México, julio-diciembre del 2000, pp. 169-208

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO, Foro Internacional La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional, Toluca. Edo. de México, 10-11 de septiembre. 2001. (En prensa)

FLORES RIERA, Socorro, "La lucha contra el terrorismo y la Corte Penal Internacional: dos temas jurídicos en la agenda de la AGONU", Revista Mexicana de Política Exterior No. 53, México, febrero 1998.

GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio, "México y la Corte Penal Internacional", Revista Mexicana de Política Exterior No. 56, México, febrero 1999.

GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio, La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en el caso de conflictos y la injerencia con fines humanitarios (tres temas básicos del Derecho Internacional Humanitario, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2000.

KISSINGER, Henry. "Las trampas de la jurisdicción internacional", Foreign Affairs en Español, Otoño-Invierno, 2001

OSMAŃCZYK, Jan. Enciclopedia de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas. Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

QUOC DINH, NGUYEN et al, Droit International Publique, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, E.J.A., Paris. 1994

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos. "El Derecho Internacional Penal y la Corte Penal Internacional en el tercer milenio", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Estatuto de la Corte Penal Internacional

INTERNET:

hUp://www.onu.org/temas/derintcpi
 hUp://www.listas3.rep.net/peip/peimail/tee/cpi12000
 hUp://www.derechos.org/8-nizkor/impu/jpi
 hUp://www.conservativaveusa.orlunearnews.htm

Notas:

¹ Osmańczyk, Jan Enciclopedia de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 586.

² La convención entró en vigor el 12 de enero de 1951.

³ Esta es la primera vez que se alude a una corte penal internacional y por tanto es su antecedente más remoto.

⁴ Quoc Dinh, Nguyen et al, Droit International Publique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris. 1994, p. 635

⁵ Osmańczyk, op.cit. p. 586

⁶ Flores Riera, Socorro. "La lucha contra el terrorismo y la Corte Penal Internacional: dos temas jurídicos en la agenda de la AGONU", Revista Mexicana de Política Exterior No- 53, México, Febrero 1998, 1, 72
⁷ Resolución 521160 de la Asamblea General de la ONU del 15 de diciembre de 1997

⁸ Cabe destacar entre los participantes a representantes de los tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda

⁹ La definición de agresión ya sido proporcionada por la propia Asamblea

General en su resolución del 14 de diciembre de 1974: el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado.

¹⁰ Boletín mensual del Centro de Información de las Naciones Unidas julio de 1998.

¹¹ Socorro Flores alerta sobre los riesgos de supeditar la Corte al Consejo de Seguridad. Asimismo, señala las incompugnabilidades que podrían surgir entre la Carta de la ONU y el Estatuto de Roma, Socorro Flores, op.cit. 1, 1, 76-77

¹² Artículos 125 y 126 del Estatuto de Roma.

¹³ SRE, Boletín de prensa B.254 del 25 de junio de 1998

¹⁴ El propio embajador González Gálvez cuestiona el concepto de crímenes de guerra señalando que son más bien violaciones graves al derecho aplicable en casos de conflicto armado. Sergio González Gálvez. "México y la Corte Penal Internacional", en Revista Mexicana de Política Exterior No. 56. México. febrero de 1999, p. SO

¹⁵ Idem, p. 58

¹⁶ Véase supra inciso 4

¹⁷ Estas violaciones constituyen crímenes universales sancionables por los tribunales nacionales en cada uno de los 145 Estados Partes de los Convenios de Ginebra.

¹⁸ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, "El Derecho Internacional Penal y la Corte Penal Internacional en el tercer milenio", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, UNAM, México, 2001.

¹⁹ Sin embargo, la Corte podrá procesar a alguien ya procesado por otro tribunal cuando éste haya pretendido sustraer al acusado de la jurisdicción de la Corte.

²⁰ Véase 2.2

²¹ Por supuesto que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad son órdenes manifiestamente ilícitos

²² Con esta designación, La Haya se refina como la capital mundial del derecho internacional debido a que es sede de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Permanente de Arbitraje, el Tribunal para la ex Yugoslavia y ahora lo será de la Corte Penal Internacional

²³ Esta atribución es de una gran trascendencia, ya que ni la propia Corte Internacional de Justicia fue dotada de tal carácter.

²⁴ Se trata de los mismos idiomas oficiales de la ONU

²⁵ Idiomas éstos tradicionales del Derecho Internacional y, asimismo, lenguas de trabajo de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales internacionales

²⁶ A diferencia de la Corte Internacional de Justicia donde se permite la reelección de los jueces

²⁷ Entre estos grupos formaron, el 16 de febrero del 2001, la Coalición Mexicana para la Corte Penal Internacional conformada por la Sección Mexicana de Amnistía Internacional, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, Plantel Santa Fe.

²⁸ Dicha acción tuvo lugar dentro del marco de la Cumbre del Milenio organizada por la ONU.

²⁹ En diversas ocasiones, el propio Presidente Vicente Fox ha manifestado el propósito del gobierno de ratificar el Estatuto de la CPI

³⁰ Esta situación contravendría lo dispuesto por el artículo 133 constitucional

³¹ Para estos efectos, véase la tesis de la Suprema Corte de Justicia titulada

"Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal", publicada en el Semanario Judicial de la Federación, México, p. LXXVII/99, tesis 192, 867, pleno 1999, t. X, p. 46. Para un análisis del caso véase Becerra Ramtze et al, "Tratados internacionales se ubican por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (amparo en revisión 1475198). Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 3, julio-diciembre del 2000, Pt 169-208

³² Cabe señalar que el Estatuto de Roma no admite reservas y por lo tanto todos los Estados partes están obligados a lo mismo

³³ Declaración del embajador Gómez Robledo durante su participación en el Foro Internacional La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional, organizado por la LIV Legislatura del Estado de México, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el 10 de septiembre del 2001, Toluca.

Edo. de México.

³⁴ Respecto a las reglas sobre la entrada en vigor del Estatuto véase supra 5.2. A la fecha han ratificado 37 Estados.

³⁵ véase supra 5.2.

³⁶ Así lo declaró en el Foro Internacional, op.cit. Además, véase González Gélvez, Sergio, La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en el caso de conflictos y la injerencia con fines humanitarios tres temas básicos del Derecho Internacional Humanitario, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2000, p. 19

³⁷ Véase supra 5.2

³⁸ Phillips, HowarJ, Comité Político Conservador, [http://](http://www.conservativeusa.org/luncourtnews.htm)

www.conservativeusa.org/luncourtnews.htm

"Afirmación de David Schaffer en el Foro Internacional La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional, Toluca, Edo. de México. 11 de septiembre del 2001.

⁴⁰ Kissinger, Henry, "Lastrampas de Jurisdicción internacional". Foreign Affairs En Español, Otoño-Invierno 2001, p. 94

"Afortunadamente para Estados Unidos, la nueva Fiscal Carla del Ponte, desechó el caso por no encontrar puntualmente alguna responsabilidad individual.

"Palabras del Juez Garzón durante su participación en el Foro Internacional, op-cit.

La jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana ¹

Sergio Gorcia Ramirez

1. Introducción

El establecimiento de una jurisdicción penal internacional constituye un antiguo anhelo, vinculado inicialmente al propósito de combatir la impunidad, y luego al objetivo de procurar la más amplia tutela de los derechos humanos, habida cuenta de las graves violaciones perpetradas en guerras mundiales y regionales, e igualmente en conflictos armados de carácter interno. Este proyecto justiciero, que hoy cristaliza en la Corte Penal Internacional dispuesta por el Estatuto (Convención) de Roma, de 1998, tiene antecedentes mediatos e inmediatos en el siglo XX. Entre los primeros figuran el proyecto de juzgamiento de quienes cometieron crímenes muy graves en la Primera Guerra Mundial -específicamente, el exkáiser Guillermo, cuyo juicio se previó en el Tratado de Versalles-, y los procesos de responsables de con-

ductas ilícitas de suma gravedad en la circunstancia de la Segunda Guerra Mundial (Tribunales de Nüremberg y Tokio); y entre los segundos cuentan los tribunales penales instituidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer de crímenes realizados en el territorio de la antigua Yugoslavia y en Ruanda.

La Conferencia de Plenipotenciarios convocada por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Roma, en 1998, expidió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ahora (año 2001) se encuentra en proceso de ratificación. Entrará en vigor cuando cuente con sesenta ratificaciones. México, que se abstuvo de votar en Roma, suscribió finalmente el Convenio, *ad referendum*, el 7 de septiembre de 2000. La delegación mexicana

¹ En este trabajo se reproduce, en sus aspectos fundamentales, la exposición del autor en el ciclo de conferencias para defensores y asesores del Instituto Federal de la Defensoría Pública, Palacio de Justicia, México, D.F., 3 de julio de 2001.

que asistió a la Conferencia de Roma y quienes han estudiado posteriormente este instrumento internacional coinciden en señalar que la ratificación de éste implica la reforma de la Constitución General de la República, sea a través de cambios en un buen número de preceptos -disposiciones que contienen garantías individuales o normas incluidas en la parte orgánica de nuestra ley fundamental- o por medio de una sola reforma de amplio alcance -como la que introdujo Francia, con el mismo propósito, en su propia Constitución-, que "legítimamente" la incorporación de nuestro país en la nueva jurisdicción penal internacional.

En este trabajo examinaré algunos puntos centrales del régimen que instituye la Convención mencionada, con particular énfasis en los aspectos que traen consigo problemas de diverso orden a la luz de la legislación mexicana, sea constitucional, sea penal secundaria. Conviene advertir que la Corte Penal Internacional (CPI) ejerce una jurisdicción subsidiaria o complementaria de la nacional, esto es, sólo actúa cuando no lo hace -adecuadamente- la justicia doméstica, a diferencia de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, que excluyen el conocimiento por parte de la justicia nacional. Este carácter complementario de la jurisdicción internacional constituye uno de los rasgos de mayor relevancia para nuestro tema.

2. Competencia *ratione personae*

La jurisdicción de la Corte, con todas sus consecuencias, se extiende sobre per-

sonas humanas: individuos mayores de 18 años (artículo 26). Este es uno de los datos centrales de la justicia penal internacional, que no ha debido atravesar el largo recorrido histórico cumplido por la justicia penal nacional, que alguna vez se ejerció sobre objetos, seres inanimados, efigies, restos humanos. Ahora bien, una fuerte corriente propugna la consideración penal del Estado, ya no a título de responsable de la conducta de sus agentes -u otras personas que actúan con su complacencia o patrocinio- por violación de derechos humanos, lo cual nutre la competencia personal y material de las cortes de esta especialidad, sino también en calidad de responsable por los delitos cometidos.

Existe un proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, de 1980, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Ese documento contempla ilícitos de dos categorías -conceptos que han incorporado, de tiempo atrás, varios códigos penales, entre los que no figura el mexicano-, a saber: crímenes y delitos. El artículo 19 del proyecto considera crimen internacional al "hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto". A su turno, los delitos son infracciones menos graves que los crímenes.

3. Competencia *ratione tempore*

Este rubro se refiere a los hechos de los que conocerá la Corte en función del momento en que fueron realizados. El artículo 11 estatuye la capacidad de conocer sobre crímenes cometidos después de que ha entrado en vigor la Convención. No existe, pues, retroactividad para el ejercicio de la jurisdicción internacional, obviamente sin perjuicio de que la justicia nacional sancione las conductas punibles bajo su propia legislación. Si el Estado se constituye en parte después de que ha entrado en vigor el Estatuto, es decir, si no figura entre los Estados que suscriben y ratifican esta Convención dentro del grupo de los sesenta necesarios para el inicio de su vigencia (artículo 126), como pudiera ser el caso de México, la Corte Penal Internacional ejercerá su jurisdicción por lo que atañe a crímenes cometidos: a) después de la vigencia general del Estatuto con respecto a ese Estado, o bien, b) antes de dicha vigencia general, si el Estado aceptó la aplicación del Estatuto con respecto a determinados casos.

Desde luego, sobre este punto se puede proyectar la clasificación de los delitos en función del momento ejecutivo, esto es, del momento en que se consuma el delito. No hay problema en cuanto a los delitos instantáneos; puede haberlo en lo que concierne a los continuados y a los continuos o permanentes. Si la consumación de éstos, realizada en la época en que el Estado no era parte o no había aceptado

la jurisdicción casuística de la Corte, prosigue cuando ya se ha presentado alguna de estas hipótesis, la Corte podrá conocer del asunto. En el caso de los continuados -que son, en rigor, varios delitos-, la Corte conocerá solamente de los hechos que en sí mismos sean constitutivos de delito, realizados después de la vigencia general o especial del Estatuto con respecto al Estado parte o al Estado que admite la aplicación específica de aquél, respectivamente.

4. Competencia *ratione materiae*

A) Consideración general

La competencia material de la CPI se integra con cuatro conceptos actuales y uno futuro, anunciado y acaso cercano. Aquéllos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (los tres, artículos 5 y siguientes) y delitos contra la administración de justicia cometidos con motivo del enjuiciamiento penal internacional (artículo 70). Integran el ámbito de competencia material inmediata. No podemos hablar en todos estos casos de delitos, propiamente, sino de familias delictivas o categorías criminales; cada una puede ser analizada en numerosas figuras -otros tantos tipos-, tomando en cuenta para ello las nutridas referencias específicas a sujeto pasivo, medios de comisión, daño causado, peligro corrido, etcétera.

Los delitos mencionados por el artículo 5

y analizados en los artículos 6 a 8 -sucesivamente, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra- se hallan en el ámbito del *jus cogens*, es decir, esas normas incorporan obligaciones a las que ningún Estado puede sustraerse, bajo los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como ha subrayado el profesor Cheríf Bassiouni. Habrá quien sostenga que el *jus cogens* es un espacio del Derecho natural, de validez incondicionada, universal y constante, o quien asegure que se trata de la codificación pactada por la comunidad internacional, obligatoria en los términos de la proclamación que se haga y la obligación -inderogable- que se adquiera, a la que no podrían sustraerse luego los miembros de esa comunidad. Sea lo que fuere, la formulación de estos delitos traduce las más firmes y arraigadas convicciones de la humanidad, producto de una cultura y unos principios ampliamente compartidos. Las diferencias en cuanto a la naturaleza del *jus cogens* no suprimen esas características, que son suficientes para justificar la consagración de tipos y penas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Conviene mencionar en este punto que algunos analistas mexicanos de las descripciones penales incorporadas en el Estatuto han expresado atendibles opiniones críticas. Se ha hecho notar, con énfasis, que la formulación de tipos es, en general, muy defectuosa. No satisface el principio de legalidad estricta en materia

penal que establece el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, una legalidad que no sólo mira hacia la sentencia (dado que se prohíbe "imponer" penas que no estén decretadas "por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate"), sino también hacia la ley penal misma, cuyas fórmulas deben ser cuidadosas y rigurosas. Sobre este punto hay una generalizada corriente doctrinal.

En este juicio inquietante se ha invocado el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expuesto como sigue: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del

procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República" (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, mayo de 1995, Tesis: P. IX/95, p. 82).

También se ha dicho que en la mayoría de los casos previstos en la Convención se trata de tipos complementados, pero a menudo se carece de los tipos básicos indispensables para la elaboración de aquéllos. Se manifiesta, además, que la frecuente exigencia de elementos subjetivos en los tipos penales trae consigo un amplio espacio para que la discrecionalidad del juzgador. Por último, se advierte que la descripción típica es prolija, a la manera anglosajona -una forma **exuberante, casi "angustiosa", que pugna** por agotar todas las posibilidades de la realidad-, que incorpora especificaciones innecesarias acerca de extremos concernientes a las formas de autoría y participación, tentativa punible, circunstancias de modo, resultado típico, etcétera, que bien podrían excluirse de los tipos y remitirse a otras partes del ordenamiento o concentrarse en giros menos casuísticos. Líneas arriba me referí a este mismo asunto al examinar el régimen del Estatuto por lo que toca a responsabilidad penal individual (artículo 25).

Adelante mencionaré en qué casos recoge la ley penal mexicana -e

l Código Penal Federal (en lo sucesivo, Cpf.), al que me atenderé en esta exposición, u otro ordenamiento intemo- los crímenes previstos en la Convención de Roma. Es pertinente señalar desde luego que el texto original del Código Penal, expedido en 1931, integró el Título Tercero del Libro Segundo con los "Delitos contra el Derecho internacional". Bajo este rubro genérico quedaron varios capítulos, a saber: I, "Piratería" (artículos 146 y 147); II, "Violación de inmunidad y de neutralidad" (artículo 148), y III, "Violaciones de los derechos de humanidad en prisioneros, rehenes, heridos u hospitales" (artículo 149). Hoy día, al cabo de una reforma introducida en 1970, el sistema es diferente. El Título Segundo de aquel Libro corresponde todavía a "Delitos contra el Derecho internacional", que son, bajo el mismo ordenamiento: "Piratería" (capítulo I, artículos 146 y 147) Y "Violación de inmunidad y de neutralidad" (capítulo II, artículo 148). En seguida aparece el Título Tercero, con el rubro agregado de "Delitos contra la humanidad", y en ese marco se ubican las "Violaciones de los deberes de humanidad" (capítulo I, artículo 149) y el "Genocidio" (capítulo II, artículo 149 bis). Evidentemente la clasificación es defectuosa -como ocurre en distintos puntos del código-, pues los delitos no se agrupan en función del bien jurídico vulnerado: en el primer caso se alude al orden jurídico afectado, el Derecho internacional, y en el segundo, al sujeto pasivo de la infracción, la humanidad.

Corresponde mencionar ahora el

problema que surge por las diferencias que median entre la legislación nacional y el Derecho internacional -éste más desarrollado que aquél, bajo el Estatuto de la Corte, en lo que respecta a la descripción de comportamientos punibles en la materia que ahora nos ocupa- cuando la conducta incriminable se halla prevista en el Estatuto, pero no en el Código Penal mexicano o en leyes penales especiales. El tribunal mexicano, órgano de jurisdicción original y preferente conforme al principio de subsidiariedad o complementariedad, ¿podría juzgar al delincuente, o tendría que abstenerse de hacerlo -en virtud de no existir tipo penal en la ley interna- y dejar que el juicio se haga por la CPI? Obviamente, esta cuestión no se contrae a los tribunales, sino se plantea desde la investigación y persecución mismas de los hechos, a cargo del Ministerio Público nacional, que debe acreditar el cuerpo del delito -elementos contenidos en la descripción legal de la conducta punible- como condición para ejercitar la acción penal. Desde luego, este planteamiento supone que México ha ratificado la Convención de Roma o ha aceptado la jurisdicción de la Corte en un asunto determinado.

En condiciones ordinarias, se diría que la falta de tipificación de cierta conducta paraliza cualquier actuación persecutoria del Estado, por imperio de la regla *nullum crimen sine lege*. Esto no sucede en el presente caso, porque resultaría aplicable el artículo 6 del Código Penal Federal, en sus dos vertientes: a) el primer párrafo de

ese precepto señala que "cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo".

La recepción de los tratados en ese párrafo -una recepción que no se previó en el texto original del Código Penal Federal- fue producto de la reforma penal del 29 de diciembre de 1984, publicada el 14 de enero de 1985. Esa disposición se sustenta en el artículo 133 constitucional, que acoge los tratados internacionales como parte de la ley suprema de la Unión. Por ende, el juzgador mexicano podría -mejor aún, debería- aplicar directamente el Estatuto de la CPI, en lo que respecta a los tipos considerados y a las penas previstas en éste. De tal suerte, se mantendría firme el principio de juzgamiento sólo subsidiario o complementario -pero no primordial- por parte de la jurisdicción penal internacional; y b) el segundo párrafo especifica que "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general", y en tal virtud el posible concurso de normas nacionales e internacionales, se resolvería a favor de la que revista ese carácter de especialidad, que probablemente sería la internacional.

Ahora bien, lo que aquí se manifiesta corresponde a delitos sujetos a la juris-

dicción mexicana ordinaria; la especial debe analizarse en sus propios términos tanto en lo que toca a tipos y penas como en lo que concierne a sujetos, porque aquélla no podría adquirir, por obra del Estatuto, una competencia material y personal de la que carece y acerca de la cual no existe solución alguna en la propia Convención de Roma.

Hay cuestión cuando la norma internacional aplicable inmediatamente por el juez mexicano agrava la situación del procesado. En esta circunstancia, el juzgador nacional se vería en el caso de aplicar la disposición interna más benévola, si la conducta punible ocurrió antes de que el Estatuto -con sus fórmulas típicas y punitivas- adquiriese vigencia en México. Si ocurrió después, deberá aplicar la disposición más severa de la Convención de Roma. No se plantearía el tema de la irretroactividad desfavorable: el Estatuto, que entró en vigor -esa es la hipótesis que aquí se supone- antes de los hechos punibles, es *lex posterior* y por ello se halla a cubierto de objeciones vinculadas a la retroactividad de una norma penal tipificadora que proscribe terminantemente el primer párrafo del artículo 14 constitucional.

B) Crímenes

a) Genocidio

El genocidio es la conducta delictiva más grave y característica del nuevo Derecho penal internacional. El 11 de diciembre de 1946, poco después de concluida la

Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró que el genocidio constituye un crimen bajo el Derecho internacional. El 9 de diciembre de 1948 se suscribió en Nueva York el **Convenio sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio**, cuyo artículo 2 describe este crimen. Por su parte, el artículo 6 del Estatuto de la CPI recoge literalmente el texto de dicho convenio.

A los supuestos de genocidio captados específica y limitativamente en el artículo 6 del Estatuto, es preciso agregar la hipótesis que se desprende de las reglas de responsabilidad del artículo 25. 3, e), que sancionan, "respecto del crimen de genocidio, (a quien) haga una instigación directa y pública a que se cometa".

Por otra parte, el delito de genocidio considera un elemento subjetivo común proyectado sobre todos los actos incriminados: que éstos se realicen "con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal" (artículo 6).

El artículo 149 bis del Código Penal Federal, agregado por decreto del 27 de julio de 1970, publicado en el *Diario Oficial* del 29 de los mismos mes y año, incrimina el genocidio. Sin embargo, no lo hace exactamente en los términos del convenio de 1948, y por lo mismo difiere del Estatuto de la CPI. Analiza separadamente diversas hipótesis, que sanciona con penas diferentes. El delito se agrava en caso de

que los agentes sean servidores públicos. Convendrá revisar la versión mexicana del genocidio para evitar problemas y dudas derivados de la diversidad de fórmulas en Derecho internacional y Derecho nacional. La identidad de normas contribuirá a evitar cuestiones derivadas de los principios de persecución compartida y subsidiariedad.

b) Crímenes de lesa humanidad

El artículo 7 del Estatuto se refiere a los crímenes contra la humanidad. Esto se halla en la línea de la Carta de Núremberg, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal para la exYugoslavia y el artículo 3 del correspondiente a Ruanda. En esta parte, la Convención de Roma incluye extremos tales como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, privaciones ilícitas de libertad, tortura, diversos ataques sexuales, persecuciones de grupos o colectividades, desaparición forzada, *apartheid* y "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"(artículo 7.1, diversos incisos).

No basta, sin embargo, con la simple realización de esos actos, que pudieran cometerse de manera aislada y sin conexión con cierto propósito o determinado programa. Dice el Estatuto que aquéllos constituyen crímenes de lesa humanidad "cuando se cometa(n) como parte de un

ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque" (artículo 7.1). Se requiere, en consecuencia, un dato objetivo: la integración del acto en el marco del ataque generalizado o sistemático, y uno objetivo: el conocimiento que tenga el actor acerca de la existencia y naturaleza del ataque. **La acción ocurre, consecuentemente, en el contexto de una política.** De ahí que Cheriff Bassiouni explique: "El elemento político es el elemento jurisdiccional que convierte en crímenes internacionales unos crímenes que de otro modo serían unos crímenes internos".

En este ámbito, el párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto ofrece definiciones sobre varias de las hipótesis -pero no todas- que enuncia el párrafo 1. Tómese en cuenta que existen tratados internacionales u otros instrumentos que describen algunas de estas conductas; así, a propósito de la esclavitud (artículo 7.1, e), Convenio sobre la represión de la esclavitud, del 25 de septiembre de 1926, Protocolo de enmienda del Convenio sobre represión de la esclavitud, del 7 de diciembre de 1953, y Convenio complementario al Convenio sobre represión de la esclavitud, del 7 de septiembre de 1956; en lo que respecta a tortura (artículo 7.1, 1), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984 (además de los convenios europeo y americano); en lo que atañe a desaparición forzada (artículo 7.1, i),

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133, del 18 de diciembre de 1992 (además de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, del 9 de junio de 1994); y en lo que toca al *apartheid*, Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, del 30 de noviembre de 1973.

En ciertos casos, las caracterizaciones sobre crímenes de lesa humanidad coinciden con las correspondientes a supuestos de genocidio, lo cual suscita el tema de la absorción, o bien, el concurso, que no examinaré ahora. Tal sucede, por ejemplo, con la descripción del exterminio, que comprende "la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población" (artículo 7.2, b). También ofrece aspectos interesantes el deslinde -y el posible concurso- entre ciertos extremos del genocidio y algunos del *apartheid*.

Entre los principios penales que el Estatuto acoge expresamente figura la legalidad. Esta rechaza la integración analógica y supone un rigor que no siempre conserva el Estatuto, como se ve en hipótesis específicas de los crímenes de lesa humanidad. En efecto, el artículo 7.1 sanciona "la violación, esclavitud sexual, embarazo

forzado, esterilización forzada u *otros abusos sexuales de gravedad comparable* (inciso g); igualmente, en la fórmula genérica del inciso k) prevé el castigo de "*otros actos inhumanos de carácter similar* (a los establecidos en los diversos incisos del párrafo 1) *que causen intencionalmente grandes sufrimientos*".

En lo que respecta a la legislación mexicana, el Cpf. incluye, como antes se dijo, un capítulo sobre delitos de lesa humanidad, cuyo contenido es sumamente reducido. Empero, difícilmente se podrían recoger todas las hipótesis que ofrece el Derecho internacional en un solo capítulo del Código local, tomando en cuenta la diversidad de aquéllas en lo que respecta a bienes jurídicos protegidos. Otros ordenamientos recogen supuestos que coinciden, en mayor o menor medida, con los previstos en el Estatuto, como el Código penal, en materia de homicidio (pero el Estatuto se refiere al asesinato) y violación sexual; la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (cuyo artículo 3 asocia el acto del maltrato con la finalidad que persigue el agente: inquisitiva, intimidatoria o punitiva) y Ley General de Salud (que considera alguna variedad del embarazo forzado recogido por el Estatuto en el artículo 7.1 con caracterización en el párrafo 2.t). En fin, no hay duda sobre la utilidad de ajustar la ley mexicana bajo las disposiciones de la Convención de Roma. Una parte de esta tarea se podría cumplir a través de la calificación de los delitos cometidos, con la misma nota que

propone el Estatuto: los actos ocurren en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Empero, este problema no es mayor: el Ministerio Público y los tribunales mexicanos deben observar las disposiciones del Estatuto.

e) Crímenes de guerra

En este rubro, la Convención de Roma acoge los principios y normas de los Convenios de Ginebra, de 1949, Y sus Protocolos I y II, de 1977. Este es el ámbito del Derecho humanitario, otra de las expresiones modernas del orden jurídico **internacional concerniente a la tutela de los individuos**, junto con el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los desplazados y refugiados.

Dado que los crímenes a los que ahora me referiré se realizan en el marco de conflictos que muestra diversas características, es útil recoger la opinión de observadores que han examinado estos hechos en una parte de su versión contemporánea. Los conflictos que últimamente han proliferado son de carácter interno, en su mayoría, lo cual plantea problemas a una organización -Naciones Unidas- concebida para resolver disputas entre Estados, como lo manifestó la Secretaria de Relaciones de México, Rosario Green, en intervención ante la Asamblea General de esa organización, el 23 de septiembre de 1999. Los conflictos internos a los que se alude son carac-

terizados bajo un concepto que ha evolucionado: "amenazas para la paz y la seguridad internacionales". Además, es importante subrayar la nueva presencia de los civiles en conflictos armados; aquellos se han convertido en el principal objetivo de las operaciones militares. Por último, es preciso advertir que la acción humanitaria, desplegada conforme a su verdadero carácter, busca atender las consecuencias de los conflictos, no sus causas, como lo hizo notar el Vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja en el IX Seminario sobre Derecho internacional humanitario para Diplomáticos acreditados en Ginebra, el 8 de marzo del 2000.

En este punto, el Estatuto enuncia varias categorías de actos, que luego se analizan detalladamente. Dichas categorías corresponden, a su vez, a dos grandes vertientes: actos en contiendas de carácter internacional y actos en contiendas internas. El conjunto se presenta como sigue: A) "Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949" (artículo 8.2. a); B) "Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho internacional" (artículo 8.2. b); C) En conflictos armados no internacionales, "las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949" en relación con varios actos registrados por el mismo precepto, "cometidos contra personas que no participan directamente

en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan de puesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa" (artículo 8.2, e); y D) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional" (artículo 8.2, e).

Es interesante observar el alcance que puede tener la expresión "graves" que utiliza el artículo 8 en todas las categorías que acabamos de mencionar. Esto propone interrogantes. ¿Son punibles todas las conductas enunciadas, que se integran en la lista -me refiero a los extensos catálogos que suministra cada inciso del párrafo 2- precisamente por su gravedad? Efectivamente, en la gran mayoría de los casos esas conductas son graves por sí mismas. O bien, ¿son punibles sólo aquellas conductas que corresponden a las descripciones de la lista y que en la especie sean consideradas graves por la Corte? Tiene sentido la cuestión si se observa que al lado de aquella mayoría de actos graves en cualquier caso (asesinato, violación, tortura, etcétera), hay otros en que la conducta descrita genéricamente puede revestir diversa gravedad; así, por ejemplo, ataques contra objetos civiles, ataques contra monumentos. Por otro lado, conviene tener en cuenta la solución que derivaría de la no admisibilidad de casos cuando el asunto no revista gravedad (artículo 17.1, d). Esta exclusión tiene alcance genérico: no se restringe a los crímenes de guerra.

En tomo a este mismo punto, no sobra observar la expresión equívoca del artículo 8.1 de la Convención -precepto que reitera la competencia de la Corte sobre crímenes de guerra-, que bajo cierta interpretación podría sugerir un límite a la persecución internacional de estos delitos, no obstante la extrema gravedad de la gran mayoría de las hipótesis punibles. Se dice, en efecto: "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular* cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes". **A contrario sensu, ¿no será punible el hecho, bajo la jurisdicción de la CPI, cuando no exista esa inserción?**

Es pertinente poner de relieve la aplicabilidad del Estatuto a los "conflictos armados que no son de índole internacional!", esto es, "a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos" (artículo 8.2, f, caracterización que el Estatuto no dirige a los actos violatorios del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, sino a los "otros actos graves" que también sanciona la Convención de Roma). Aquella definición -advierten los analistas de la materia- no proviene del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, sino de la decisión adoptada por la sala de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia en el caso Tadic, primer asunto del que tuvo éonocimiento.

El artículo 1 (acerca del ámbito de aplicación material) del Protocolo [] adicional (relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional) a los Convenios de Ginebra, dispone que éste se aplique a los conflictos no contemplados por el Protocolo 1 (acerca de conflictos armados internacionales) "y que se desarrollan en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".

Esta aplicabilidad cesa en determinados casos. Efectivamente: a) no abarca "situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar", en relación con las infracciones al artículo 3 común y con los "otros actos graves" en conflictos internos (artículo 8.2, d y 1); b) por otra parte, "nada de lo dispuesto en los párrafos 2 e) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo" (artículo 7.3). Llama la atención que esta última precisión se relacione solamente con las normas vinculadas a la violación del artículo 3 común -precisamente el párrafo 2, incisos e) y d), no así con las vinculadas

con "otros actos graves" -a los que se refiere el mismo párrafo 2, pero en los incisos e) y 1).

La delegación mexicana que concurrió a la conferencia de Roma propugnó la inclusión del uso de armas de destrucción masiva (químicas, bacteriológicas y nucleares) entre los crímenes de guerra. Extraña que se hable de veneno y armas envenenadas (artículo 8.2, b, xvii, que se limita a mencionar, literalmente "veneno o armas **envenenadas**", **sin referencia a** la conducta que se relaciona con aquella sustancia o estos medios), que corresponden a formas primitivas de combate, y no a las armas nucleares, que son la gran amenaza -o más que amenaza- en nuestro tiempo.

En cierto modo pudiera incorporarse ese género de armas en el supuesto -que es crimen de guerra- de lanzamiento de ataques que causen pérdidas excesivas o daños extensos, duraderos y graves (artículo 8.2, b, iv), lo cual podría abarcar el caso de las armas nucleares. Empero, esta posibilidad se neutraliza cuando la Convención incrimina, en el mismo artículo 8.2, aunque en un inciso diferente (b, xx), el empleo de "armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos (1) sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos

de guerra, sean objeto de prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones" relativas a las reformas al Estatuto. Es preciso, pues, que exista ese anexo para que el uso de ciertas armas -las nucleares, por ejemplo- sea considerado como crimen de guerra. Una vez más se han puesto a salvo los actos de potencias que disponen de armas nucleares, que ciertamente no son muchas.

Algunos analistas de esta materia han sostenido que la proscripción e incriminación del uso de armas nucleares hallaba sustento en la resolución 1653 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que declaró ilegales las armas de esa naturaleza, así como en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, del 5 de julio de 1996, cuando ésta sostiene que "la amenaza o el uso de armas nucleares sería en general contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, y en particular, a los principios y normas del derecho humanitario". Empero, la opinión consultiva no desecha, radical y absolutamente, el empleo de aquellas armas; deja a la vista la posibilidad de utilizarlas en casos de autodefensa extrema, cuando se halle en riesgo la supervivencia misma de un Estado.

En el caso de los crímenes de guerra rige una salvedad excepcional -y ciertamente insatisfactoria- al sistema general de vi-

gencia y aplicación del Estatuto. Cualquier Estado, al hacerse parte en éste (no en otro momento) "podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre **en vigor a su respecto, no aceptará** la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo S (crímenes de guerra) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio" (artículo 124).

Causa profunda extrañeza, por lo menos, semejante excepción al marco jurídico que pretende instituir y afianzar la Convención de Roma. No existe salvedad igual en lo que toca al genocidio y a los crímenes de lesa humanidad, ni debiera existir en el caso de los crímenes de guerra. ¿Qué razón jurídica o ética habría -no indago sobre las razones políticas- para excluir de la aplicación del Derecho penal internacional a los criminales de guerra, olvidando que en el origen de la justicia penal internacional se halla, precisamente, el clamor contra este género de ilícitos? Difícilmente se podría diferir de quienes señalan que esta disposición ha buscado poner a salvo a potenciales -o actuales- delincuentes que pueden disponer de la fuerza militar para incurrir en crímenes de aquella naturaleza.

El desgano con el que seguramente se aprobó la inquietante salvedad, se proyecta sobre otros extremos del artículo 124. Por partida doble se alienta la rectificación.

Así, se dice que "la declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento"; y se añade que lo dispuesto en tal precepto "será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo I del artículo 123", que ordena al Secretario General de las Naciones Unidas convocar dicha conferencia siete años después de que entre el vigor la Convención de Roma, para examinar posibles enmiendas a ésta. Esta será, conforme al artículo 123, la primera conferencia de ese género; podrá haber otras, sin intervalos prefijados, con posterioridad a aquélla.

La situación de la ley penal mexicana es particularmente deficiente en este campo. Hay supuestos asilados; así, en el Código Penal, hipótesis que se sancionan con penas leves, como violaciones de los deberes de humanidad en los prisioneros y rehenes de guerra, en los heridos o en los hospitales de sangre (artículo 149, correspondiente a "Delitos contra la humanidad"); y en la Ley General de Salud, práctica ilícita de experimentos médicos o científicos, mencionada por el artículo 8.2, b), x, del Estatuto, y que encuadra en el artículo 465 de aquel ordenamiento mexicano.

Algunos comentaristas del Estatuto de la CPI en su relación con la ley penal mexicana, sostienen que es preciso complementar aquélla con las disposiciones del Estatuto, considerando asimismo las es-

tipulaciones sancionadoras de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que traen obligaciones legislativas -no atendidas- y jurisdiccionales para nuestro país, como son: artículos 49 y 50 del Convenio (I) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 50 y 51 del Convenio (II) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 129 y 130 del Convenio (III) relativo al trato de los prisioneros de guerra, y 146 Y 147 del Convenio (IV) relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

He sostenido esta misma posición en trabajos anteriores sobre la jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana. Sin embargo, considero que no es absolutamente necesario hacer la adecuación que se menciona para que los tribunales mexicanos puedan conocer de estos delitos y sancionar a los responsables, y de esta suerte afianzar el principio de subsidiariedad de la CPI a favor de la justicia mexicana, so pena de que aquellos ilícitos queden siempre sujetos sólo a la jurisdicción internacional y nunca a la mexicana, por la deficiencia de nuestra ley nacional a este respecto. En efecto, como dije líneas arriba, la Convención de Roma -una vez ratificada por México- formaría parte de la ley suprema de la Unión, y por ello sería posible -e inclusive necesario- aplicarla directamente en nuestro país por parte de la jurisdicción mexicana que corresponda en virtud del

sujeto que cometa el crimen: la militar o la ordinaria. En lo que toca al sistema ordinario, cualquier duda se resuelve en los términos del artículo 6 del Código Penal federal, que hace aplicable el tratado internacional de observancia obligatoria en México, cuando éste contenga el tipo del delito que venga al caso. El mismo precepto recoge el principio de especialidad para solucionar el conflicto de normas; en la especie, muy probablemente la norma internacional tendría carácter especial, y la nacional, carácter general.

d) Delitos contra la administración de justicia

Estos ilícitos forman parte de la actual competencia material de la Corte, es decir, son delitos de los que ésta conocerá, sin más, una vez que entre en vigor la Convención de Roma y lleguen los primeros asuntos a la CPI. Los tipos se encuentran en el artículo 70.1. Corresponde distinguir aquí entre delitos cometidos en el Estado parte que presta colaboración persecutoria al sistema judicial penal internacional y delitos perpetrados ante la Corte misma.

Por lo que toca a los ilícitos mencionados en primer término, el propósito de la Convención de Roma parece ser que la persecución quede a cargo del Estado colaborador, aplicando normas nacionales consecuentes con el Estatuto, cuando el delito se realice en el territorio de éste o por uno de sus nacionales. Así, el artículo 70.4 a) previene: "Todo Estado Parte hará

extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el (artículo 70) y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales". No considero que esta referencia a una adecuación de la ley nacional a la ley internacional sea obstáculo para que un Estado aplique la segunda, si la conducta es penalmente típica en los términos de ésta, cuando la primera no se haya adecuado a la regla internacional o no sea suficiente para reaccionar frente a la conducta ilícita. La previsión que mira hacia el futuro, en la forma en que lo hace el citado párrafo del Estatuto, no cancela por fuerza la aplicación de éste en el presente.

En lo que atañe a los delitos contra la administración de justicia perpetrados ante la Corte misma, es ésta quien deberá juzgarlos. No hay regla de remisión al respecto.

e) Agresión

El conocimiento, por parte de la CPI, del crimen de agresión -uno de [os grandes temas del Derecho internacional contemporáneo- queda expresamente previsto por el Estatuto, que así muestra una determinación política. Empero, al mismo tiempo queda de manifiesto la extrema dificultad de recoger el tema en una fórmula ampliamente aceptada y...

todo, de sujetar a la jurisdicción penal internacional a los responsables de estos ilícitos. Por ende, el Estatuto se limita a mencionar que el crimen de agresión y las condiciones para el desempeño jurisdiccional de la CPI en este caso se sujetarán a futuras precisiones a través del procedimiento aplicable a las enmiendas (artículo 121) Y la revisión del Estatuto (artículo 123). La disposición que al efecto se adopte -dice el Estatuto- "será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas" (artículo 5.2).

Desde luego, el sistema internacional no carece de referencias sobre esta materia. En la resolución 3314 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General adoptó una definición de la agresión, previo informe del comité especial sobre este asunto. Se indicó que "la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas" (artículo 1). Esa declaración menciona diversas hipótesis actuales: invasión, ataque, ocupación, bombardeo, bloqueo, etcétera (artículo 3), y alude a supuestos potenciales: los que determine el Consejo de Seguridad, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

5. Elementos del crimen

Uno de los conceptos más interesantes y

controvertidos de la Convención de Roma es el relativo a los elementos del crimen. La propuesta de incluir una cláusula sobre elementos del crimen, hecha al cabo de la Conferencia de Roma, influyó también en la abstención de la delegación mexicana al momento de emitir voto en tomo a la Convención. No parecía posible asumir la obligación de reconocer como delictuosas ciertas conductas, que sólo llegarían a serlo mediante la combinación de dos descripciones: la ya conocida, que constaba en el Estatuto, y la que se hallaba pendiente a título de elemento del crimen.

El artículo 8 del Estatuto, que ostenta el mismo epígrafe de este apartado, señala que "los elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 Y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes" (párrafo 1). Tanto los elementos como sus enmiendas "serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto" (artículo 3). Esos elementos, que forman parte del Derecho aplicable por la Corte, se hallan vinculados directa y exclusivamente con los preceptos que describen las conductas punibles, es decir, con los tipos penales. Deben analizarse, por lo tanto, en su conexión con la descripción típica de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la CPI.

Existe una alternativa lógica para el entendimiento de la expresión "elementos del crimen" por parte del Estatuto de la

CPI: a) es sinónimo de elementos del tipo penal, lo cual implica que las descripciones del Estatuto no agotan los tipos, que serán precisados o integrados por disposiciones futuras, los llamados elementos. No es **fácil sostener esta versión, porque en tal caso** los tipos aparecerían formulados por disposiciones de dos planos normativos: la Convención de Roma, que es la *lege* para los efectos del apotegma *nullum crimen sine lege*, que consagra el propio Estatuto, y los elementos, formulados bajo un procedimiento que no cumple las condiciones requeridas para un tratado internacional; y b) se trata de consideraciones relativas a la interpretación de los tipos, sin modificarlos y para favorecer su correcta aplicación. Este es el criterio del profesor Cheriff Bassiouni cuando sostiene que los citados elementos “no suponen una enmienda del Estatuto ni complementan la definición de los crímenes actualmente contenida en los artículos 6, 7 Y 8. Son meramente elementos de carácter indicativo para la Corte, relativos a aquello que será preciso probar respecto de los crímenes”.

La definición de los elementos del crimen conforme al citado Estatuto de 1998 ha sido tema de la Comisión Preparatoria, que celebró varias sesiones a partir de 1999. En la quinta sesión (12 a 30 de junio del 2000) adoptó los Elementos del Crimen y aprobó las Reglas de Procedimiento y Prueba, que serían sometidas a la Asamblea de los Estados Partes. De otros temas habría de ocuparse posteriormente

la Comisión: relaciones entre la CPI y la Organización de las Naciones Unidas, reglamento de normas financieras, acuerdo de privilegios e inmunidades de la Corte, crimen de agresión, reglas de procedimiento de la Asamblea de los Estados Partes, etcétera.

Los elementos del crimen adoptados por la Comisión Preparatoria, que se relacionan de manera sistemática y expresa con cada uno de los delitos contemplados en los artículos 6 a 8 de la Convención, de manera pormenorizada y comprensiva de todas las fracciones o incisos de esos preceptos, enuncian varias cosas: a) elementos objetivos o materiales. El punto 7 de la Introducción al catálogo de elementos sostiene que éstos “se centran en la conducta, lag consecuencias y las circunstancias”; b) elementos subjetivos. En el mismo documento queda dicho: “De ser necesario (...) se indica un determinado elemento de intencionalidad”; e) elementos normativos, y d) referencias a las pruebas necesarias para establecer la comisión del delito.

Es relevante mencionar el procedimiento para la aprobación de los elementos del crimen: a) el artículo 9.1 señala que los elementos del crimen serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Es el mismo sistema previsto por el artículo 51 para la expedición de las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) esta materia no se atiene, pues, al régimen

general de aprobación de enmiendas, que también contempla, en su primera etapa, el voto favorable de dos tercios de los Estados partes; e) la diferencia de procedimiento es explicable, porque los elementos del crimen no son, en rigor, enmiendas a la Convención ni forman parte integrante de ésta; d) si nos contraemos a este régimen simple y específico, sucederá que un Estado puede verse obligado por elementos del crimen que no ha aprobado y que, inclusive, ha rechazado; e) si fuese aplicable a los elementos del crimen el sistema genérico que rige a propósito de las enmiendas, habría mayores garantías en lo que corresponde al funcionamiento de aquéllos en casos concretos. En efecto, la aprobación de **enmiendas -como señalé** anteriormente requiere consenso o aprobación por mayoría de dos tercios de los Estados partes (artículo 121.3). La enmienda entra en vigor un año después de que siete octavos de los Estados partes (no se dice: de los que la hubiesen aprobado) hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión (artículo 121.4). Esto incrementa la salvaguardia, porque exige una mayoría aún más elevada, Empero, el Estado que no acepta la enmienda puede hallarse aislado en el pequeño número -un octavo- de quienes no ratificaron o no se adhirieron. Finalmente, hay que tomar en cuenta las dos disposiciones que en seguida invoco:

El artículo 121.5 señala, refiriéndose explícitamente a las enmiendas al artículo S (que contiene, como sabemos, la relación de crímenes sujetos a conocimiento por

la CPI, pero no los tipos en particular ni los elementos que corresponden a éstos), que éstas entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados que las hayan aceptado, al año del depósito de su ratificación o aceptación; y que la Corte "no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda".

El artículo 121.6 (que tiene alcance general, no restringido al artículo S) indica que si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados parte, "el Estado parte que no la haya aceptado podrá denunciar el Estatuto con efecto inmediato" (ya no con efecto al año siguiente de que se reciba la notificación de la denuncia, que es la regla general bajo el artículo 127.1).

A lo dicho en las líneas precedentes acerca de la formación de los elementos del crimen, agréguese, finalmente, que el artículo 9.2 faculta a cualquier Estado parte, a los magistrados -por mayoría absoluta- y al fiscal para proponer enmiendas a los elementos del crimen, pero no les atribuye la facultad de proponer los propios elementos.

6. Sanciones

La Convención de Roma prevé las sanciones de reclusión por no más de treinta años, reclusión a perpetuidad, multa y decomiso. Sobre estos puntos, conviene mencionar: a) no existe una detallada

asociación de las sanciones aplicables a las conductas punibles; para la adecuación penal el juzgador toma en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias del condenado; b) en México no existe la prisión perpetua; ésta ha sido identificada por la jurisprudencia mexicana como pena "inusitada", a la luz del artículo 22 constitucional, que proscribe sanciones de ese carácter; y e) la multa se ajusta -en sus características y cuantía- a lo que dispongan las Reglas de Procedimiento y Prueba, establecidas por la Asamblea de los Estados partes, o bien, de manera provisional, por la propia Corte Penal Internacional, todo lo cual suscita cuestiones a propósito del principio de legalidad penal.

7. Investigación y juicio

Es obvio que todo el sistema de la justicia penal internacional se erige sobre el principio de que la jurisdicción internacional puede y debe investigar, perseguir, juzgar y resolver sobre delitos de alcance internacional cometidos en el territorio de cierto Estado o por nacionales de éste, que pudieran estar sujetos, originalmente, a la jurisdicción de ese Estado con exclusión de cualquier otra. Esto último queda abolido por el nuevo Derecho internacional, siempre sin perjuicio del carácter complementario o subsidiario del régimen internacional. De no ser así, carecería de sentido el establecimiento de un tribunal penal internacional, o éste sólo podría pronunciarse en aquellos asuntos excluidos, en principio, de la jurisdicción de los

Estados nacionales, como pudiera ocurrir en el caso de delitos cometidos fuera del **territorio -tierra, mar, espacio aéreo- de** cualquiera de aquéllos, y siempre sin perjuicio del régimen de persecución universal de los delitos que se aloja en el propio Derecho penal nacional.

Así, el artículo 54.2 del Estatuto faculta al fiscal para realizar investigaciones en el territorio de un Estado. Igualmente, los artículos 13 y 54 lo facultan para llevar a cabo investigaciones en su sede o en otros lugares, eventualmente, acerca de delitos cometidos en el territorio de un Estado. Añádase a esto la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice al fiscal la práctica de investigaciones sin haber obtenido la colaboración del Estado, es decir, sin o contra la voluntad de éste (artículo 57.3, d). Evidentemente, la jurisdicción de la Corte abarca todos estos casos, que son su razón de ser y constituyen, por lo tanto, el eje de su función.

La actividad de los organismos internacionales que ahora examinamos supone diversas potestades que se reflejan sobre: a) las atribuciones soberanas del Estado al que corresponde el territorio en el que se cometió el delito (o al que corresponde la nacionalidad del agente, cuando este dato interese para los efectos de la jurisdicción penal nacional); y b) los derechos de particulares, que se encuentran vinculados a las decisiones del tribunal; así sucede con la investigación y el enjuiciamiento mismos, y esto se traduce en

múltiples obligaciones: una de las más relevantes, pero no la única, se encuentra en la posibilidad de que la CPI ordene directamente comparecencias y practique interrogatorios (artículo 54.3, b).

De 10 anterior resultan algunas hipótesis a considerar: a) investigaciones practicadas en el territorio de un tercer Estado, que pudieran quedar a cubierto bajo normas ordinarias de colaboración judicial internacional; y b) investigaciones practicadas en el territorio mismo del Estado en que se cometió el delito y juicios por ilícitos cometidos en éste, todo lo cual entraría en colisión, por lo que toca a México, con el primer párrafo del artículo 21 constitucional. Efectivamente, en los términos de nuestro Derecho constitucional "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial (y la) investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público". Se trata, pues, de funciones que sólo puede atender el Estado mexicano a través de aquel poder y de este organismo, cuando vengán al caso delitos sujetos a la competencia de las autoridades mexicanas, como son, precisamente, los perpetrados en el territorio de la República. No sería posible aceptar que por simple acuerdo entre el Estado y la Corte hubiese una especie de "relevo" de la autoridad nacional (Ministerio Público y tribunales penales competentes) en el desempeño de atribuciones constitucionales exclusivas.

8. Colaboración persecutoria

La colaboración que los Estados deben

brindar a la Corte (eventualmente puede existir, asimismo, una colaboración de ésta con aquéllos) va más allá de la colaboración procesal existente en el orden internacional, porque la que ahora se actualiza implica, a diferencia de ésta, una exclusión del Estado colaborador con respecto a aquello que sería, ordinariamente, la materia misma de su competencia. En otros términos, la colaboración que un Estado suele brindar a otro, al amparo de convenios o de la regla de reciprocidad, se dirige a permitir que este último, con el apoyo de aquel -el Estado que brinda la colaboración-, pueda llevar a cabo en condiciones adecuadas la función que le compete, en tanto que la colaboración bajo el sistema penal internacional supone que esa función es absorbida por la CPI, y que el Estado al que correspondería natural u originalmente realizarla colabora con la Corte para que ésta asuma y despache la función que adquiere de manera subsidiaria.

Por la gran importancia que esta cuestión reviste, la Convención de Roma le ha dedicado una parte del instrumento, en forma específica, ordenada como "Parte IX" y desarrollada bajo el epígrafe: "De la cooperación internacional y la asistencia judicial", En el ámbito de la colaboración persecutoria es posible distinguir, para fines de exposición y sistematización, entre una regla general, una instrumental y una regla específica, en caso de colisión de normas.

A) La regla general en esta materia se localiza en el artículo 86 del Estatuto: los

Estados partes "cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia". Constituye, igualmente, regla general derivada de aquélla -ahora bajo la perspectiva de la CPI-, que los órganos de la jurisdicción penal internacional actuarán con la autorización y cooperación de los Estados. Existe, sin embargo, la posibilidad de que no sea así, como ya mencioné al referirme a las actividades indagatorias por parte del fiscal. En efecto, el artículo 57.3, d) de la Convención atribuye a la Sala de Cuestiones Preliminares la facultad de autorizar al fiscal -y a éste, por ende, la de actuar conforme a esa autorización- para practicar investigaciones sin haber obtenido la colaboración del Estado en cuyo territorio hayan de practicarse aquéllas, cuando dicho Estado no se encuentre en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación por no existir autoridad u órgano competente para ese cumplimiento. Obsérvese que se trata de un caso extremo: la inexistencia, falta absoluta, de órgano competente para brindar la colaboración solicitada, no sólo la negativa a proporcionarla o la ineficacia de la autoridad.

B) Se pueda calificar como regla instrumental la disposición que obliga a los Estados a ajustar sus propios instrumentos normativos internos a las disposiciones del Derecho internacional, para evitar colisiones y permitir que exista la armonía conducente al cumplimiento de los compromisos internacionales. Es así que el artículo 88 determina que los Estados

partes en la Convención de Roma "se asegurarán de que en el Derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte" del Estatuto.

C) No obstante lo anterior, existe una regla específica para supuestos de colisión de normas en que pudieran hallarse las disposiciones del Estatuto y los principios jurídicos más relevantes en el orden interno de un Estado. Para ello el artículo 93.3 de la Convención de Roma establece una solución que favorece al plano nacional, seguramente para evitar quebrantos mayores en el Derecho de este orden: si la ejecución de la medida solicitada por los órganos de la jurisdicción internacional "estuviera prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho 'ya existente y de aplicación general, el Estado requerido celebrará sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión. En las consultas se debería considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Si, después de celebrar consultas, no se pudiera resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario".

No deja de llamar la atención esta "deferencia hacia el orden interno", tomando en cuenta el generalizado principio -expreso en el régimen de los tratados- de que un Estado no puede invocar una norma de Derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional internacional. Otra cosa es, por supuesto, que el Estado se abstenga

de participar en un convenio o tratado, porque éste contrarie sus normas internas, o que formule reservas -impracticables en el caso del Estatuto de la CPI, como ya vimos- para sortear los problemas de Derecho doméstico que le causa la norma internacional. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el citado artículo 93.3 del Estatuto no se refiere a cualesquiera disposiciones nacionales o a reglas que el país expida después de que se ha comprometido en la Convención de Roma, sino sólo a "principios fundamentales de derecho ya existentes".

A este respecto pueden surgir controversias. Se trataría de aquellas que la propia CPI debe resolver conforme al artículo 119.1 del Estatuto, no de las que llegarían al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, pues éstas son las que surgen entre dos o más Estados parte en la Convención de Roma (artículo 119.2), que no es el caso. Empero, la redacción del artículo 93.3 sugiere que la solución queda en manos del Estado nacional, en cuanto señala, de manera tajante, que si no se resuelve el punto a través del entendimiento entre el Estado y la Corte, ésta "modificará la solicitud (de cooperación) según sea necesario".

El cumplimiento ilegítimo o irregular de la cooperación requerida puede traer consigo vicios de procedimiento que alteren el procedimiento internacional y comprometan sus resultados, como sucedería si las pruebas se reuniesen con grave violación

de las reglas aplicables a la materia probatoria. Existe un control de legalidad a cargo de los órganos correspondientes en el Estado al que se requiere cooperación, control que se halla sujeto, en lo pertinente, a las normas internacionales y a las disposiciones nacionales. Así se observa en un precepto con amplio campo de aplicación: "Las solicitudes de asistencia se cumplirán de conformidad con el procedimiento aplicable en el derecho interno del Estado requerido" (artículo 99.1), que rige tanto la naturaleza y competencia del órgano nacional-autoridad judicial, en caso de que la Constitución así lo prevea para determinados supuestos de afectación de derechos individuales-, como el desarrollo del procedimiento -que implicaría observancia de garantías fundamentales-. El sistema de control bajo el Derecho interno se contempla también en una hipótesis específica: la autoridad local debe determinar si "[l]a detención se llevó a cabo conforme a derecho" (artículo 59.2, b) Y "se han respetado los derechos del detenido" (idern, e), norma que amplía la disposición de nuestro artículo 16 constitucional, sexto párrafo: "En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

Uno de los grandes temas del nuevo Derecho internacional es el relativo a la resistencia de un Estado a colaborar con un tribunal internacional, se trate de actos dentro de un proceso en marcha, que

tengan que ver con informes, pruebas, capturas, presentaciones, medidas precautorias, etcétera, todos los cuales tiene que ver con resoluciones formales de la corte internacional, o se trate del cumplimiento de una sentencia de fondo, cuya inexecución deja al garete la eficacia del sistema internacional.

Para afrontar ese problema, los convenios y tratados que instituyen jurisdicciones internacionales incluyen los procedimientos que han juzgado pertinentes. Desde luego, en última instancia se tratará de procedimientos con sustento jurídico en foro político, si no existe ya -como en efecto no existe- una autoridad jurisdiccional superior en grado a la que dictó la resolución o sentencia desatendidas. Pretender nuevas instancias judiciales revisoras, relativizaría la jurisdicción internacional y conduciría a una serie inagotable de impugnaciones.

El Estatuto prevé la resistencia de los Estados al cumplimiento de las determinaciones de la Corte, tanto si se trata de Estados partes en la Convención, que se niegan a "dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto" (artículo 87.7), como si se trata de Estados que no sean parte "y que haya(n) celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte (y) se niegue(n) a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieren tal acuerdo o arreglo"

(artículo 87.5). En estas hipótesis, la CPI puede llevar el asunto a la Asamblea de los Estados Partes -que "examinará cuestiones relativas a la falta de cooperación de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87" (artículo 112.2, f). o al Consejo de Seguridad, cuando éste le hubiera remitido el caso.

En ninguno de estos supuestos señala el Estatuto cuál será el trámite ante aquellos órganos -uno de los cuales, por cierto, es externo a la Convención de Roma y no podría quedar regulado por ésta-, ni cuáles pudieran ser, en su hora, las determinaciones que aquéllos adopten. En lo que respecta a la Asamblea, la queja -lo es, en esencia- de la Corte puede desembocar en declaraciones o en "oficios" que induzcan al Estado reticente al cumplimiento de sus compromisos internacionales, que han quedado baldíos en el caso específico al que se refiere la Corte. Empero, aquí no existe -o no solamente existe- una negativa de orden político, sino puede haber surgido una diferencia de orden jurídico importante y digna de consideración en términos precisamente jurídicos. La Asamblea podrá considerarlo al tiempo de "examinar" la cuestión que se le plantea bajo el artículo 112 del Estatuto.

En cuanto al envío del asunto ante el Consejo de Seguridad, es preciso tomar en cuenta que la intervención de éste como denunciante en el procedimiento jurisdiccional internacional obedece a las funciones que la Carta de las Naciones

Unidas le otorga, y especialmente a su "responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales" (artículo 24.1 de esa Carta), lo cual se vincula a la facultad del propio Consejo para "determinar(...) la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión" (artículo 39 de idem). A estas atribuciones y preocupaciones obedecerá la decisión del Consejo de remitir un caso a la Corte. En el ejercicio de su encomienda, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas muy diversas, que van desde las instancias menos rigurosas hasta el empleo de la fuerza.

9. Inicio de oficio

En esta selección de puntos del Estatuto que plantean algún problema con respecto a a normativa constitucional o legal de nuestro país, me interesa destacar uno de los supuestos para el inicio de la indagación por parte del fiscal. El artículo 15.1 del Estatuto previene que "el fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte".

En contraste, el artículo 16 constitucional postula -conforme a la uniforme interpretación de los requisitos exigidos para el libramiento de una orden de aprehensión, que igualmente se aplican a la averiguación previa- que la investigación a cargo del Ministerio Público comienza precisamente a partir de una denuncia o una querrela (antes de la reforma de 1999 se aludía también, innecesariamente, a una

acusación). actos cuya satisfacción figura entre las garantías a favor del inculgado. No hay espacio constitucional, en consecuencia, para el inicio oficioso, a la manera de la pesquisa tradicional, terminantemente rechazada por la ley, la jurisprudencia y la doctrina en México. Últimamente, sin embargo, se consagró una forma espuria de inicio de la investigación: mediante delación, que desencadena ciertos actos indagatorios por parte del Ministerio Público, que no son otra cosa que diligencias de averiguación previa. Esta figura anómala e inconstitucional es una -entre varias- de las aportaciones controvertibles de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

10. Principio de oportunidad en la investigación y el enjuiciamiento

En el procedimiento ante la CPI existe amplio campo para que opere el principio de oportunidad procesal, opuesto al de legalidad persecutoria. Bajo éste, proceden invariablemente la indagación y el juicio cuando se reúnen los requisitos formales para que así suceda, independientemente de la opinión que pudieran sustentar -en vista de la naturaleza misma de los hechos y de la repercusión del juzgamiento- los órganos de persecución o juicio. Bajo el principio de oportunidad, en cambio, se supedita la persecución -a partir de la **indagación misma, o en un momento** posterior del procedimiento- o a la ventaja social, política o ética de realizarla; se atiende, pues, a valoraciones de los órganos de persecución y jurisdicción o de

otros órganos llamados a intervenir, y no sólo al fundamento jurídico del procedimiento..

A este respecto, me ocuparé de las hipótesis que considera la Convención expresamente, así como de aquéllas que pudieran resultar de cierta interpretación de los preceptos convencionales, que obedecen a la inconveniencia (hablo de **"conveniencia"** porque me refiero a la oportunidad persecutoria; aquélla informa ésta) de perseguir conductas relativamente menos graves, a la falta de afectación de la paz o la seguridad y a la ausencia de interés de la justicia..

A) Anteriormente me referí a la caracterización de "graves" que el Estatuto reserva para los actos constitutivos de crímenes de guerra, en los términos del artículo 8 de la Convención. Apunté posibles interpretaciones acerca de ese rasgo de "gravedad". Si se estima que la calificación de gravedad -y por ende la procedencia del enjuiciamiento- radica en la Corte, nos hallaríamos ante una expresión del principio de oportunidad. De ser así, cuando se advierta, *prima facie*, que no es grave una conducta encuadrable en el artículo 8, carecerían de sentido la investigación y, en su caso, el juicio. Si la ausencia de gravedad se acredita en el curso del proceso, éste cesaría. La posibilidad que ahora menciono se fortalece con la posibilidad de exclusión que deriva de la no admisibilidad que *supra* señalé y abajo menciono nuevamente, fundada en el artículo 17.1, d). Obviamente, otra será la solución si se estima que la mera inclusión

de conductas en el artículo 8 supone gravedad de las mismas, y que este punto -resuelto por la Convención- no queda sujeto a la apreciación judicial.

B) Prevalece el criterio de oportunidad, vinculado a estimaciones acerca de la paz y la seguridad, en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que implican remisión de un caso a la Corte (artículo 13, b) o suspensión de la investigación o el enjuiciamiento (artículo 16), mayormente cuando esa suspensión se actualiza con respecto a un procedimiento que no se inició por instancia del propio Consejo de Seguridad, sino por remisión que hizo un Estado o por actuación oficiosa del fiscal, una y otra debidamente sustentadas en la Convención.

C) Inadmisibilidad del caso -un tema que examinaré en otros puntos del presente estudio- porque "el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte" (expresión -me refiero a "otras medidas"- ciertamente equívoca) (artículo 17.1, d). Esta causa de inadmisibilidad puede tener alcance genérico, esto es, aplicarse a cualesquiera conductas típicas, no sólo a aquellas en que interviene, expresamente, la caracterización de "graves", como sucede con las incorporadas en el artículo 8.

O) El fiscal, en evidente ejercicio de una facultad discrecional fincada en la oportunidad, puede determinar, *in limine*, que no existe fundamento razonable para la investigación (una determinación que se sujeta, como examinaré en otro lugar,

a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares) por existir "razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia" (artículo 53.1, c). En la especie, cesa el procedimiento al quedar excluida la investigación.

E) De manera similar, el fiscal puede considerar, una vez realizada la investigación, que no hay fundamento bastante (entiéndase: un fundamento material, valorativo, no un fundamento formal, normativo, que pudiera existir) para el enjuiciamiento, ya que éste "no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen" (artículo 53.2, c). En tal caso, el fiscal notifica a la Sala de Cuestiones Preliminares, al Estado que remitió el asunto o al Consejo de Seguridad, si fue éste quien hizo la remisión.

F) En los casos mencionados en los dos párrafos anteriores, la Sala de Cuestiones Preliminares puede revisar la decisión del fiscal, que surtirá efectos si es confirmada por aquélla (artículo 53.3, b).

G) Cabe preguntarse, finalmente, si también puede obedecer a la aplicación del principio de oportunidad la decisión del fiscal, autorizado por la Sala de Primera

Instancia, de retirar los cargos cuando ha comenzado el juicio (artículo 61.9).

En México, la averiguación de los delitos y el enjuiciamiento penal se hallan sujetos al principio de legalidad: planteadas la denuncia o la querrela, el Ministerio Público debe investigar, y una vez presentes los elementos que la ley previene -entre nosotros, cuerpo del delito y probable responsabilidad-, debe ejercitar la acción penal. Existen, sin embargo, algunas aplicaciones del principio contrario, esto es, la oportunidad, en cuyos términos la actuación punitiva del Estado se supedita a cierto criterio de voluntad y conveniencia, sea particular, sea público. Lo primero ocurre en los cada vez más numerosos supuestos de persecución por querrela: compete al ofendido o al legitimado para querrellarse ponderar la pertinencia de instar esa actuación, lo cual se consigue a través de la querrela, entendida como requisito de procedibilidad, o de hacerla cesar, lo cual se actualiza por medio del perdón. Lo segundo acontece en diversos casos: a) querrela u otro requisito de procedibilidad en manos de órganos del Estado; b) control de la persecución en el fuero de guerra, y c) hipótesis de "negociación" entre el Ministerio Público y el infractor con fundamento en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

11. *Ne bis in idem*

Una de las cuestiones más delicadas que suscita la jurisdicción penal internacional

frente a las jurisdicciones nacionales -punto de encuentro y conflicto, pues, entre la norma internacional y la norma nacional, y por lo tanto de roce entre el concepto de soberanía y las aplicaciones de la solidaridad internacional- se halla en la relatividad del principio *ne bis in idem*, que figura entre las reglas del Derecho penal moderno. Empero, el carácter absoluto de esta regla pudiera frustrar los objetivos del Derecho de gentes en el ámbito al que se refieren las presentes consideraciones.

Conviene recordar de una vez la adopción inflexible de tal principio en el artículo 23 de la Constitución mexicana: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene". Entendemos que esa proscripción mira hacia una triple identidad: primero, identidad de hechos (se pretende actuar nuevamente por hechos anteriormente juzgados, acerca de los cuales hubo sentencia firme); segundo, identidad de persona (se pretende procesar de nuevo a una persona que anteriormente fue juzgada y acerca de la cual se emitió sentencia firme); y tercero, identidad de vía (se pretende enjuiciar una vez más en la vía penal; dejen fuera, pues, los supuestos en que se intente un procedimiento civil o administrativo, que obedecen a otras pretensiones, con motivo de hechos que produzcan consecuencias no exploradas en la vía penal). A diferencia de lo que otros ordenamientos previenen, la norma mexicana no distingue entre absoluciones y

condenas: en ambos casos opera la cosa juzgada, un concepto que, por lo demás, suscita arduas cuestiones en Derecho procesal penal-inclusive, por supuesto, el régimen jurídico mexicano-, que no pretendo examinar ahora.

La Convención aborda el problema del *ne bis in idem* en: a) una norma general, bajo el epígrafe "Cosa juzgada" (artículo 20); b) unas normas especiales sobre admisibilidad del caso (artículos 17 a 19), en las que también se plantea y acepta el carácter complementario y subsidiario de la jurisdicción internacional con respecto a la nacional (artículo 17.1); y c) una regla general que se desprende del sistema adoptado por el Estatuto y que se podría formular en los siguientes términos: cuando exista una jurisdicción nacional dispuesta, capaz y suficiente, el asunto debe quedar a cargo de ella; por lo tanto, los órganos de la jurisdicción internacional se abstendrán de conocer. Si esa jurisdicción nacional no existe o no satisface las condiciones mencionadas, se actualiza el supuesto para que opere la nacional.

La norma general abarca el *ne bis in idem* absoluto, por una parte, y el relativo o condicionado, por la otra. En efecto, el principio opera inexorablemente en estas dos situaciones que se refieren a la propia Corte internacional y a otros tribunales, respectivamente: a) cuando la CPI ya conoció del caso y condenó o absolvió, no puede procesar de nuevo (artículo 20.1), y b) cuando la Corte ya conoció del caso

y condenó o absolvió, ningún otro tribunal puede procesar de nuevo (artículo 20.2). Las situaciones reguladas por aquella disposición general se relacionan con el principal ámbito de competencia material de la CPI, esto es, con el conocimiento de los delitos enunciados en el artículo 5.

Asimismo, existe la previsión de *ne bis in idem*, formulada en términos absolutos, cuando vienen al caso los delitos contra la administración de justicia internacional. En estos supuestos, empero, el principio no existe en la Convención de Roma, sino en las Reglas de Procedimiento y Prueba (regla 168): "Con respecto a los delitos indicados en el artículo 70 del Estatuto (que se refiere, precisamente, a dichos ilícitos contra la justicia), ninguna persona será sometida a juicio ante la Corte por una conducta que haya constituido la base de un delito por el que ya haya sido condenada o absuelta por la Corte o por otro tribunal".

La misma norma general del artículo 20 regula el *ne bis in idem* relativo o condicionado. Es aquí donde se establecen las derogaciones casuísticas de este principio clásico. Así, la CPI no procesará a quien ha sido juzgado en otro tribunal, a menos que este otro proceso: a) obedezca al propósito de sustraer al sujeto de su responsabilidad penal por delitos que caigan en la competencia material de la CPI (artículo 20.3, a); b) no haya sido instruido en forma independiente o imparcial conforme a las garantías

procesales reconocidas por el Derecho internacional (artículo 20.3, b); o c) haya sido instruido en forma que, según las circunstancias del caso, sea incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia (artículo 30.3, b).

El tema de *ne bis in idem* se plantea a propósito de la admisibilidad de un caso ante la Corte. A este respecto, el Estatuto prevé una distinción entre los criterios que sustentan la admisibilidad (y por lo tanto la admisión) o la inadmisibilidad (y por tanto la exclusión o el rechazo), y los datos que es pertinente considerar para que esos **criterios operen en un caso concreto.**

A) El asunto no es admisible ante la jurisdicción internacional cuando fue investigado por el Estado que tiene jurisdicción para conocer, y éste resolvió no ejercitar acción penal contra la persona de que se trata (artículo 17.1, b), o está siendo investigado o juzgado por el Estado correspondiente (artículo 17.1, a). Sin embargo, deviene admisible cuando se establece, en cualquiera de los dos supuestos mencionados, que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no puede hacerlo realmente. Evidentemente, tampoco es admisible un caso cuando el inculgado ya fue juzgado y no existen fundamentos, conforme al artículo 20.3, para que la Corte decida abrir un nuevo juicio (artículo 17.1.d).

B) Veamos ahora cuáles son los datos a

considerar por parte de la CPI para saber si el Estado que puede y debe conocer del asunto tiene o no disposición de hacerlo efectivamente: a) "que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte" (artículo 17.2, a); b) que haya demora injustificada en el juicio ante la autoridad nacional (artículo 17.2, b); o e) "que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" (artículo 17.2, c).

C) En lo que respecta a datos que permitan sostener que el Estado de jurisdicción natural u original no tiene capacidad para investigar o enjuiciar un asunto (artículo 17.3), la correspondiente incapacidad provendrá del colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia o de la carencia de ésta, de manera que el Estado no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas necesarias para el proceso o no está en condiciones, por otros motivos, de llevar a cabo el juicio.

No es desconocida la derogación relativa del *ne bis in idem* en otros órdenes jurisdiccionales. Así el artículo 35 del Convenio europeo sobre transmisión de procedi-

mientos en materia penal, de 1972, distingue entre el Estado que solicita a otro la instrucción de un procedimiento y los demás Estados contratantes. Aquél debe respetar el principio; en cambio los otros no están obligados "a reconocer el efecto de *ne bis in idem* si el hecho que haya dado lugar a la sentencia hubiese sido cometido contra una persona, una institución o una propiedad con carácter público o si la persona contra la que se pronunció la sentencia tenía carácter público en ese Estado".

Otro tanto ocurre conforme al artículo 4 del Protocolo 7 (22 de noviembre de 1984) al Convenio Europeo sobre derechos fundamentales, de 1950. El párrafo 1 de ese precepto establece el *ne bis in idem* cuando hubo absolución o condena, pero el párrafo 2 puntualiza: "Los dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones **nuevas, o cuando un vicio esencial en el procedimiento anterior** pudieran afectar a la sentencia dictada".

12. Inmunidad de funcionarios

La inmunidad implica la sustracción parcial o total de una persona al proceso penal. No trae consigo necesariamente la exclusión del ámbito de validez subjetiva del Derecho penal. En consecuencia, lo que se excluye, difiere o condiciona es el **proceso, no la pena misma, pero es obvio**

que aquello incide sobre esto. De ahí que las inmunidades hayan de reconocerse de manera excepcional y limitada, siempre restringidas a lo que es su razón de ser en una sociedad democrática, en la que el funcionario no puede ser *legibus solutus*. Un sistema de inmunidades nacionales infranqueables en favor de altos funcionarios podría acarrear el mayor tropiezo de la justicia penal internacional, que se sustenta en la necesidad de abatir la impunidad que frecuentemente ha acompañado la comisión de gravísimos delitos por parte de dirigentes políticos, a cubierto de persecuciones penales en sus propios países.

El artículo 27.2 dispone: "Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella". Se trata del mayor rechazo jurídico a la operación de inmunidades, puesto que abarca los dos planos que entran en juego sobre este punto: el nacional y el internacional. Es natural que el Estatuto no acepte inmunidades internacionales que se convierten, para efectos prácticos, en inmunidades o impunidad internacionales, ni admita antejuicios locales que pudieran frustrar el juicio internacional ante la Corte. Por otra parte, esto suprime garantías funcionales en el desempeño del cargo, y restringe -en hipótesis- la libertad y la seguridad del funcionario.

Esto entra en conflicto con estipulaciones del Título Cuarto de la Constitución mexicana, un conflicto que se extrema en el caso del Presidente de la República. En este ordenamiento nacional supremo, el Presidente sólo puede ser sujeto, en el curso de su mandato -es decir, mientras desempeña esa elevada función; no hay inmunidad que impida la persecución posterior por delitos cometidos durante el desempeño de la presidencia-, a responsabilidad penal por traición a la patria y por "delitos graves del orden común" (artículo 108 constitucional, segundo párrafo). Aquí la referencia a delitos comunes -en la que **se conserva una redacción histórica que es defectuosa técnicamente**, como ocurre en otros textos constitucionales- debiera entenderse como deslinde entre estos ilícitos y los supuestos de juicio político, al que se halla sustraído el Presidente de la República, no como exclusión de delitos del llamado fuero federal. Si la traición a la patria no queda dentro del catálogo de figuras del Estatuto, éste abarca sin duda delitos comunes graves. Ahora bien, el enjuiciamiento del titular del Ejecutivo se halla reservado a la Cámara de Senadores (artículo 111 constitucional, cuarto párrafo). Por su parte, la Convención de Roma no sólo no hace salvedad en lo que respecta a un jefe de Estado o gobierno, sino comprende estos casos, explícitamente: el cargo que tenga una persona, "sea jefe de Estado o de gobierno (...) en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena" (artículo 28.1).

Se ha mencionado que el Estatuto pudiera ser interpretado, en lo que respecta a las inmunidades de funcionarios previstas por la Constitución, en el sentido de que la entrega de estos imputados se hiciera sólo después del retiro de la inmunidad y en la medida en que esto se acuerde así por el Congreso. A favor de esta interpretación se aduce una norma del Estatuto: "los Estados partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con el procedimiento establecido en su derecho interno" (artículo 89). El punto es discutible. En principio, la idea en la que se funda el citado artículo 27.2 no parece sustentar semejante interpretación.

13. Defensa

El Estatuto recoge normas sobre el derecho del inculpado a contar con defensor, un derecho que no es tan extenso, sin embargo, como el que le reconoce el Derecho mexicano, que sobre este punto se inspira en la idea de defensa-función, acepta el principio de libre defensa y además califica -valoriza- el desempeño de la defensa.

Dice la Convención de Roma que durante la etapa de investigación, que se realiza ante la autoridad del fiscal-pero no necesariamente en la sede del tribunal, sino también en el territorio del Estado en que se encuentra el sujeto-, el imputado tiene el derecho a ser asistido por el abogado que elija. Se entiende, pues, que aquí entrará en juego un profesional particular -licenciado en Derecho, diríamos en

México-libremente nombrado por el imputado. Si éste no cuenta con dicho asistente, tiene derecho a que "se le designe un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia" (artículo 55.2, e). Por lo que hace a la siguiente etapa procesal, la de juicio, el inculpado puede disponer de abogado de su elección; asimismo, se dispone que se le informe, "si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio" (artículo 67.1, d). En la hipótesis de este segundo precepto parece lógico sostener que la norma establece la misma solución que en la del primero, a pesar de la diferencia en la redacción. Así, el imputado tiene en ambos casos dos derechos, que se ejercen en forma alternativa: a) contar con defensor de su elección, y b) recibir el auxilio de un defensor de oficio; para esto último, es natural que se le informe de la posibilidad que el Estatuto previene, a fin de que haga uso de ella, en su caso.

De todo lo anterior derivan algunos datos relevantes. Por una parte, el defensor debe ser profesional, esto es, abogado. Considérese, en contraste, que la fracción IX del artículo 20 de la Constitución mexicana dispone que el inculpado podrá defenderse "por sí, por abogado, o por persona de su confianza". La disposición del Estatuto probablemente no excluiría la defensa por parte del propio inculpado, pero no admitiría la que se pretendiera ejercer por persona de la confianza de éste que no

fuese al mismo tiempo abogado. Otro punto relevante es el relativo a la calidad de la defensa. Nada se dice al respecto en la Convención de Roma. En cambio, la ley suprema de México habla del "derecho a una defensa adecuada". No analizaré ahora las características que debe tener ésta, expresamente requerida por la Constitución; en todo caso, la defensa "inadecuada" no satisfaría la garantía constitucional.

Finalmente, en el Derecho procesal penal constitucional la defensa es función del Estado, de carácter necesario, y en este sentido concurre directamente -como alguna doctrina ha sostenido, a propósito de la naturaleza de la defensa en el proceso penal- a integrar la personalidad procesal del imputado. Por ello no es posible prescindir de defensa, aunque aquél renuncie a ejercer su derecho. En otros términos, no sólo se considera la defensa como un derecho del inculcado, sino como una necesidad objetiva para los fines de la justicia penal. En cambio, bajo el Estatuto la provisión de defensor de oficio se halla supeditada a una ponderación adicional: el interés de la justicia. En mi concepto, este interés tiene carácter objetivo -no se trata, en efecto, de una "ventaja" o "conveniencia" de alguno de los sujetos procesales, en contraste con la "ventaja" o "conveniencia" de otro-, y por fuerza se relaciona con los propósitos característicos de la justicia penal: conocimiento de la verdad material por medios legítimos, debido análisis de los hechos

atribuidos al imputado y del derecho aplicable al caso, y emisión de una sentencia justa.

Conforme a la ley constitucional mexicana, la satisfacción de ese interés de la justicia requiere que haya defensor de oficio, cuando no existen autodefensa o defensor particular. Por el contrario, en el procedimiento penal internacional la intervención del defensor no es una exigencia categórica del interés de la justicia; es posible que éste se satisfaga sin aquélla. Puesto que no existe un requerimiento inexorable sobre esta materia, la autoridad del procedimiento deberá valorar el punto y resolver lo que a su juicio -no ajuicio de la ley, un juicio preexistente al del juzgador y vinculante para éste, como sucede en el régimen de la Constitución mexicana- sea pertinente para servir al interés de la justicia. Evidentemente, será posible arribar a la conclusión de que ese interés no "exige" que haya defensor de oficio, aunque tampoco exista autodefensa del inculcado. En fin de cuentas, es factible que el procedimiento penal se realice sin la actividad del defensor. Esto implicaría una seria deficiencia en la función misma de la defensa, inerte frente a las funciones de la acusación y la jurisdicción.

Por otra parte, el Estatuto procura que el inculcado cuente con defensa, en sentido amplio. Al respecto hay interesantes hipótesis de iniciativa judicial en esta materia. Así ocurre cuando viene al caso lo que aquél denomina la "oportunidad

única de proceder a una investigación", supuesto que trae consigo ciertas diligencias precautorias -o bien, diligencias realizadas de manera precautoria, para asegurar la justicia del caso concreto- conforme al artículo 56.

En ese supuesto específico, la Sala de Cuestiones Preliminares debe observar ciertas normas, a saber: a) a petición del fiscal, adoptará medidas "para proteger los derechos de la defensa" (artículo 56.1, b); b) en el caso de que aún no se hubiesen producido la detención o la comparecencia del inculcado o no se hubiera designado defensor, la Sala podrá "nombrar otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa" (artículo 56.2, d); Ye) cuando "considere que el fiscal no ha solicitado medidas previstas en el presente artículo que, a su juicio, sean esenciales para la defensa en juicio, le consultará si se justificaba no haberlas solicitado. La Sala podrá adoptar de oficio esas medidas si, tras la consulta, llegare a la conclusión de que no había justificación para no solicitarlas" (artículo 56.3, a).

14. Libertad provisional

El procedimiento penal moderno, de orientación democrática, prefiere la libertad procesal mientras se arriba a la sentencia -una libertad incondicionada o, sobre todo, provisional y condicionada-, por encima de la prisión preventiva del inculcado. Aquella es consecuente con el principio de inocencia, que la regla de prisión

preventiva coloca en predicamento. El Estatuto autoriza la libertad provisional del inculcado en el Estado en que se practica la detención de éste -México, en su caso-, con determinadas condiciones o requisitos (artículo 59.3 y 4).

Al resolver sobre la libertad provisional, el juez nacional ("la autoridad competente del Estado de detención", señala el Estatuto) "examinará si, dada la gravedad de los presuntos crímenes, hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional y si existen las salvaguardias necesarias para que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte". Como se ve, existe la posibilidad de negativa en función de la gravedad de los presuntos crímenes -en principio, todos los crímenes recogidos en el Estatuto son graves-, a no ser que la excarcelación se justifique a la luz de circunstancias "urgentes y excepcionales", por una parte, y a condición de que se adopten salvaguardias -que deberán **consistir, lógicamente, en restricciones de tránsito y alojamiento, y/o medidas de estrecha vigilancia-** que permitan al Estado de detención cumplir el deber de entrega del inculcado.

Eso no es todo, en los términos del Estatuto. Existe un punto previo a la decisión sobre la solicitud de libertad, que en tal virtud opera como factor de diferimiento de aquella: se notificará a la Sala de Cuestiones Preliminares, "que hará recomendaciones a la autoridad competente el

Estado de detención. Antes de adoptar su decisión, la autoridad competente del Estado de detención tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones, incluidas las relativas a medidas para impedir la evasión de la persona" (artículo 59.5).

En consecuencia, la resolución sobre libertad se articula en un acto complejo en el que intervienen, con funciones de autoridad, tanto el tribunal nacional como el internacional. En la integración de este acto cabe la posibilidad de que las normas internacionales coincidan con las nacionales, pero también puede ocurrir que exista **diferencia más o menos relevante entre ambas**, una discrepancia que podría afectar la concesión o negativa de la libertad. Así, es factible que la ley local permita la libertad -por mandato imperativo de la norma o a través de la discrecionalidad judicial que aquella misma autorice-, pero el criterio de la CPI sea adverso a la excarcelación. También pudiera ocurrir lo contrario: que la instancia nacional no permita la libertad y, en cambio, la internacional la considere pertinente. Finalmente pueden surgir discrepancias, no delezna- bles, en lo relativo a las medidas que es preciso adoptar para asegurar la presencia del sujeto en el juicio.

Puesto que la Sala de Cuestiones Preliminares no gobierna sus actos por la ley del Estado de detención, sino por las normas -y con los fines- del Estatuto, sólo se atenderá a éstas, independientemente de las condiciones mayores o menores que

pudiera prever la ley local: elementos de fondo y forma, en lo que respecta al sustento de la libertad, a las medidas para asegurar la aprehensión o reaprehensión y al plazo para conceder la excarcelación. Este último extremo tiene especial interés, porque puede significar alteración de la regla nacional en materia de libertad provisional.

En caso de discrepancia entre la autoridad nacional y la internacional, el Estatuto parece sostener la prevalencia de ésta. Esto se desprende del deber de que la autoridad nacional "tendrá plenamente en cuenta esas recomendaciones", a no ser que se entienda, forzando las cosas, que en este caso el "tener en cuenta" significa únicamente recibir, analizar, reflexionar, valorar, y a la postre aceptar o rechazar. Por otra parte, la colisión podría examinarse bajo el artículo 93.3, que se refiere precisamente a las medidas de asistencia por parte de los Estados, en la hipótesis en que la requerida por la Corte Penal Internacional entre en conflicto con un "principio básico de derecho ya existente y de aplicación general", como pudiera ser el relativo a la libertad de un inculpa- do. En tal supuesto, como ya vimos, la CPI deberá modificar su solicitud.

La Constitución mexicana resuelve, a propósito de la libertad provisional bajo cau- ción, que: a) se deberá conceder "inme- diatamente que lo solicite" el inculpa- do; b) se negará en todo caso cuando el procedimiento obedezca a la probable

comisión de delitos graves (por ende, en estos supuestos no existe la posibilidad de que el juez conceda la libertad: existe un "prejuicio" -un juicio previo e insuperable- de la norma constitucional; e) en los restantes casos procede conceder la libertad, pero el tribunal podrá negarla en los supuestos que detalla el primer párrafo de la fracción I del artículo 20 constitucional, que no necesariamente corresponderán a los criterios que sustente la CPI; y d) la revocación se halla sujeta a la ley, que ponderará los "casos graves" para que cese la libertad.

15. Conocimiento sobre el acusador

El inculpado conforme al Estatuto dispone de varios derechos procesales que en su mayor medida coinciden con los que bajo el concepto de "debido proceso legal" reconocen las legislaciones nacionales. Empero, parece haber una salvedad en lo que toca al conocimiento sobre la persona que formula la imputación.

Conforme al artículo 67.1, a), el acusado tiene derecho "a ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan". De acuerdo con el régimen general del Estatuto, el fiscal puede realizar diversas diligencias de investigación, generalmente probatorias, dentro y fuera del Estado. Ahora bien, en ninguno de estos supuestos se incluye explícitamente el derecho del inculpado a

ser informado del nombre de su acusador, como lo estipula el artículo 20, fracción **III**, de la Constitución mexicana.

Desde luego, el problema no se allanaría con informar al inculpado que los cargos -y la instancia misma de apertura del procedimiento- provienen de un Estado o del Consejo de Seguridad, y ni siquiera del fiscal adscrito a la CPI, del mismo modo que no se resolvería, en los términos del Derecho mexicano, si la autoridad se limita a decir al inculpado que es el Ministerio Público quien lo acusa.

16. Diligencias a puerta cerrada o *ex parte*

Este punto guarda relación con el examinado en el apartado anterior, en cuanto ambos se relacionan con el pleno conocimiento, por parte del inculpado, de los datos que figuran en el procedimiento que se sigue en su contra, conocimiento que sirve, a su vez, a la más amplia posibilidad de defensa. El Estatuto permite la realización de diligencias a puerta cerrada, también denominadas *ex parte*, en el curso de prácticamente todas las etapas del juicio, en dos supuestos: a) por razones de seguridad nacional, que aduzca el Estado al que pudieran afectar la publicidad del acto o la difusión de ciertos hechos (artículo 72), y b) para protección de testigos, familiares de éstos, víctimas o acusados, aun cuando en esta hipótesis es posible recurrir a la práctica de pruebas por medios electrónicos (artículo 68).

Obviamente, esto puede significar que el inculpado carezca de la oportunidad de conocer planteamientos adversos a sus intereses, y probar y alegar en tales casos.

Es interesante tomar en cuenta que cuando la Corte autoriza este género de diligencias, puede establecer presunciones que afectan la suerte del juicio y, desde luego, la del inculpado. Efectivamente, en distintos supuestos, dentro de esta misma materia, podrá "establecer las presunciones respecto de la existencia o inexistencia de un hecho que sean apropiadas en razón de las circunstancias" (artículo 72.7, a, iii), y "establecer las presunciones relativas a la culpabilidad o la inocencia del acusado que sean apropiadas en razón de las circunstancias" (artículo 72.7, b, ii).

En este orden de cosas, conviene deslindar entre los casos en que la actuación no afecte ni pueda afectar, por sí misma, los derechos del inculpado, y los casos en que la actuación interese tales derechos, como sucedería si en la especie viera restringidas algunas de sus facultades fundamentales, no sólo a la luz de la legislación nacional, sino de la propia normativa internacional; por ejemplo, el derecho a conocer los cargos que se le hacen y a disponer de una defensa adecuada. En un extremo específico el Estatuto sale al paso de peligros de este género. Ocurre así cuando autoriza la presentación de resúmenes de pruebas e informes cuando la divulgación de éstos mismos pudiera entrañar peligro grave para la seguridad

de un testigo o de su familia, y en seguida añade: "Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos" (artículo 68.5).

El Estado resulta ser, naturalmente, el juez último de su propia seguridad, y por ello puede resistir el criterio de la CPI que requiere información. En este caso, la diferencia puede culminar en la presentación del punto por la propia Corte ante la Asamblea de los Estados Partes o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si éste hubiera remitido el asunto al órgano jurisdiccional internacional (artículos 72.7, a, ii, y 87.5).

La Convención de Roma acerca de esta jurisdicción internacional señala, en otra hipótesis que guarda relación con el problema que ahora examinamos, que puede haber audiencia de confirmación de cargos en ausencia del inculpado no sólo cuando éste renuncia a estar presente en ella, sino también cuando haya huido o no sea posible encontrarlo, y no necesariamente estará representado, en esos casos, por un defensor (artículo 61.2).

En contraste con todo lo anterior, el artículo 20 de la Constitución mexicana contiene derechos del inculpado con el siguiente alcance: a) "Se le hará saber en audiencia pública (...) el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el

hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo" (fracción III); b) "Siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra" (fracción IV); e) "Será juzgado en audiencia pública" (fracción VI); "Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso" (fracción VII), y "tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso" (fracción IX).

17. Extradición

Me he referido anteriormente a diversas medidas de colaboración de los Estados con la Corte. Ahora aludiré a una de las más relevantes y características de este género de enjuiciamientos, que se halló, por cierto, en el origen de las frustraciones posteriores al Tratado de Versalles, cuando se trató de poner en marcha el tribunal previsto por aquél para enjuiciar al único inculpado del que se ocuparía esa corte internacional: el Káiser Guillermo II. Evidentemente, la actuación de la CPI requiere un sistema adecuado de colaboración que permita el traslado de los inculpados del Estado en donde se les captura a la sede de la Corte, para juzgar, primero, y ejecutar las sentencias, luego. De ahí que el artículo 89.1 del Estatuto permite a la Corte solicitar a un Estado no sólo la detención, sino también la entrega de inculpados -sujetos a la jurisdicción de la Corte- que se hallen en territorio de ese Estado. Se trata, en esencia, de una

extradición -se extrae a un individuo de la jurisdicción a la que se encuentra sujeto y se le pone a disposición de otra-, aunque se le denomine entrega. El artículo 119 de la Constitución mexicana sólo conoce la extradición a solicitud de un Estado, no así a petición de un órgano internacional. Puesto que se trata de normas garantizadoras de la seguridad individual, es necesario que los procedimientos que la limiten se hallen suficientemente sustentados en la ley fundamental.

En el examen de la extradición es importante asegurar la observancia de un arraigado principio del Derecho extradicional: la identidad de la norma, que en este caso puede suscitar algunas reflexiones. A mi juicio, como hice ver anteriormente, el hecho de que el Estado mexicano sea parte en la Convención implica la asunción plena de la norma internacional, en el marco de lo estatuido en el artículo 133 de la Constitución nacional. Así, ya no se plantea la necesidad de un cotejo -que en casos ordinarios es imprescindible- entre las disposiciones del requirente (la CPI, que esgrime el Estatuto) y las del requerido (México, que se atiene al artículo 133 constitucional: los tratados internacionales, y entre ellos el Convenio de Roma, cuando éste sea ratificado, son parte de la ley suprema de la Unión). Esas disposiciones son, pues, unas solas, aplicables a la Corte Internacional y a México. Desde luego, esto no excluye por sí mismo la utilidad -que habrá que valorar- de introducir reformas específicas en esta materia, para asegurar su mejor conocimiento público.

Otro punto digno de consideración es el que surge cuando la persona reclamada por la CPI "está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte". En tal situación, el Estado requerido, "después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte" (artículo 89.4). Como se advierte, el requerido debe conceder primero el traslado que se le solicita -no ejecutarlo- y sólo después podrá consultar. No hay norma sobre las características de esta consulta y la forma de resolver las discrepancias que pudieran surgir entre la CPI y el Estado.

También se plantea en el marco de estas reflexiones el tema de la extradición a un tercer Estado. La hipótesis es que el inculpado esté sujeto a la jurisdicción de la CPI en la sede de ésta, o bien, haya cumplido su pena o la esté cumpliendo en el llamado Estado de ejecución. El artículo 108.I dispone que "el condenado que se halle bajo la custodia del Estado de ejecución no será sometido a enjuiciamiento, sanción o extradición a un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega al Estado de ejecución, a menos que, a petición de éste, la Corte haya aprobado el enjuiciamiento, la sanción o la extradición". Esta norma pone a la vista un problema importante. En efecto, se estaría actuando sin intervención alguna del Estado que concedió la entrega a la Corte única y exclusivamente para el enjuiciamiento por delitos sujetos a la competencia de ésta y mencionados en la solicitud y en el acuerdo formal de en-

trega. Es semejante el problema que suscita el párrafo 3 del artículo 107: una vez cumplida la pena, el Estado de ejecución también podrá -con sujeción a lo dispuesto en el artículo 108, es decir, previa consideración y decisión de la CPI- "de conformidad con su derecho interno, extraditar o entregar por cualquier otra vía a la persona (cuya entrega se solicita) a un Estado que haya pedido la extradición o entrega para someterla a juicio o para que cumpla una pena".

Muy diferente es el caso de quien permanece voluntariamente en el Estado de ejecución durante cierto tiempo posterior al cumplimiento de la condena, o regresa a éste después de haber salido de él (artículo 108.3). Aquí opera ante todo la voluntad del sujeto.

18. Imprescriptibilidad

La pérdida o adquisición de derechos, así como la liberación de obligaciones, por el mero transcurso del tiempo, que puede contrariar a la justicia, es regla de seguridad jurídica. De ahí que la prescripción se aloje no solamente en la ley civil, sino también en la norma penal, aunque ésta provea constantes restricciones o condiciones, aplazamientos, diferimientos y extensiones para impedir, en la mayor medida posible y razonable, que el delincuente escape a la justicia. Prescripción es, vista desde otro ángulo, impunidad.

La prescriptibilidad de la pretensión punitiva -mejor que de la acción procesal- repugna al Derecho penal internacional,

sobre todo en lo que respecta a los más graves delitos. Así, el artículo 29 del Estatuto es enfático al decir: "Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán". Se puede entender que esa fórmula abarca dos hipótesis: no prescribirá la potestad de perseguir los crímenes recogidos en el Estatuto, y tampoco prescribirá la potestad de ejecutar las sentencias una vez que se ha condenado al reo.

En el Derecho mexicano prevalece la regla -que no tiene rango constitucional- de prescriptibilidad de ambas potestades: persecutoria y ejecutiva. Sin embargo, hay que observar que la duración de ciertos plazos de prescripción entraña, de hecho, imprescriptibilidad. Así puede ocurrir, en caso de delitos sancionados con penas privativas de libertad elevadas, bajo la duplicación de plazos prevista en el artículo 101 del Código Penal federal. Esta situación se extrema en los términos de la duplicación adicional establecida en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. El Código Penal de Veracruz, de 1980, inspirado en ideas defensistas que tienen raíz en el positivismo, contiene una solución radical: imprescriptibilidad.

19. Excarcelación por cumplimiento de Sanción

Hay una disposición a este respecto que puede entrar en conflicto con normas penales secundarias. El tema se plantea

en el caso de que haya apelación. El Estatuto resuelve que si la duración de la detención excede el tiempo de la sanción impuesta y apelan tanto el reo como el fiscal, se podrá prolongar la detención de aquél tomando en cuenta el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y "las posibilidades de que se dé lugar a la apelación" (artículo 81.2). Esta oscura expresión parece aludir a la posibilidad de que la apelación prospere.

En esta hipótesis no se rebasa el principio *ne reformatio in pejus* porque el fiscal también apeló, pero algunas disposiciones nacionales sostienen el principio de que la apelación en contra de sentencia condenatoria se admite en efecto suspensivo, esto es, no se ejecuta mientras concluye la segunda instancia. Ello permitiría que el apelante quedara o se mantuviera en libertad. Hay que distinguir, por otra parte, entre la situación que se presenta cuando la sentencia de primera instancia de la Corte impone cierta sanción específica que resulta inferior al tiempo ya cumplido en prisión preventiva, y la que aparece cuando éste va más allá -si tal es el improbable caso- del máximo que se estipula para el delito cometido (mejor dicho: del máximo estipulado en general por el Estatuto, puesto que, como hemos visto *supra* no hay una relación específica entre delitos y punibilidades. Esta es la hipótesis a la que se refiere el segundo párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional cuando dispone: "(No) podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del

que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso".

20. Abono del tiempo de detención

Este asunto guarda relación con el expuesto en el apartado anterior. El artículo 78.2 del Estatuto fija dos reglas que en conjunto crean un sistema ambiguo:

a) Al imponer una pena de reclusión, la Corte "abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. Como se ve, la disposición es terminante: se debe abonar ese tiempo -aunque sólo en el caso del que abarcó la detención dispuesta por la propia CPI-, lo cual coincide con lo establecido en el antepenúltimo párrafo del artículo 20 constitucio-

nal: "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de **detención**"; y

b) La Corte "podrá abonar cualquier otro periodo de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva de delito". En este caso, el abono es facultativo. Cabe entender que aquí se alude a detenciones ordenadas por una autoridad diferente de la CPI a propósito de la investigación o el procesamiento por el mismo delito -los mismos hechos, la misma conducta- del que conoció la Corte Internacional y que constituyó la materia de su sentencia. Tal sería el caso de la detención sufrida a consecuencia de la orden dictada por un tribunal nacional en los términos de la legislación local aplicable.

Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana: una crítica y una propuesta

Miguel Carbonell

1. Introducción: las tareas pendientes en materia de derechos humanos en México

Desde hace escasamente una década, el debate sobre los derechos humanos en México ha crecido en cantidad y en calidad. Una concreción importante de ese debate ha sido la incorporación constitucional de la figura escandinava del *ombudsman* en 1992 (artículo 102 inciso B), lo cual ha traído un elemento innovador al ordenamiento jurídico mexicano y ha contribuido para volver a poner en el centro de interés de la opinión pública varias de los temas de la agenda de los derechos humanos que llevaban años sin ser discutidos y analizados.

Lamentablemente, el interés de individuos y organizaciones no se ha visto correspondido con una actuación coherente y comprometida con los derechos por parte de los poderes públicos, con excepción de lo realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que a pesar de haber transcurrido por algunas etapas no dema-

siado brillantes, ha servido como una institución clave para el desarrollo de (y la toma de conciencia sobre) los derechos en los últimos años en México.

Podría ser muy amplia la lista de carencias que tienen los derechos en el quehacer jurídico y político nacional. En las páginas que siguen me limito a señalar solamente algunas, quizá las de carácter más general.'

La primera tiene que ver con el desorden que impera dentro del Título Primero Capítulo Primero de la Constitución de 1917. La sistemática utilizada en la redacción de dicho Título no es, ni mucho **menos, un modelo a seguir**. Las reformas de los últimos años, en vez de corregir los errores y deficiencias del texto constitucional, han servido para ensanchar sin ton ni son el contenido -solamente semántico. por desgracia- de las llamadas "garantías

individuales", para terminar conformando un conjunto que hoy en día resulta prácticamente incomprensible visto desde una perspectiva global.

En este sentido, una primera condición para que el texto constitucional pueda ser, no digo ya aplicado con plenitud, sino simplemente comprendido, es la de rediseñar por completo toda la temática de los derechos en la Constitución. Obviamente, no es que en el estado actual de la Constitución no se pueda hacer nada, pero sí que es cierto -rne parece- que bajo el contenido y la redacción vigentes las limitaciones para la actuación práctica de los derechos empiezan desde el propio texto constitucional, lo cual es muy grave. Una de las mejores pruebas de lo dicho lo constituye, por ejemplo, el artículo 4° o la nueva redacción del artículo 2°.

Lo ideal sería tratar de llevar a cabo una reforma constitucional lo más integral posible en esta materia. Dicha necesidad parte de la evidencia histórica, plenamente acreditada en los últimos ochenta años, de que las reformas parciales no han dado buen resultado, sino que más bien, por el contrario, han acabado nulificando la poca unidad contextual y conceptual que en algún momento seguramente tuvo el texto de 1917. Una oportunidad magnífica para realizar dicha tarea se daría en el momento, quizá todavía lejano, en que México se diera una nueva Constitución. Pero con nueva Constitución o sin ella, no hay que perder de vista la necesidad de mejorar la

regulación constitucional de los derechos. En la segunda parte de este ensayo se intentan apuntar algunos puntos para llevar a cabo esa nueva regulación.

Una segunda carencia importante que conviene mencionar ahora y que impacta en la temática del presente ensayo tiene que ver con el pobre papel que han jugado y siguen jugando los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos. En la arena de la protección jurisdiccional seguimos teniendo en México una serie de lastres de enormes dimensiones, sobre varios de los cuales también el artículo 4° constitucional ofrece abundantes ejemplos (por ejemplo en materia de derechos a la vivienda y a la salud, derechos reproductivos, derecho al medio ambiente).

No se trata solamente de la no existencia de vías jurisdiccionales internas para proteger los derechos sociales, económicos y culturales, sino en general del funcionamiento deficiente del poder encargado por mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales. El poder judicial federal, a pesar de que en los últimos años ha sido modernizado de forma importante, sigue actuando de manera poco "comprometida" (por decirlo de algún modo) con los derechos. Una parte de la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte (por no hablar de la jurisprudencia histórica, de la que se pueden sacar ejemplos que harían sonrojar al más conspicuo defensor de la "razón de Estado") pone de manifiesto la poca pre-

paración de sus integrantes en materia de derecho constitucional en general y de derechos fundamentales en particular.² En casi todas sus sentencias la Corte sigue anclada en un modelo de interpretación **constitucional marcadamente positivista**), sin tomar en cuenta los nuevos desarrollos que se han producido en el mundo en los últimos ¡cincuenta años! Es urgente una actualización de nuestros jueces en materia de interpretación constitucional.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura Federal, encargado de velar por la administración, vigilancia y disciplina de los jueces federales, ha violado en más de una **oportunidad el texto constitucional al convocar a "concursos de méritos"** para ocupar plazas judiciales que deberían haber sido ganadas por "concurso de oposición" de acuerdo al texto constitucional y al de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

A pesar de las actuaciones tan lamentables de los órganos superiores, en diversas instancias de la judicatura federal se encuentran jueces y magistrados valientes y bien preparados que no dudan en hacer valer las facultades que les otorgan la Constitución y las leyes para defender los derechos fundamentales. Por desgracia no **siempre encuentran ni apoyo ni ejemplo en las instancias revisoras de su actuación.**

La anterior es una de las razones -**otras son de carácter más bien estructural, no subjetivo**, como la que se acaban de

enunciar- por las que haría falta crear un tribunal constitucional en México, es decir, un órgano que se encargue en exclusiva de la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales (junto con otras competencias, por supuesto), que esté orgánicamente separado del poder judicial ordinario y que cuente con las facultades y poderes que tienen los órganos semejantes en los países democráticos. Desde luego, no se trata de que el tribunal constitucional conozca de todos los casos en que existan presuntas violaciones a los derechos, pero sí de que funja como un órgano encargado de ejercer funciones estrictamente de control constitucional y cuyos integrantes tengan una demostrada capacidad en esa **temática.**

Las anteriores carencias, que tienen que ver con una óptica interna de la protección jurisdiccional de los derechos, se complementan con otras que se refieren al ámbito internacional. Quizá más por **necesidades históricas y geográficas** que por convicción política, México se ha mostrado tradicionalmente reacio a reconocer mecanismos internacionales de solución de controversias. No fue sino hasta finales de 1998 cuando reconoció -con algunas reservas- la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que depende de la Organización de Estados Americanos (OEA) y tiene su sede en Costa Rica. Frente a la creación del Tribunal Penal Internacional la **diplomacia mexicana se mostró en un inicio muy tímida**, apoyando un modelo res-

trictivo de Tribunal, en consonancia con la postura adoptada por los Estados Unidos en la Conferencia de Roma encargada de redactar su Estatuto. Al momento de escribir estas líneas -octubre de 2001- el Senado de la República todavía no ha ratificado dicho Estatuto, con lo cual México no se ha integrado plenamente a ese nuevo e importante mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos.

Es de esperarse que en el futuro inmediato, ante la nueva caracterización del escenario político internacional, México vaya cambiando sus principios de política exterior, de forma que se pueda sumar a la importante corriente de defensa internacional de los derechos. Desde luego, resulta ya muy ingenuo seguir arguyendo cuestiones de soberanía para no reconocer los mecanismos internacionales de derechos humanos cuando en todas las demás materias -sobre todo en las de contenido económico- México se ha abierto de par en par, integrándose completamente en las nuevas coordenadas que marca la globalización. Para el despliegue de esta nueva política internacional quizá haría falta revisar algunos de los principios recogidos en la fracción X del artículo 89 de la Constitución de 1917.

Aparte de lo anterior y de muchas otras cuestiones que haría falta explicar, en México todavía no se ha creado una cultura de los derechos humanos. Los derechos siguen siendo patrimonio casi exclusivo de universitarios ilustrados y de una parte de las cada vez más depauperadas clases medias urbanas, pero no

significan nada para los millones de pobres que habitan el territorio mexicano. En este punto se requiere de un esfuerzo masivo de difusión de los derechos, en el que mucho pueden contribuir los medios de **comunicación masiva**.

Pero también es necesario un compromiso renovado de la cultura jurídica y constitucional, que en el pasado ha preferido silenciar las enormes violaciones de derechos humanos que se han sucedido en México a cambio de seguir disfrutando de una serie de prebendas y beneficios que ha obtenido bajo la sombra de los poderes públicos. Como señala Ferrajoli: "depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad".'

Los puntos que se acaban de referir, a pesar de su gravedad, no son sino la cara amable de la problemática de los derechos humanos en México. Todavía en su informe anual 2001 (que analiza los hechos sucedidos durante el año precedente), la organización Human Rights Watch ha documentado la existencia en el país de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, denegación y dilación de justicia, corrupción de los agentes encargados de aplicar la ley, etcétera.' Vale la pena detenerse en algunos puntos de ese texto. El informe comienza con las siguientes palabras: "Las graves violaciones a los derechos humanos, entre ellas

la tortura y la detención arbitraria, continuaron en México durante el 2000". Del escaso compromiso con los derechos humanos por parte de algunos jueces y ministerios públicos da cuenta el siguiente párrafo: "Las deficiencias en la administración de justicia fueron de hecho una preocupación importante. Los agentes del Ministerio Público ignoraron con frecuencia los abusos policiales y también fabricaron directamente pruebas, y la supervisión judicial de su trabajo fue seriamente inadecuada. Los tribunales aceptaron pruebas obtenidas mediante violaciones a los derechos humanos, lo que incluyó registros ilegales, y los jueces citaron precedentes legales que menoscabaron las garantías de los derechos humanos".

En junio de 1999 expresó el mismo parecer la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, quien después de una visita a México escribió un informe en el que se decía que en el país "persisten las ejecuciones extrajudiciales y la impunidad de quienes las cometen". Luego de dar a conocer sus impresiones, no faltaron las voces -incluso desde las cámaras del Congreso y por parte de los entonces responsables de la política interior y exterior- que señalaron que con esa actitud la Relatora estaba "invadiendo la soberanía" de México y sobrepasándose en sus funciones: fueron muestras claras de la vieja tesis soberanista empleada para solapar violaciones de los derechos humanos." Sin embargo, la Relatora fue incluso mucho más suave que el Departamento de Estado estadounidense, que en un

informe sobre los derechos humanos en México presentado al Congreso de Estados Unidos -citado en el informe de Human Rights Watch-, incluía el siguiente párrafo:

"Entre los continuos abusos graves se encuentran los asesinatos extrajudiciales; las desapariciones; la tortura y otras violaciones; la corrupción policial y su presunta implicación en abusos relacionados con el narcotráfico; las malas condiciones en las prisiones; el arresto y la detención arbitrarias; la prolongada detención provisional; la falta de debido proceso; la ineficiencia y la corrupción judicial; los registros ilegales; los ataques y amenazas contra periodistas; cierta autocensura; los atentados, hostigamientos y amenazas contra observadores de derechos humanos; la violencia y discriminación contra la mujer; la prostitución y el abuso infantil; la discriminación contra los pueblos indígenas; la violencia y la discriminación contra las minorías religiosas; la violencia contra los homosexuales; las limitaciones de los derechos del trabajador; el trabajo infantil abundante en la agricultura y la economía informal; y el tráfico de personas".

Se podrá desacreditar la fuente si se quiere (a estas alturas casi a nadie pueden parecerles neutrales los análisis del Departamento de Estado norteamericano), pero lo importante es analizar y discutir, más allá de quién haya escrito lo anterior, si son o no ciertos los hechos que se afirman. Habría más de un indicio para afirmar que sí lo son.

Ni el gobierno ni los órganos encargados de ejercer la jurisdicción laboral salen mejor parados del análisis de Human Rights Watch: "El Gobierno mantuvo algunas restricciones legales sobre la libertad de asociación y el derecho de huelga de los trabajadores, y los juzgados laborales responsables de conocer los casos de despidos improcedentes y de otro tipo no fueron imparciales".

Por otro lado, las condiciones que privan en los reclusorios y cárceles mexicanas nada tienen que ver con la dignidad humana, tal como desde hace varios años ha comprobado y denunciado la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Y lo mismo puede decirse del sistema penal en su conjunto, empezando por las policías preventivas, siguiendo por los ministerios públicos y terminando por los jueces penales.

El cuadro general que se observa en México en materia de derechos humanos no permite ser muy optimistas, si bien hay datos que permiten suponer que algo se ha avanzado en los últimos años; por lo menos el tema ya figura dentro de la agenda pública nacional. No es poco.

2. Consideraciones para una reforma constitucional en materia de derechos fundamentales

Como ya se apuntaba al principio de este ensayo, la sistemática utilizada en la redacción del capítulo relativo a las "Garantías Individuales" en la Constitución mexicana de 1917 no parece ser la

más apropiada y, a partir de las múltiples reformas que han tenido los primeros 29 artículos de la Carta Magna, su contenido se ha ido ensanchando de tal forma que hoy en día resulta prácticamente incomprensible.

Tomando en cuenta lo anterior, como ya también se ha señalado, quizá sería conveniente adoptar una estrategia de reforma profunda o incluso integral de toda la parte relativa a los derechos fundamentales, a fin de que a) se implante una sistemática racional y moderna en su tratamiento constitucional, b) se incluyan nuevos derechos o nuevas formas de concebirlos e interrelacionarlos (por ejemplo en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos) y c) se mejore la redacción -la forma de enunciarlos- empleada por la Constitución.

La necesidad de tratar de lograr una reforma lo más integral posible parte de la evidencia histórica, plenamente acreditada por la experiencia de los últimos 80 años, de que las reformas parciales no han dado buen resultado y, por el contrario, han acabado nulificando la necesaria unidad contextual y conceptual que deben tener los textos constitucionales."

El objetivo de esta segunda parte del ensayo es aportar algunas pautas de reflexión para poder intentar un cambio de la magnitud que se requiere y que sirva para reconfigurar por completo (o al menos de manera importante) el sistema constitucional de los derechos fundamentales. Para ello se propone adoptar

una clasificación de los derechos que permita un tratamiento sistemático y moderno del tema por la Constitución. Obviamente, en las páginas que siguen se encuentra nada más el esbozo de un programa que debe ser mucho más ambicioso, para llegar quizá a proponer el diseño de una nueva Constitución por completo. En esa medida, de lo que se trata es de empezar por modificar los términos de una discusión que por años ha estado encasillada en visiones y tratamientos doctrinales de "corte clásico" (por llamarles de alguna forma), pero que en la actualidad requiere de un replanteamiento de fondo.

2.1. Clasificación de los derechos fundamentales

Para lograr la sistemática ya mencionada se podría dividir la parte relativa a los derechos en cuatro grandes rubros: 1) principios generales; 2) derechos y libertades personales; 3) derechos sociales, económicos y culturales y 4) principios rectores de las actividades de los poderes públicos.⁸ Como la enunciación y explicación de estos cuatro apartados representa una tarea muy compleja y difícil, y para tratar de concentrar al máximo las propuestas, se enuncian a continuación solamente los temas relativos a los dos primeros; es decir, los principios generales y los derechos y libertades personales. Sobre los derechos sociales, económicos y culturales se ha iniciado ya en México un incipiente pero fértil debate al que vale la pena sumarse.⁹ Por lo que hace a los principios rectores de la actividad de los poderes

públicos, hasta en tanto no se haga un tratamiento particular mucho más extenso y detallado, habría que revisar las obras generales de derecho constitucional que, al examinar los tipos de normas que contienen las cartas fundamentales, tocan este punto concreto.¹⁰

2.2. Principios generales y derechos y libertades personales: ideas para el debate

Las propuestas para la reforma constitucional de los derechos fundamentales son:

2.3. Dentro de los principios generales se incluiría lo siguiente:

- A) El principio de universalidad de los derechos fundamentales.¹¹
- B) El principio de igualdad de todos los habitantes y las prohibiciones de discriminación tal como, en muy buena medida, ya lo hace el artículo 10 párrafo tercero."

Además, en virtud de que el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal, quizá habría que ponderar la posibilidad de introducir en la Constitución una cláusula que contenga un mandato de igualdad de ese tipo." Esto permitiría, entre otras cosas, que las disposiciones electorales establecieran alguna especie de discriminación positiva a favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integral los órganos

directivos de los partidos políticos, como sucede ya en diversos países."

En tal caso, se podría establecer en la ley electoral (o incluso en la Constitución, si es que se decidiera no poner en el texto de la Carta Magna el mandato de igualdad sustancial) que el 30% de las candidaturas en las cámaras del Congreso y el mismo porcentaje en las direcciones de los partidos deberían reservarse a uno de los dos sexos." Una fórmula en el mismo sentido se encuentra, por ejemplo, en ley italiana 81/1993, de 25 de marzo, sobre elección directa de los alcaldes, en cuyo artículo 7.1 se establece que "En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios". Sobre este punto, Ferrajoli defiende el hecho de que "puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares".

El mismo Ferrajoli apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres ("garantías sexuadas", las llama), lo siguiente:

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que

pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no solo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.¹⁸

Lo anterior, que se refiere solamente a las mujeres, no obsta para hacer énfasis en que el mandamiento de igualdad sustancial debe traducirse en la implantación de políticas públicas que favorezcan a todos los grupos vulnerables: niños, ancianos, discapacitados, etcétera. Junto a esas políticas públicas, una cláusula de igualdad sustancial demandaría también la implementación de lo que se ha llamado "**acciones afirmativas**" o "**discriminaciones positivas**", que consisten en políticas públicas destinadas a erradicar las discriminaciones ya existentes, y a compensar por medio de ellas a los grupos en situación de vulnerabilidad (menores y ancianos, mujeres, indígenas, discapacitados). Lo importante en este momento, sin embargo, es la necesidad de entender que cuando un texto constitucional introduce un mandamiento de igualdad

(como en parte ha hecho ya la Constitución mexicana) se trata de una decisión que va a tener múltiples impactos -positivos según creo- en el resto del ordenamiento, no solamente desde el punto de **vista formal, sino también material.**

- C) La incorporación de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales como derechos de rango constitucional para efectos internos. Esto quiere decir que los derechos fundamentales de carácter internacional no pueden ser derogados o afectados por ningún acto o norma jurídica interna --con excepción de una reforma a las propias normas constitucionales, se entiende- y que, si lo hicieran, serían directamente violatorios de la Constitución; con ello se establecería una suerte de "jerarquía axiológica" dentro del sistema jurídico nacional." También significa que los derechos recogidos en normas internacionales gozan de! mismo sistema de protección jurisdiccional que aquel que se prevé para la violación directa de las normas constitucionales (el juicio de amparo, por ejemplo).

Por otro lado, se podría también incluir un precepto en el que se dispusiera la obligación de los órganos del Estado mexicano, en cualquiera de sus ámbitos de gobierno, de interpretar el ordenamiento jurídico (pero sobre todo el ordenamiento constitucional y las leyes que

afecten a los derechos fundamentales), de conformidad con los tratados internacionales ratificados por México en materia de protección de derechos. Un ejemplo útil al respecto lo puede suministrar el artículo 10.2 de la Constitución española que establece lo siguiente: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"."

Aunque la llamada "interpretación conforme" es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está de más hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.

En el derecho constitucional de diversos Estados de América Latina no es infrecuente encontrar preceptos que contienen disposiciones como las que se proponer incorporar en la Constitución de 1917, tanto por lo que hace a la jerarquía constitucional de los tratados, como por lo que respecta a la necesidad de la interpretación de la legislación interna a la luz de lo dispuesto por esos instrumentos internacionales."

Así por ejemplo, el artículo 75 párrafo 22 de la Constitución argentina, luego de la

reforma de 1994, asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de 1966 de Naciones Unidas (el de derechos civiles y políticos, y el de derechos económicos, sociales y culturales).

La Constitución de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno (artículo 46). Una disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1993, que se encarga de hacer hincapié en que "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone que los instrumentos internacionales **vigentes en su territorio serán** directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad. La misma Constitución precisa que, en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18).

La reciente Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, establece directamente la jerarquía constitucional de los pactos y tratados sobre derechos huma-

nos; su texto es el siguiente: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía **constitucional y prevalecen en el orden interno**, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

D) El reconocimiento de la cláusula del contenido esencial de los derechos, siguiendo el modelo de la Constitución alemana de 1949 (artículo 19.2), portuguesa de 1976 (artículo 18.3) y española de 1978 (artículo 53.1), entre otras." El contenido esencial de los derechos fundamentales opera sobre todo como una "reserva" frente al legislador, impidiendo que la inactividad legislativa pueda vulnerar el núcleo mismo de los derechos; también sirve para evitar la existencia de leyes restrictivas en materia de derechos fundamentales, suponiendo, en consecuencia, una limitación a la "libertad de configuración legal" del legislador sobre los mismos."

E) Las condiciones para la suspensión de los derechos fundamentales; entre esas condiciones habría que incluir la previa y esencial declaración del "Estado de sitio" o de "emergencia", su aprobación por una mayoría calificada

del Congreso de la Unión y la posibilidad de que fuera revisada -aunque sin tener efectos suspensivos completos, porque si no se volvería inútil- por los tribunales nacionales e internacionales." Convendría también precisar la prohibición de suspender algunos derechos como el derecho a la vida, a la integridad personal, así como las garantías necesarias para la protección de los mismos."

- F) La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978.²⁶
- G) El derecho a la resistencia civil de los ciudadanos frente a los atentados ilegales contra sus derechos y libertades."

2.4. Dentro de los derechos y libertades personales se incluirían los siguientes:

- A) El derecho a la vida" y la prohibición absoluta de la pena de muerte."
- B) El derecho a la integridad personal, tanto física como moral y, en consecuencia, la prohibición de la tortura y los tratos crueles o degradantes.
- C) El derecho a la identidad personal, a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar y al honor (incluyendo el derecho a la reputación y al buen nombre). Dentro del derecho a la inti-

midad debe comprenderse, entre otras cuestiones, el derecho al secreto del propio código genético, que no debe ser dado a conocer o comercializado bajo ningún pretexto.

Las posibilidades interpretativas que ofrecen estos tres derechos son muy amplias, debido en parte a que su contenido semántico es poco preciso. Términos como **los de "honor" o "intimidad" no son fáciles** de determinar, pues en alguna medida dependen de las condiciones culturales de la sociedad en la que se quieren aplicar, o incluso de la cultura más o menos democrática que tengan los jueces encargados de hacerlos valer en algunos casos concretos.

El Tribunal Constitucional español ha explorado en varias de sus sentencias el contenido del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así por ejemplo, el derecho al honor lo ha asociado con el derecho a la buena reputación; la doctrina apunta que tales conceptos tienen una "ambigüedad considerable" y ponen de manifiesto la necesidad de ser entendidos en su proyección sobre ámbitos concretos de la realidad social, como por ejemplo el "prestigio profesional"."

El derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los **demás, necesario para mantener una** calidad mínima de vida. Dicho ámbito

puede ser más o menos amplio según se trate de personas públicas o privadas, e incluso si, dentro de las primeras, se trata de personajes con relevancia pública o personas con cargos públicos. En este último supuesto ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.³¹ Para el Tribunal Constitucional: El derecho a la intimidad... tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida... no (se) garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público... (se) garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio...

"El derecho a la propia imagen se entiende como "una garantía frente a la captación, reproducción, filmación o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en

lugares o momentos de su vida privada, así como la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales".³²

Honor, intimidad y propia imagen son bienes jurídicos que cobran una mayor importancia en la era actual en la que las modernas tecnologías los han puesto en riesgo; los avances técnicos, la tendencia invasiva de los medios de comunicación y las posibilidades que ha abierto la informática hacen que deban ser protegidos desde el propio texto constitucional, y luego tutelados a nivel legislativo y jurisprudencial, tal como se hace en otros países."

O) El derecho genérico a la libertad, incluyendo las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privada de ella (prisión preventiva, requisitos para detenciones policiales, para órdenes de aprehensión, garantías del proceso penal, etcétera). Conveniría ser muy enfático en la imposibilidad de que las autoridades administrativas puedan efectuar la más mínima detención sin contar con una orden judicial, fuera de los casos de estricta flagancia, la cual además no podrá extenderse más allá del momento material en que el sujeto se encuentre cometiendo el delito y al de su persecución inmediata.

Cualquier detención indebida, aparte de las sanciones penales a que pueda dar lugar, generará una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, conforme

a lo que establezca la ley. De esa forma, la persona afectada en su derecho a la libertad deambulatoria tendrá frente al Estado un derecho a ser indemnizado.

Un principio de libertad bien establecido en la Constitución debe precisar la **presunción de inocencia** y, **en consecuencia**, limitar de forma importante la posibilidad de la prisión preventiva. Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta que "-si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias-la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa 'seguridad' específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica 'defensa' que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo".

La restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. Como señala el mismo Ferrajoli, "El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también -es decir, sobre todo- por *necesidades procesales*:

para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas".

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, sino fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 constitucional, que deja a la ley la determinación de los "delitos graves"; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión." Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspassa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; ¿es ésta una fórmula adecuada para preservar la tutela constitucional de la libertad? ¿o se está rebajando la supremacía constitucional y poniendo a un derecho fundamental -el de libertad, nada menos- en manos del legislador ordinario? Parece que este es un ejemplo del tipo de normas que debe evitar en el futuro el poder reformador de la Constitución. Dentro del genérico derecho de libertad se comprende, desde luego, la libertad de tránsito, que quizá debería seguir teniendo (como

sucede actualmente en el artículo 11 constitucional) una mención explícita.

E) El régimen de la extradición, la expulsión y el asilo. En este punto habría que derogar sin cortapisas el artículo 33 constitucional, que resulta directamente violatorio de diversos pactos internacionales de derechos humanos al discriminar a las personas en razón de su lugar de nacimiento y al negarles el elemental derecho de defensa ante los tribunales.³⁷ Por ningún motivo se debería permitir la expulsión de persona alguna por la autoridad administrativa; se debería requerir siempre de un mandamiento judicial (luego de haberse cumplido con las garantías del debido proceso legal) para poder proceder a una expulsión.

Sobre la regulación del asilo se han ensayado diversas fórmulas en el derecho constitucional contemporáneo. Una sencilla, aunque útil, es la contenida en el párrafo tercero del artículo 10 de la Constitución italiana de 1947: "Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley". Más parco es el párrafo primero de la Constitución alemana de 1949, que se limita a señalar: "Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo".

Parece difícil sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los "sin papeles", viene a poner en crisis la universalidad de los derechos y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía y soberanía."

En este contexto, y al margen de las reformas constitucionales que se proponen en la materia, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

La emigración humanitaria es una realidad

de nuestros días y México, que en este punto tiene la doble experiencia de haber recibido en el pasado muchos inmigrantes y de ser actualmente uno de los países que mayores flujos de emigrantes tiene en el mundo (hacia Estados Unidos, principalmente), debe hacerse cargo de ello por medio de una generosa política constitucional hacia los inmigrantes y hacia los que quieran obtener asilo, como condición primera para lograr luego un total reconocimiento de su estatus como ciudadanos." Para dar un simple dato acerca de la importancia de las migraciones basta decir que para 1995 se estima que llegaron a Europa entre 26 y 30 millones de migrantes." Un primer paso para ello puede consistir en precisar constitucionalmente la obligación de conceder el asilo **por razones humanitarias**.

F) La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones -no solamente las postales- privadas." Me parece que en la actualidad ya no hay justificación para que en el texto constitucional aparezcan prevenciones como la establecida en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que establece lo siguiente: "En tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente"; es un ejemplo del tipo de contenidos constitucionales que deben ser

derogados para modernizar las disposiciones de la Carta Fundamental. Las comunicaciones que se encuentran protegidas son de todo tipo, incluyendo las que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como la Internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular puede violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones."

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que se puede emitir cuando existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha posible comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para poder interceptar **una comunicación privada**. Por ningún motivo y bajo ningún supuesto una autoridad administrativa puede realizar tal interceptación, ni siquiera en casos de urgencia o de delincuencia organizada. No hay salvedad alguna en este supuesto: las comunicaciones privadas se tutelan constitucionalmente y su limitación queda --en un caso extremo y por tanto excepcional-- en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

G) El derecho a la preservación de los datos derivados del tratamiento informático de la información (la prohibición de comercializar bases de

datos estadísticos u oficiales o la limitación del acceso a ficheros o registros informatizados de carácter oficial)."

- H) La libertad de expresión y derecho a la información, precisando la obligación -quizá a través de un artículo transitorio- del legislador de dictar la regulación correspondiente de tal forma que se evite caer en la situación de inutilidad que por años ha tenido la última parte del artículo 6° constitucional al no haber sido regulada por vía legislativa. Se deberán precisar los derechos de réplica y el de obtener una indemnización por daños y perjuicios en caso de informaciones falsas (no simplemente erróneas, por supuesto) que se hayan transmitido en los medios y que hayan podido violar algún derecho fundamental.
- 1) La libertad de prensa y la de los medios de comunicación. La libertad de prensa debe incluir la llamada "cláusula de conciencia" de los periodistas y el acceso de éstos a la dirección editorial de los medios en los que trabajen; también debe garantizarse el secreto profesional de los informadores.

La libertad de los medios de comunicación implica, entre otras cuestiones, que no se necesitarán licencia o permiso previos para fundar un medio de comunicación de cualquier tipo. En el caso de aquellos medios que ocupen el espacio radioeléctrico,

se deberán atender los requerimientos técnicos necesarios para acomodar las distintas frecuencias asignadas a cada medio."

Para asegurar la libertad y el uso correcto de los medios de comunicación, pero también un muy deseable pluralismo mediático," habría que disponer las siguientes tres medidas concretas:" a) la creación de una televisión y una radio públicas, que informen sobre cuestiones de interés general, con total imparcialidad y objetividad; b) la creación de un "Consejo de lo Audiovisual" que se constituya como un órgano **constitucional autónomo y cuyos integrantes** reflejen la pluralidad político-partidista de las cámaras del Congreso (asumiendo la misma proporcionalidad en la confección de su órgano directivo, por ejemplo); este Consejo tendría como funciones la asignación de las frecuencias radiales y televisivas y la regulación de los medios -incluyendo los públicos-, así como la administración de los tiempos que tendría reservados el Estado (que deberían ser notablemente inferiores a los actuales al contar con sus propios medios de comunicación);" y e) garantizar el acceso a los medios masivos de comunicación, en términos de absoluta igualdad respecto del gobierno, a los partidos de oposición para que puedan dar a conocer sus propias propuestas y, en su caso, desmentir o cuestionar las informaciones que se generen desde los poderes públicos."

Estas tres medidas deben simplemente

enunciarse en el texto constitucional, para luego ser desarrollados por vía legislativa.

- J) La libertad de conciencia, de religión y de culto.⁵⁰ El Estado mexicano debe **mantenerse neutral con respecto** a cualquier religión, tolerando toda manifestación que no vaya en contra de los derechos fundamentales o de las leyes penales. La libertad de conciencia debe dar lugar al nacimiento de la "objeción de conciencia" con respecto al cumplimiento de leyes que puedan involucrar la condición moral de los obligados por dichas normas; tal podría ser el caso del servicio militar.⁵¹

El artículo 5 de la Constitución brasileña de 1988 detalla, en sus fracciones VI, VII Y VIII, algunos de los aspectos de las libertades de conciencia, religión y culto. Su texto es el siguiente: "VI. Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estando asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección de los locales de culto y sus liturgias; VII. Queda asegurada, en los términos de la ley, la prestación de asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de internamiento colectivo; VIII. Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rehusase cumplir la prestación alternativa, fijada en ley".

- K) La libertad de creación artística y cultural, así como las libertades de enseñanza y de aprendizaje. La enseñanza pública no podrá ser confesional, ni guiarse por posiciones filosóficas, estéticas, políticas o ideológicas del gobierno en turno. En esa medida, los planes y programas de estudio obligatorios (los de nivel primaria y secundaria) serán confeccionados tomando en cuenta la opinión de los padres y de los expertos de la comunidad en materia educativa.

- L) La libertad de reunión y manifestación.

- M) La libertad de trabajo y de acceso a la función pública. Por lo que hace a este último derecho, todas las personas podrán en principio acceder en términos de igualdad y libertad a la función pública, con las modalidades que se creen en orden al principio de igualdad sustancial. Todos los cargos públicos estarán sujetos a concurso, salvo aquellos en los que, por su peculiar naturaleza, la ley disponga otra cosa. Con esto se podría crear una garantía institucional suficiente -que en cualquier caso deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria- para crear con carácter general el servicio civil de carrera, tan necesario para mejorar a nuestra deficiente administración pública.

2.5. Cuestiones generales.

Además de las anteriores cuestiones, hay

otras, de carácter más general, que conviene tener en cuenta al momento de intentar realizar una reforma integral a la parte relativa a los derechos fundamentales. Entre ellas se encuentran las siguientes:

- A) Se debe ser muy cuidadoso al momento de llevar a cabo la enunciación constitucional de los límites a los derechos fundamentales; referencias como "la **moral**", la "**vida privada**", el "orden público" o el "breve término" pueden suponer, en los hechos, pautas para que las autoridades hagan nugatorios los derechos. Se trata de conceptos extremadamente abiertos que maximizan las posibilidades de que los poderes ejecutivo y judicial ejerzan una muy amplia discrecionalidad; son compuertas directas, también, a la corrupción.
- B) Hay algunos "derechos" que quizá tuvieron alguna justificación en el pasado, pero que son difícilmente defendibles en la actualidad. Tal es el caso de la disposición establecida en el artículo 10 constitucional que se refiere a la posesión de armas en el domicilio. El mismo precepto, en su última parte, remite a la ley la **determinación de los casos, condiciones, requisitos y lugares** en que se podrá autorizar la portación de armas. La experiencia reciente demuestra que tales autorizaciones han causado graves problemas de seguridad pública y son fuente inagotable de actos de corrupción, ¿no sería mejor

quitar del texto constitucional este tipo de contenidos?

En esta misma lógica, quizá habría que derogar el artículo 2° referido a la prohibición de la esclavitud. Se trata de un tema que quizá pudo haber tenido algún interés en el pasado, pero que ya no tiene tanta relevancia en el presente. Además, la prohibición de la esclavitud ya se encuentra comprendida en otros preceptos (como por ejemplo aquellos en los que se tutela la libertad de trabajo o la libertad ambulatoria).

Tal vez en el mismo supuesto de desactualización se encuentre el artículo 12 que se refiere a los títulos de nobleza y las prerrogativas y honores hereditarios. Quizá fuera razonable para un texto constitucional del siglo XIX, pero poco útil en un texto del siglo XXI que aspira sobre todo a contener normas jurídicas que reflejen la ordenación fundamental de la sociedad.

- C) Por otro lado, también se debería matizar la prohibición de la retroactividad en perjuicio recogida en el párrafo primero del artículo 14. Obviamente, que las leyes solamente puedan actuar hacia el futuro es un requisito para contar con un mínimo de seguridad jurídica, pero creo que se tendría que repensar el carácter absoluto de la prohibición que establece el precepto mencionado. En una época en que el equilibrio ambiental se ha vuelto tan precario, el mantener situaciones lesivas para el

medio ambiente en virtud de la imposibilidad de actuar sobre los "derechos adquiridos" (para utilizar la terminología que recoge la jurisprudencia de la Suprema Corte) parece poco razonable. Se trata solamente de un ejemplo, pero con seguridad se podrían citar algunos otros igualmente importantes. Lo que es cierto es que habría que encontrar alguna fórmula que permitiera actuar sobre situaciones consolidadas que pudieran constituir un riesgo objetivo para algún otro derecho fundamental (como el derecho al medio ambiente, en el supuesto mencionado).

3. Una reflexión final

El correcto establecimiento de los derechos fundamentales, su buena redacción y sistematización, pueden constituir un paso importante para el desarrollo y tutela de los mismos, pero servirán de muy poco si, junto a ellos, no se establece un sistema igualmente eficaz y correcto de garantías. Hoy en día el reto fundamental de los derechos no se encuentra en su establecimiento sino en los modos efectivos en que pueden ser garantizados. Y esto no podrá nunca lograrse si no se asumen una serie de compromisos cívicos y políticos que hagan de los derechos una de las tareas fundamentales del Estado mexicano, o mejor, su *tarea fundamental*, en singular.

Antes de terminar, quisiera llamar la atención sobre tres aspectos en los que incide lo anterior:

A) En primer lugar, se debe destacar el papel esencial que tiene la ciencia jurídica, la labor de los especialistas, en la preservación y tutela de los derechos. Esto supone una gran responsabilidad que implica, entre otras cuestiones, que la ciencia del derecho debe dejar de ser meramente descriptiva para poder generar una suerte de *paradigma crítico* que ponga en evidencia la precaria situación que se vive en muchos países de América Latina en el tema de los derechos.⁵² Ferrajoli dice que esta tarea se puede concretar en la crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; en la reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; en el análisis de las antinomias y de las lagunas," y en la elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales. El mismo autor concluye que: De aquí se sigue una responsabilidad para la cultura jurídica y politológica, que implica un compromiso tanto más fuerte cuanto mayor es esa divergencia, y por consiguiente el cometido de dar cuenta de la ineffectividad de los derechos constitucionalmente estipulados. Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a cons-

truirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad."

- B) Una segunda cuestión importante es destacar que la lucha por los derechos es, simultáneamente, una lucha por el Estado, que parece ser el único instrumento que la racionalidad del mundo moderno se ha dado para hacerlos efectivos." Desde esta perspectiva, quizá el mejor modelo de Estado para proteger los derechos no sea muy parecido al "Estado mínimo" que propugna la visión neoliberal, sino más bien un Estado eficiente, que cuente con los recursos, las estructuras y las facultades necesarias para llevar a cabo sus tareas irrenunciables, y que permita conseguir una "democracia sustentable".
- C) Por último, también debe ponerse de manifiesto que la mejor garantía de los derechos que tienen los ciudadanos se encuentra en la misma sociedad. Como señala Gerardo Pisarello, "finalmente, más allá de las técnicas (como el constitucionalismo) que puedan idear para protegerse, las

sociedades no cuentan al final con otra garantía que consigo mismas. Sólo esa permanente voz de alerta, emitida desde los más diversos intersticios del tejido social, puede despertar a América Latina de la pesadilla de la arbitrariedad y el atropello y obligarla a reemprender, con un sentido más humano, el noble sueño de un Estado social y democrático de Derecho al servicio de todos los hombres y mujeres que la habitan". Esto implica la necesidad de ir pensando en sistemas garantizadores de los derechos que supongan una multilateralidad de actores. Dejar la temática de la protección de los derechos solamente a las tensiones y relaciones entre parlamento y jurisdicción constitucional -como hacen los modelos clásicos- parece insuficiente." Del mismo modo, entender que los únicos que pueden violar los derechos fundamentales son las autoridades, también implica una concepción restringida que parece no ser del todo útil en las condiciones actuales de nuestra realidad político-jurídica. De ahí la necesidad de extender el paradigma garantista hacia los poderes privados -caminando hacia un constitucionalismo de derecho privado- que permita regular, controlar y disminuir a todos los poderes, no solamente los tradicionales poderes públicos." Las técnicas de control de los poderes privados y lo que se ha llamado la protección horizontal de los derechos

-frente a particulares- es algo que la doctrina contemporánea ha explorado con alguna profundidad y sobre lo que hay ya propuestas muy concretas y articuladas que están listas para ser incorporadas a nuestros ordenamientos jurídicos.⁶

Bibliografía

1 Otras se encuentran recogidas, por ejemplo, en Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, UNAM-Porrúa, 2001.

2 El comentario a algunos de los errores cometidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en varias de sus sentencias puede encontrarse en la columna "Cuestiones constitucionales" que publica José Ramón Cossío en la revista *Este País*. Ahí se podrán ver varios casos paradigmáticos que ponen de relieve el escaso manejo que en la Corte se tiene de la Constitución, aunque en realidad bastaría con un sólo caso mal resuelto para demostrar la falta de preparación de la última instancia en materia de impartición de Justicia en el país. Un tribunal de última instancia, que se supone debe ser el "guardián de la Constitución", no puede darse el lujo, aunque sea en un sólo caso, de "equivocarse" o de dictar sentencias que no estén apegadas al texto constitucional: o al menos no puede hacerlo sin que la doctrina le haga notar su equivocación.

3 La falta de preparación de los ministros de la Suprema Corte en materia constitucional se acredita por sus propias palabras y llega hasta niveles que nos deberían hacer pensar acerca de la oportunidad de su permanencia en el cargo. Por mencionar un ejemplo, en un debate acerca de un amparo que versaba sobre derecho a la información, uno de los ministros afirmó que, para él, no existían los derechos sociales: "...no estoy convencido de que existan 'garantías sociales'. La voz sociedad es un concepto sociológico, no es un concepto jurídico, y sirve para designar un agrupamiento de personas humanas de número indefinido... decir que la sociedad tiene garantías, me parece muy difícil adoptar ese concepto... no puedo aceptar la terminología de que existe una 'garantía social'". Otro de ellos, intentando corregir al primero, afirmaba lo siguiente: "¿Cuál es el 'derecho social' fundamental? Creo que el 'derecho social' fundamental es el estar bien (sic), el bienestar social, que tiene una íntima conexión con el bien común y que si se quiere se puede denominar con otro nombre... pero finalmente el 'estar bien' de los individuos que conforman una sociedad es el principal de sus derechos...". En su argumentación este último Ministro llega al tema de la representación democrática, terreno ciertamente complejo y resbaladizo, y decide simplificarlo al máximo, de forma que lo pueda entender cualquiera: "Bueno, nuestra Constitución dice que somos una República representativa, en consecuencia, hay representantes y representados. ¿Quiénes son los representados? Los electores, los que votan, y ¿quiénes son los representantes?, los electos, los elegidos, pero esto es una mistificación de la realidad porque, en primer lugar, no podemos votar diario para defenestrar a quien no cumplió con nuestra voluntad como electores, entonces se tiene una representación temporal pero forzosa, no se puede defenestrar, cuando menos, a través de un acto popular, radical y en las urnas" (p. 65). La confusión en los debates llega a ser tan grande que, en el mismo asunto y luego de varias horas de discusión, un tercer ministro -ponente del caso- le dice a los demás lo siguiente: "Si debo hacer nuevamente el proyecto, lo hago, nada más proporcionarme los puntos básicos y claros. Si quieren que votemos podemos hacerlo; si quieren provisionalmente incorporar algún punto, lo incorporamos, pero si las observaciones están en una forma tan difusa, realmente yo todavía no me sentiría con suficientes elementos para incorporarlos, tendría que apilarlo en tanto se pueda alcanzar algún punto clarificador de todo esto, porque

hemos llegado hasta imponer (sic) y poner en duda el concepto de garantías: en fin, ustedes tienen la palabra" (p. 79). En este punto, al parecer, había falta algún tipo de aclaración -que decide emitir el Ministro citado en segundo lugar-: "...no estamos para hacer tratados filosóficos, sociológicos y jurídico sobre este tema" (p. 81). Las páginas citadas corresponden a la obra *Derecho a la información*, Serie Debates, SCJN, México, 2000. Con seguridad no se trata del único ejemplo que se podría citar para poner de manifiesto el nivel con el que se suele debatir -y resolver asuntos- en nuestro Máximo Tribunal.

4 Las características de la "interpretación positivista" han sido explicadas en Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fonramara, 1997.

5 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 68.

6 Dicho informe se puede consultar en www.hrw.org.

7 Ver Carbonell, Miguel, "La lucha por los derechos humanos", *Reforma*, 2 de agosto de 1999.

8 Con los términos "unidad contextual y conceptual" me refiero a que dentro del capítulo de derechos fundamentales se hable, efectivamente, de derechos y no de otra cosa, de la misma forma que dentro de la llamada "parte orgánica" tampoco debe haber otras disposiciones más que aquellas que se refieren a la organización y funcionamiento de los poderes.

9 Esta es una división que se encuentra en varios de los textos constitucionales más recientes, pero que para efectos de este trabajo se ha tomado fundamentalmente de la Constitución portuguesa de 1976; del mismo texto constitucional se toman los apartados que se exponen en las siguientes páginas. La explicación más completa que se ha escrito, hasta donde tengo noticia, del derecho constitucional portugués (que por cierto, ha adquirido un rigor y una relevancia muy notables en los últimos años), se encuentra en Gomes Canotilho, J.J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª edición, Coimbra, Almedina, 1999, con abundante bibliografía complementaria.

10 Una recopilación que puede ayudar a centrar el debate sobre estos derechos se encuentra en Carbonell, Miguel, Cruz t-arero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª edición, México, IJ-INAM, Porrúa, 2001.

11 En varios de los ensayos recogidos en la obra colectiva *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, (comp. de Miguel Carbonell), México, UNAM-Porrúa, 2000, se encuentran algunas indicaciones bibliográficas sobre el tema.

12 Sobre la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales", trad. de Perfecto Andrés en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid Trotta, 2001; Kriele, Martin, "L'uriversalità dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1992, pp. 3 y ss.; y Alexy, Robert. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000, pp. 21 Yss., así como el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

13 Un análisis del principio de igualdad, realizado a partir de la interpretación del párrafo primero del artículo 4 de la Constitución de 1917, se encuentra en Carbonell, Miguel, "Artículo 4", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 15ª edición, tomo I, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000; más ampliamente en *idem*, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, cit., capítulo III. Parte del debate actual sobre la igualdad jurídica puede encontrarse, de entre lo mucho que se ha escrito desde el tema y desde varias perspectivas -no solamente jurídicas-, en Pizzorusso, Alessandro, "Eguaglianza (dirino)", *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III, Roma, 1993; Alemany, Macario, "Las estrategias de la igualdad", *Isonomia*, número 11, México, 1999; Schiavello, Aldo, "Principio de eguaglianza: breve análisis a livello concettuale e filosofico-politico", *Region Pratica*, 14, Génova, 2000; Jiménez Campo, Javier, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 9, Madrid, 1983; Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paldós, 1993; Comanducci, Paolo, "Eguaglianza: una proposta neo-illuminista", *Analisi e diritto 1992*, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guasturu. Turin, Giapichelli, 1992; Giorgis, Andrea, *La costituzionalità dei diritti*

.../l'uguaglianza sostanziale. Tuno. Jovene. 1999; Sen. Amartya K. *Nuevo estándar de la desigualdad*, Madrid, Alianza. 1999; Rey Martínez. Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid. McGraw-Hill. 1995; id. m. "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo". *ABZ. Información y análisis jurídico*. número 121. Morelia. 2000

" Los modelos de preceptos constitucionales que consagran la igualdad sustancial pueden tomarse de la Constitución española (artículo 9.2) o italiana (artículo 3 párrafo segundo); un buen panorama doctrinal del caso italiano se encuentra en Giorgis. A. *La castitizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit. y Carabilla. B. *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*. CEDAM. Padua. 1984

¹⁴ Ver *El País*, 9 de junio de 2010, donde se informa que, de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos de la política nacional de los Estados respectivos.

" El artículo vigésimo segundo transitorio de la reforma del 22 de noviembre de 1996 al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone lo siguiente: "Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de la mujer". Como se observa, ni por su ubicación ni por su redacción este precepto puede suponer algún tipo de protección efectiva para las mujeres. El hecho mismo de ponerlo como un artículo transitorio, a pesar de que para nada tiene un contenido temporal, es muy ilustrativo de la poca importancia que a esta regulación le otorgó el legislador. Además, quizá tenga algún posible vicio de inconstitucionalidad al implicar una posible restricción de los derechos de la participación política que no está prevista en el texto constitucional y que, en esa medida, se traduce en una limitación no autorizada a un derecho fundamental

" Citada en Ferrajoli, "Igualdad y diferencia". *Derechos y garantías*, op. cit., p. 96. Debe mencionarse sin embargo, que este tipo de disposiciones se han considerado inconstitucionales por la Corte Constitucional italiana, lo que viene a demostrar la necesidad de intentar reformas no simplemente legales, sino constitucionales. Un análisis de las decisiones de la Corte italiana sobre el tema puede verse en Ruiz Miguel, Alfonso, "Paridad electoral y cuotas femeninas". *Clave de razón práctica*, número 94, Madrid, julio-agosto de 1999 y Pizzorosso, Alessandro y Rossi, Emanuele, "Le azioni positive in materia elettorale in Italia" en Becalli. Blanca (ed.), *Donne in q...a. Egilisi? riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?* Milán, Feltrinelli, 1999

" "Igualdad y diferencia", op. cit., p. 89

" "Igualdad y diferencia", op. cit., p. 92

¹⁹ Sobre los tipos de "jerarquías normativas" ver Guastini. Riccardo. *Teoría dogmática delle fonti*, Milán, Giuffrè. 1998, pp. 121 Y ss.

²⁰ Los alcances y la interpretación de ese precepto se analizan en Saiz Amatz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humano. El artículo 112 de la Constitución española*. Madrid, CGPJ. 1999 Ver también el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

" Ver Nogueira Alcalá, Humberto. "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires. 2000, pp. 163-259

²² La explicación clásica sobre el cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997

²³ Cfr Priolo, Luis, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". *Derechos y libertades*, número 8. Madrid, enero-junio de 2000, pp. 429 Y ss.

²⁴ Los modelos de redacción para establecer lo mencionado en este apartado pueden tomarse de los textos constitucionales de Dinamarca (artículo 85), España (artículo 55), Finlandia (artículo 161, Grecia (artículo 48), entre otros

²⁵ En este sentido, ver el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1969

²⁶ Véanse las consideraciones de Valadés. Diego. "La Constitución y el poder", en Valadés. Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*. México. IJ-UNAM, 2000, pp. 156 Y s.

(reproducido en Valadés. Diego, *Constitución y democracia*, México. IJ-UNAM, 2000), así como las de Fernández. Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid. Civitas. 1994; id. m. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid. Civitas, 1998

²⁷ El derecho de resistencia se encuentra teorizado ya en Locke y en Rousseau, y recogido además en varios textos del primer constitucionalismo: clj. Ferrajoli. *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 53 y 71 nola 21

²⁸ Consagrar el derecho a la vida no significa, ni mucho menos, tomar parte sobre el delicado tema del derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo. Como me parece que se trata de un tema complejo y como no encuentro, para fijar mi propia postura, mejores palabras que las de Luigi Ferrajoli. creo que vale la pena transcribir sus argumentos. Ferrajoli dice que el principio de autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), "se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre - porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento - aunque sea de procreación - para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación - la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo - en contraste con todos los principios liberales del derecho penal - en materia de gestión los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiendo a control penal", "Igualdad y diferencia". 01. cit., p. 86

Po, otra parte, en sentido estricto el derecho a la vida no puede convertirse, sin más, en un derecho al nacimiento, sino que se trata de un derecho de los ya nacidos, consistente en la existencia física y psicológica, así como a un modo de vivir humano. Sobre este punto, conviene revisar la polémica sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, incluyendo sus votos particulares; para el tratamiento doctrinal, de entre lo mucho que se ha escrito, puede empezarse por revisar, Balaguer, Francisco, Cámara, Gregorio y otros, *Derecho constitucional*, volumen II, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 78 Y ss. Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso "Roe vs. Wade" resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113); curiosamente, en el caso "Roe" la Corte estadounidense no utilizó una argumentación sobre el derecho a la vida, sino sobre todo una vinculada al derecho a la intimidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en "Griswold vs. Connecticut" 381 U.S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos) para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen el texto constitucional de 1787 y sus enmiendas

²⁹ Ver lo dispuesto en el artículo 4, párrafos 2 a 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen diversas restricciones para los Estados parte en materia de pena de muerte

" Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 97, México, enero-abril de 2001, p. 105

" *Idem*, pp. 105-106

³¹ *Idem*, p. 107. Los mismos autores afirman que "el derecho a la propia imagen probablemente esté llamado a ser uno de los más representativos del siglo XXI, suscribiéndose la hipótesis, si no del reconocimiento de un eventual derecho al anonimato, sí de la relevancia que al deseo de cualquier persona de permanecer en el anonimato ha de otorgársele dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la propia imagen" (p. 107)

³² De entre la vasta literatura que existe sobre el tema, ver Muñoz de Alba, Murcia, "Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública" *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 571-609 Y Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2ª edición, México, Fundación Buendía, ULA, 1998.

³³ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 549

³⁵ *Idem*, p. 559

³⁶ También el artículo 18 constitucional se refiere a la prisión preventiva, la cual señala este precepto- sólo se podrá decretar" por delito que merezca pena corporal; los que se encuentren en prisión preventiva permanecerán separados de quienes ya han sido sentenciados. Desde luego, tales disposiciones forman parte del amplio elenco de normas constitucionales que tienen escasa aplicación

³⁷ Ver por ejemplo el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los artículos 5.2 y 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la ONU en diciembre de 1985. Y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor para México desde el 23 de junio de 1981

³⁸ Ver también el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

³⁹ En este sentido, Ferrajoli, Luigi. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía un constitucionalismo global" en *Fetria de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., pp. 397 Yss

Algunas consideraciones generales sobre las "políticas de reconocimiento" de los inmigrantes y de sus temas de integración en las sociedades democráticas pueden verse en Kymlicka, Will. "Le sfide del multiculturalismo". *Il Mulino*, Milán, número 2 de 1997, pp. 199 Yss. Sobre el tema, se pueden ver también los trabajos de Giorgio Agamben, "Política del exilio" y de Remo Bodéi, "Los sin patria", ambos en Silveira Gorski, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000. Un comentario más amplio en relación con los inmigrantes, las políticas de asilo y la universalidad de los derechos fundamentales puede verse en Carbonell, *La Constitución en serio*, op. cit., capítulo I

⁴⁰ PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2000*, Barcelona, Ediciones Mundi-Prensa, 2000, p. 42

⁴¹ Sobre este punto, Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995

⁴² Sobre este punto ver las observaciones de Carrillo, Marc, "La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley", *Jueces para la democracia*, número 36, Madrid, noviembre de 1999, pp. 72-74.

⁴³ Ver Muñoz de Alba, "Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública", p. cit.

⁴⁴ Sobre la libertad de crear medios de comunicación ver Bastida, Francisco J., *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990

⁴⁵ Ver Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000

⁴⁶ Estas propuestas han sido expuestas con mayor detenimiento, en Carbonell, Miguel. "Construir el pluralismo" en VV.AA., *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje a Mario de la Cueva*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 287-298. En este libro conviene también revisar los trabajos de Marc Carrillo, Jorge Carpio y Enrique Cáceres sobre el tema de la cláusula de conciencia de los comunicadores

⁴⁷ En el mismo sentido, villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IJ-UNAM, 1998; *idem*, *Derecho mexicano a la información*, México, Oxford University Press, 2000. En Francia se ha desarrollado con buen éxito la institución del "Consejo Superior de lo Audiovisual", que es el modelo en

el que suelen inspirarse la mayoría de propuestas en ese sentido; sobre el punto Rallo Lombarte, Artemi, "La garantía del pluralismo informativo en Francia: el *Conseil Supérieur de l'audiovisuel*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 59, mayo-agosto de 2000, pp. 93 y ss

⁴⁸ Sobre este último punto, el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa dispone que "Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorratearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno"

⁴⁹ Para una primera aproximación al tema, Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (Un ensayo)*, México, Porrúa-CNDH, 2001

⁵⁰ Ver, por ejemplo, Cámara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991

⁵¹ En general sobre la función crítica de la ciencia jurídica Courts, Lhvntian (compilador), *Desde otra mirada" Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001

⁵² Sobre las antinomias y laguna" Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3ª edición, México, UNAM-Porrúa, 2001, cap. IV: *id* "Teoría dogmática de la ley", cit., pp. 215 y ss.; Prieto, Luis,

"Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Cuadernos de derecho público*, Madrid, septiembre-diciembre de 2000, pp.9-111

⁵³ "Derechos fundamentales", op. cit., p. 68; ver también sus trabajos "La filosofía analítica" en su libro *La garantía y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, pp. 21-64 y *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, Roma-Hari, Lmervn, 1999

⁵⁴ Pisarello, Gctardo, "Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza" en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores), *Constitucionalismo mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Alicante, Universidad de Alicante, 2000

⁵⁵ Przeworski, Adam, Di Tella Torcuato, Maravall, José Ma. Y otros, *Democracia sustentable*, Buenos Aires, Paidós, 1998

⁵⁶ "Estado de derecho y crisis de la soberanía", op. cit., p. 83

⁵⁷ Sobre esto b1 insistido también Gerardo Pisarello, "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", *Jueces para la democracia* número 41, Madrid, julio de 2001, p. III

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, "Contra los poderes salvaje del mercado. Para un constitucionalismo de derecho privado", traducción de Miguel Carbonell, en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, IJ-UNAM, 2001

⁵⁹ Ver, por ejemplo, Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000 y Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, CEPC, 1997

RESÚMENES

Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho

Javier Saldaña Serrano

La mentalidad dominante de buena parte del siglo anterior hizo creer que el derecho podía resumirse y reducirse a lo establecido en la norma jurídica. En materia de derecho humanos se pensó que éstos eran sólo aquellos que el ordenamiento jurídico positivo reconocía, sea a nivel nacional o internacional. Sin embargo, esta tesis es una verdad a medias, ya que si bien es cierto que algunos derechos humanos han sido ya reconocidos expresamente, estos no son todos, ni su existencia termina en el derecho positivo. El presente trabajo tiene como pretensión mostrar cómo el concepto de naturaleza humana actúa como instancia de atribución normativa, donde es posible reconocer los derechos que hoy calificamos como humanos. ¿Qué es esta naturaleza y cómo opera jurídicamente? Son algunas de las interrogantes que intentamos responder en estas páginas, las que tienen como doble objetivo mostrar cuán importante es el concepto referido en la reflexión teórica y práctica de los derechos humanos.

Human rights and human nature. Human nature as an example of normative in the law

Javier Saldaña Serrano

The dominant philosophy during most of the previous century enabled that the law could be transformed and reduced to what was established according to the legal norm. With reference to the law regarding human rights, it was considered that these were simply those rights recognized by the positive law basis, at a national or international level. Nevertheless, this thesis is a half truth, since although it is certain that some human rights have been already recognized specifically, these are not exhaustive, nor does their existence end in the positive law. The present work intends to show how the concept of human nature becomes an example of normative attribution, where is possible to recognize the rights that today we describe as humans rights. What is this nature and how does it operate legally? These are some of the questions we address in these pages, questions that have a dual goal to show the importance of the concept referred in the theoretical and practical reflection of the human rights.

Las teorías de los derechos humanos

Jesús González Amuchástegui

En este trabajo se presentan las ideas básicas de las teorías sobre los derechos humanos y se propone una concepción de los mismos basada en las premisas en las que descansan según la argumentación expuesta todas las teorías de los derechos humanos.

La reflexión se centra en cuestiones de carácter conceptual y justificativas y se mueve por tanto en un terreno prejurídico que permite plantear determinadas cuestiones que los legisladores sean nacionales o internacionales deben abordar a la hora de legislar en materia de derechos humanos.

A través de las teorías de los derechos humanos que conviven con otras teorías de la justicia, se ofrece una respuesta a muchos de los principales interrogantes que plantea la convivencia humana en sociedad. De una teoría de la justicia basada en derechos se transita a la caracterización de las teorías de los derechos humanos para pasar al estudio de qué son y cuáles son estos y su fundamentación.

Theories of human rights

Jesús González Amuchástegui

In this work, basic ideas of theories regarding the human rights are presented, thus a development of such rights based on these postulates is proposed according to the presented arguments for all theories of human rights.

The argument is centered on questions of conceptual character and on those that justify the end and moves therefore in a prelegal field that allows the presentation of national or international questions that legislators must approach during legislation in the matter of human rights.

Through the theories of the human rights that coexist with other theories of justice, an answer is offered to many of the main questions that mere human coexistence in society raises. Beginning from a theory of justice based on rights to the characterization of theories of human rights, the article is written with the aim of highlighting the study of the nature of what they are and which ones they are as well as their conceptual basis and foundation.

Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos

Jesús Lima Torrado

Los procesos de globalización ofrecen al investigador múltiples cuestiones como objeto de estudio, entre ellas podemos señalar como más relevantes, entre otras muchas, las dimensiones terminológica, económica, política, jurídica, psicológica... y cuestiones interdisciplinarias de gran relevancia teórica y práctica, como lo señalado por el autor en relación a la compleja problemática concerniente a los efectos de la globalización sobre el sistema de derechos humanos.

La incidencia de la dimensión ideológica de la globalización es especialmente patente si se la pone en relación con el sistema de derechos humanos y con el proceso de universalización de los mismos. Esa incidencia puede observarse en un doble plano de análisis: un estudio lingüístico que es el que fundamentalmente se presenta en el artículo y un estudio funcional, consistente en analizar los efectos de las acciones globalizadoras sobre el sistema de derechos humanos.

Problems concerning the conceptual and terminological ambiguity of globalization and their ideological occurrence on the human rights system

Jesus Lima Torrado

The globalization processes offer to the researcher multiple questions as a case study, among them we can point some of the most important, among several, the terminological, economic, political, legal, psychological dimensions... and the interdisciplinary questions of great theoretical and practical relevance, as indicated by the author in relation to the complex problematic concerning the effects of globalization on the human rights system.

The incidence of the ideological dimension of the globalization is especially clear if is analyzed in relation to the human rights system as well as with the process of globalization of such system. That incidence can be observed from a double perspective of analysis: a linguistic study that is fundamentally presented in the article and a functional study, consisting of analyzing the effects of the globalizing actions on the human rights system

El Ombudsman y la administración pública moderna

Jorge L. Arenas Hernández

En este artículo se realizan una serie de reflexiones acerca del papel que el Ombudsman nacional habrá de desempeñar en el entorno de la administración pública federal que inició su gestión el 1 de diciembre de 2000.

El trabajo se inicia con una breve referencia histórica sobre los derechos fundamentales del hombre y su expresión escrita en la Constitución vigente. Continúa, ubicando la institución del Ombudsman en México, observando el surgimiento de instancias e instituciones de la administración pública que han sido legalmente dotadas de facultades cuyo propósito esencial es el de dar atención, ejercicio y defensa a derechos fundamentales específicos de los gobernados y especialmente a sectores altamente sensibles o vulnerables de la sociedad.

Finalmente y derivado del análisis de las causas de incompetencia legal que tiene la Comisión Nacional de los Derechos Humanos -y que en buena medida favorecieron el surgimiento de lo que denominamos Ombudsman específicos- se formula la necesidad de replantear el papel del Organismo Nacional de Derechos Humanos para que se erija en el Ombudsman de los Ombudsman específicos.

The Ombudsman and modern public administration

Jorge L. Arenas Hernandez

In this article a series of reflections are made about the role that the national Ombudsman would have to execute in the course of federal public administration, which its management initiated on December first of the year 2000.

The work begins with a brief historical reference regarding the fundamental rights of man and their expression as found in the applicable Constitution. It proceeds to highlight the institution of the Ombudsman in Mexico, observing the emergence of instances and institutions of the public administration that have been legally equipped with the authority whose essential purpose is to support, enact, and defend specific fundamental rights of the governed constituencies and above all 10 highly sensitive or vulnerable sectors within a society.

Finally and derived from the analysis of the causes of legal incompetence that the National Commission of the Human rights - and that largely favor the emergence of what we call specific Ombudsman - the need to reformulate the role of the National Organism of Human Rights is presented so that it can be classified as the Ombudsman among the specific Ombudsman.

El Ombudsman en las democracias modernas

Francisco Javier Acuña Llamas

En el artículo se presentan las confusiones recurrentes en materia de derechos humanos y sus medios de protección en México, la autoridad moral (*auctoritas*) del Ombudsman vs la simple influencia sobre sus recomendados y la intervención de éste: como resultado de la ecuación de un nuevo lenguaje estatal, un lenguaje que se establece entre la autoridad pública y el ciudadano.

El autor analizó la "ornbudsmania" como reflejo de contradicciones en la vocación e identidad del Estado frente a si mismo y señaló la filosofía del Ombudsman moderno, consistente en conquistar la frecuencia de una autoridad preceptiva (no imperativa) capaz de obtener mediante de la persuasión fundada en derecho la reparación posible de los efectos del daño estatal sobre el ciudadano y con ello de restañar en el ciudadano la fe en la realidad estatal.

The Ombudsman in the modern democracies

Francisco Javier Acuña Llamas

In the article the confusions appear appellants as for human rights and his means 01 protection in Mexico, the moral authority (*auetoritas*) of the Ombudsman vs the simple influence on his recommended ones and the intervention of this one as result 01 the equation of a new state language, a language that is established between the public authority and the citizen.

The author analyzed the "ornbudsmanía" as contradiction reflex in the vocation and identity of the State opposite to yes same and indicated the philosophy of the modern, consistent Ombudsman in to conquer the frequency 01 an obligatory (not imperative) authority capably of obtaining by means 0101 the persuasion founded on right tbc possibly repair of the effects of the state damage on the citizen and with it of stopping in the citizen the faith in the state reality.

***Hacia un nuevo sistema interamericano de
protección de los derechos humanos***

Raymundo Gil Rendón

El artículo aborda la problemática de los derechos humanos y su protección internacional, con énfasis en el análisis del Sistema Interamericano. Se define el concepto de derechos humanos y se analizan el origen, fundamentos jurídicos, integración y principales funciones, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana, los derechos que protege la Convención Americana, la procedencia y trámite de una petición en el sistema interamericano y la incorporación de México al ámbito internacional de los derechos humanos.

Se concluye entre otros aspectos, que se ha percibido una amplia desigualdad entre la actitud de la Comisión y de la Corte. De las múltiples propuestas, sugerencias y recomendaciones destacan: permitir el acceso directo a la Corte Interamericana por parte de los denunciantes; adecuar el procedimiento ante la Comisión Interamericana a las necesidades actuales para que se brinde plena igualdad procesal; la adhesión por parte del Estado mexicano al protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos; y homologar el sistema interamericano de defensa de los derechos humanos con el sistema europeo.

***Towards a new Interamerican system for the protection of
human rights***

Raymundo Gil Rendón

This article addresses the problematic of the human rights and their international protection, stressing in the analysis the Interamerican System. The concept of human rights is defined and the legal origins, integration and main functions of both the Interamerican Commission of Human Rights as well as the Interamerican Court are analyzed along with the rights that protect the American Convention, the origin and proceedings of a request in the Interamerican system and the incorporation by Mexico into the international scope of human rights.

The article comes to the conclusion among other aspects that the appreciation of an ample inequality between the attitude of the Commission and the Court. Among the various proposals, suggestions and recommendations, the following points are emphasized: to allow direct access to the Interamerican Court by the accusers; to adapt the procedure before the Interamerican Commission to present day necessities so that total procedural equality is offered; the adherence by the Mexican State to the facultative protocol of the international agreement of civil and political rights; and finally the unification of the Interamerican system of defense of human rights with the European system.

El nuevo sistema europeo de protección de los derechos humanos

Susana Núñez Palacios

La protección internacional de los derechos humanos es, relativamente, un proceso reciente. Después de la Segunda guerra mundial se empezaron a crear normas a nivel internacional, aunque su origen se encuentra en el derecho estatal y en las ideas de grandes teóricos que le fueron dando fundamento. Así, se crearon normas universales y regionales casi simultáneamente empezando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En Europa y en América se encuentran los ordenamientos regionales más importantes, por su evolución. Sin embargo, comparándolos, el sistema europeo de derechos humanos es el más eficaz y evolucionado jurídicamente; su base es la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Recientemente entró en vigor su Protocolo 11 que modifica el procedimiento que permite la defensa de los derechos humanos. Este Protocolo eliminó a la Comisión y dejó a un sólo órgano: la Corte o Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Seguramente esto redundará en una mayor agilidad del sistema y en una mejor protección.

The new european system of protection of the human rights

Susana Núñez Palacios

The protection of the human rights internationally is relatively speaking a recent process. After World War II, international standards began to be created although their origins stem from state law and from the ideas of great theoreticians who gave them a foundation. Thus, universal and regional norms were created almost simultaneously beginning with the Universal Declaration of the Human rights. The most important regional orderings are found in Europe and in America, due to their evolution. Nevertheless, comparing one with the other, the European system of human rights is most effective and evolved legally; its base is the Convention for the Fundamental Protection of the Human rights and Liberties. Recently its Protocol 11 took effect and modifies the procedure that allows the defense of human rights. This Protocol eliminated the Commission and left only a device, the so called: Court or European Court of Human Rights. This is bound to result in a system rendered more agile and one with better protection.

La Corte Penal Internacional

Juan Manuel Portilla Gómez

La búsqueda de la justicia penal internacional ha recorrido un largo camino a partir de los horrores de la segunda guerra mundial. Se establecieron tribunales especiales para fincar responsabilidad a los individuos perpetradores de hechos ilícitos internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Así se crearon los tribunales *ad hoc* de Nuremberg y Tokio, y más recientemente los de Yugoslavia y Rwanda. Frente a la insuficiencia y debilidades de este género de organismos jurisdiccionales, ahora se dispone del establecimiento de la Corte Penal Internacional como un verdadero tribunal permanente e imparcial que se suma a los mecanismos ya existentes en materia de solución pacífica de controversias. México, congruente con su inserción en la economía globalizada, se apresta a su plena integración al sistema **de justicia internacional, aceptando a la Corte Penal Internacional.**

The International Penal Court

Juan Manuel Portilla Gómez

The search for international penal justice has traversed a long road from the horrors of World War II. Special courts were established to determine responsibility of the perpetrators of international criminal acts like genocide, military crimes and crimes against humanity. Thus, the *ad hoc* courts of Nuremberg and Tokyo were created, and more recently those of Yugoslavia and Rwanda. As opposed to the insufficiency and weaknesses of this sort of jurisdictional organism, the International Penal Court is currently available as an example of a true, permanent and impartial court in addition to the currently available mechanisms in keeping with a pacifist solution to controversy. Mexico, congruent with its membership in the global economy, is prepared for the total integration of a system of international justice, accepting the International Penal Court.

La jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana

Sergio García Ramírez

El establecimiento de una jurisdicción penal internacional constituye un antiguo anhelo, vinculado inicialmente al propósito de combatir la impunidad, y luego al objetivo de procurar la más amplia tutela de los derechos humanos, este proyecto justiciero, hoy cristaliza en la Corte Penal Internacional (CPI).

Quienes han estudiado este instrumento internacional coinciden en señalar que la ratificación de éste implica la reforma de la Constitución General de la República, que "legitime constitucionalmente" la incorporación de nuestro país en la nueva jurisdicción penal internacional.

En este trabajo se examinan algunos puntos centrales del régimen que instituye el Estatuto (Convención) de Roma de 1998, con particular énfasis en los aspectos que traen consigo problemas de diverso orden a la luz de la legislación mexicana, sea constitucional, sea penal secundaria. La Corte Penal Internacional ejerce una jurisdicción subsidiaria o complementaria de la nacional. Este carácter complementario de la jurisdicción internacional, de acuerdo al autor, constituye uno de los rasgos de mayor relevancia para el tema.

International penal jurisdiction and Mexican legislation

Sergio García Ramírez

The establishment of international and penal jurisdiction constitutes an old yearning, initially tied to the goal of fighting impunity, in addition to the objective of providing the largest trust of human rights; this judicial project becomes a reality in the current day International Penal Court.

Those who have studied this international instrument agree that its ratification implies (he reform of the General Constitution of (he Republic, that "constitutionally legitimates" the incorporation of our country in (he new international penal jurisdiction.

In this work, some central points of the regime instituted by the Statute (Convention) of Rome of 1998 are reviewed, with particular emphasis in the aspects, which involve problems of different kinds regarding the Mexican constitutional or penal secondary legislation. The International Penal Court exerts a subsidiary or complementary jurisdiction of the national Court. This complementary character of the international jurisdiction, according to the author, constitutes one of the characteristics of greater relevance to the subject.

***Los derechos fundamentales en la constitución
mexicana: una crítica y una propuesta***

Miguel Carbonell

Se señalan las carencias de carácter más general y algunas específicas que tienen los derechos en el quehacer jurídico y político nacional, carencias que tienen que ver con una óptica interna de la protección jurisdiccional de los derechos y que se complementan con otras que se refieren al ámbito internacional, así mismo se deja manifiesta la necesidad de mejorar la regulación constitucional de los derechos.

En el artículo se expresan consideraciones para una reforma con el objetivo de aportar algunas pautas de reflexión para poder intentar un cambio en el sistema constitucional de los derechos fundamentales, se propone rediseñar por completo toda la temática de los derechos en la constitución y la creación de un Tribunal Constitucional, separado del poder judicial. También se abordan cuestiones específicas sobre clasificación de derechos y se desarrolla al nivel de ideas para el debate, el análisis correspondiente a las vertientes de: principios generales y derechos y libertades personales.

***The fundamental rights in the mexican constitution: a
critique and proposal***

Miguel Carbonell

The deficiencies of a general character are indicated and some specific others that have the rights in the legal and political tasks at national level. These deficiencies are related from the internal vantage point of the jurisdictional protection of these rights and are complemented with others at an international scope. They also underscore the necessity to improve the constitutional regulation of these rights.

In the article considerations for a reform with the objective of contributing with some guidelines of reflection in order to enable a change in the constitutional system of the fundamental rights, the aim is to completely redesign the entire the thematic template of the rights in the constitution and the creation of a Constitutional Court, separated from the judicial power. Therefore specific questions are addressed regarding the classification of rights and are developed at the conceptual level for debate, the analysis corresponding to the vectors of: general principles, rights, and personal liberties.

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A.e.

Sección Mexicana del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas

CONSEJO DIRECTIVO COORDINACIONES

Presidente

José Natividad González Parás

Administración y Finanzas

ValentinH. y áñez Campero

Vicepresidentes

Alejandro Carrillo Castro

Guillermo Haro Bél.chez

Consultoría y Asistencia Técnica

María Angélica Luna Parra

Consejeros

Miguel Alemán Velazco

Francisco Barrio Terrazas

Sergio García Ramírez

Enrique González Pedrero

Ornar Guerrero Orozco

Ramón Muñoz Gutiérrez

María del Carmen Pardo

Fernando Solana Morales

Jorge Tamayo López-Portillo

Javier Treviño Cantú

Diego Valadés Ríos

Desarrollo y Formación Permanente

Elena Jeannetti Dávila

Estados y Mnnicipios

José de Jesús Arias Rodríguez

Investigación y Desarrollo de Sistemas

Osear Flores Jiménez

Tesorero

Alejandro Valenzueladel Río

Programade Profesionalización

del Servicio Público

Ma. del Pilar Conzuelo Ferreyra

Secretario Ejecutivo

Néstor Fernández Vertti

Comité Editorial

José de Jesús Arias Rodríguez

José Chanes Nieto

Yolanda de los Reyes

Néstor Fernández Vertti

Osear Flores Jiménez

Ornar Guerrero Orozco

Virgilio Jiménez Durán

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, S. A. S.

MIEMBROS FUNDADORES

| | |
|-------------------------|-----------------------------|
| Antonio Carrillo Flores | Mario Cordera Pastor |
| Gilberto Loyo | Gabino Fraga Magaña |
| Rafael Mancera Ortiz | Jorge Gaxiola |
| Ricardo Tarres Gaytán | José Iturriaga |
| Raúl Salinas Lozano | Antonio Martínez Báez |
| Enrique Caamaño Muñoz | Lorenzo Mayoral Pardo |
| Daniel Escalante | Alfonso Noriega |
| Raúl Ortiz Mena | Manuel Palavicini |
| Rafael Urrutia Millán | Jesús Rodríguez y Rodríguez |
| José Attolini | Andrés Serra Rojas |
| Alfredo Navarrete | Catalina Sierra Casasús |
| Francisco Apodaca | Gustavo R. Velaseo |
| Alvaro Rodríguez Reyes | |

CONSEJO DE HONOR

Gustavo Martínez Cabañas
Andrés Caso Lombardo
Luis García Cárdenas
Ignacio Pichardo Pagaza
Raúl Salinas Lozano
Adolfo Lugo Verduzco

Revista de Administración Pública No. 105

Los Derechos Humanos: teoría, praxis nacional e internacional

Se terminó de imprimir en los talleres de Dgraphics impresos,
Gustavo Baz 262-2-7, La Loma, Tlalnepantla, México,
en agosto del 2002.

La edición consta de 1,000 ejemplares y estuvo
al cuidado de la Subcoordinación de Difusión.

Distribución a cargo del INAP.