

# Derechos *Humanos* México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

*año 1, número 2, 2006*



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS

M É X I C O





COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS  
M E X I C O

## Centro Nacional de Derechos Humanos

### *Cupón de suscripción*

Envíe este cupón con sus datos completos, así como el original de la ficha de depósito a la Subdirección de Distribución y Comercialización de Publicaciones, Oklahoma núm. 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, México, D. F. Tel.: 56 69 23 88, ext. 6103

Cuota de suscripción por un año (3 números al año): \$180.00  
Forma de pago: depósito bancario en Grupo Financiero Banorte, número de cuenta 0175978980

Nombre: \_\_\_\_\_

Cargo: \_\_\_\_\_

Institución: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_ Colonia: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_ Estado: \_\_\_\_\_ C. P.: \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_ Correo electrónico: \_\_\_\_\_

Av. Río Magdalena 108, colonia Tizapán, Delegación Álvaro Obregón, C. P. 01090, México, D. F.  
Tel.: 56 16 86 92, Fax: 56 16 86 86, Lada sin costo 01800 00 869 00,  
página electrónica: [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx), correo electrónico: [derechoshumanosmexico@cndh.org.mx](mailto:derechoshumanosmexico@cndh.org.mx)



# Derechos *Humanos* Mexico

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 1 • número 2 • 2006



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS  
M É X I C O

# Derechos *Humanos* México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

## Comité Editorial

Enrique Belda Pérez Pedrero (España); José Luis Caballero Ochoa (México); Miguel Carbonell Sánchez (México); Miriam Cárdenas Cantú (México); Víctor Manuel Collí Borges (México); Édgar Corzo Sosa (México); Juan Manuel Charry Urueña (Colombia); Paulette Dieterlen Struck (México); Alejandro Straffon Ortiz (México); Yolanda Gómez Sánchez (España); Rafael Grasa Hernández (España); Consuelo Maqueda Abreu (España); Rafael Márquez Piñero (México); Ana Rosa Martín Minguijón (España); Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri (México); Marcos Francisco Masso Garrote (España); Gonzalo Moctezuma Barragán (México); Julio César Ortiz (Colombia); Serafín Ortiz Ortiz (México); Ricardo Pozas Horcasitas (México); María Elena Rebato Peño (España); José Luis Soberanes Fernández (México)

Reserva al título en Derechos de Autor: 04-2006-051514073300-102;  
ISSN: 1870-5448; Año 1, núm. 2, 2006

Editor responsable:  
*Víctor M. Martínez Bullé Goyri*

Formación tipográfica:  
*H. R. Astorga*

Coordinación editorial:  
*Eugenio Hurtado Márquez*

Diseño de portada:  
*Éricka Toledo Piñón*

Comisión Nacional  
de los Derechos Humanos  
Periférico Sur 3469,  
col. San Jerónimo Lídice,  
Delegación Magdalena Contreras,  
C. P. 10200, México, D. F.  
Teléfono: 56 81 81 25  
Lada sin costo: 01800 715 2000

Centro Nacional  
de Derechos Humanos  
Av. Río Magdalena núm. 108,  
col. Tizapán, Delegación Álvaro Obregón,  
C. P. 01090, México, D. F.  
Teléfonos: 56 16 86 92 al 95  
y del 97 al 99,  
Fax: 56 16 86 96  
Correo electrónico:  
derechoshumanosmexico@cndh.org.mx

# Contenido

---

## Artículos

La sentencia del caso Diane Pretty a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos <i>Pedro José Adib Adib</i>	7
Los Juicios de Nuremberg: 60 años después <i>Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño</i>	35
Las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos en las víctimas. Resultados de un estudio estadístico <i>Eva Leticia Orduña Trujillo</i>	55
El acceso al agua potable, ¿un derecho humano? <i>Luisa Fernanda Tello Moreno</i>	101
El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español <i>F. Javier Díaz Revorio</i>	125
Derechos humanos vs. democracia, sobre la legitimidad y naturaleza del control jurisdiccional de la legislación <i>Jorge Mena Vázquez</i>	147
<b>Comentario legislativo</b>	
El Protocolo Facultativo contra la Tortura en México <i>María Elena Lugo Garfias</i>	167
Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres <i>Verónica de la Rosa Jaimes</i>	181

## Comentario jurisprudencial

- La jurisprudencia de la SCJN establece que la Declaratoria de Incompetencia emitida por la CNDH no es un acto de autoridad  
*Alfredo Islas Colín* 191
- Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación  
*Luisa Fernanda Tello Moreno* 207

## Comentario bibliográfico

- La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones,*  
de Roberto Herrera Carassou  
*María Elena Lugo Garfias* 231
- Constitucionalismo y derechos fundamentales,*  
de Dieter Grimm  
*Verónica de la Rosa Jaimes* 233

## Bibliografía

- Bibliografía sobre democracia y derechos humanos  
*Eugenio Hurtado Márquez* 239

## Nuevas publicaciones

- Mayo-agosto 2006 249

## La sentencia del caso Diane Pretty a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos

**Pedro José Adib Adib\***

SUMARIO: Introducción. I. Breves notas sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Su creación. 2. Su naturaleza. 3. Regulación. 4. Organización. 5. Funcionamiento. II. La sentencia del caso Diane Pretty a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1. Antecedentes. 2. La demanda. 3. Preceptos legales invocados como violados. 4. Documentos relevantes. 5. La sentencia. III. Apéndices. 1. El derecho a la vida. 2. Eutanasia. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

### Introducción

**D**urante el último tercio del siglo XIX, paulatinamente se fueron reconociendo algunos derechos sociales favorables a la población trabajadora, pero es después de la Primera Guerra Mundial, con el surgimiento de los regímenes políticos de carácter totalitario e imperialistas, que los problemas sociales se volvieron más complejos, hasta desembocar en la Segunda Guerra Mundial. Tras ésta, las potencias vencedoras, con el ánimo de llevar a cabo una actividad de concordia y paz entre los distintos Estados y de mantener la vigencia de los principios democráticos de pluralidad y tolerancia, fundaron la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual, en su asamblea celebrada el 10 de diciembre de 1948, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que se defiende *la igualdad de todos los seres humanos, las garantías legales de los ciudadanos, la libertad de asociación, reunión y circulación y la libertad de pensamientos en todas sus manifestaciones*, así como las preocupaciones por la realización de *una justicia social integral, la igualdad de oportunidades, seguridad social, etcétera*.<sup>1</sup>

---

\* Jefe de la Unidad Técnica de Normatividad y Organización de la CNDH.

<sup>1</sup> Cf. Declaración Universal de Derechos Humanos; Miguel Carbonell, *Derecho internacional de los derechos humanos*, p. 29.

Los derechos humanos, aunque gozan de una vigencia formal (teórica) universal, carecen, en sí, de valor jurídico, es decir, no pueden ser considerados como leyes positivas de los diversos Estados. Falta, pues, dar el paso definitivo, a saber, incorporarlos a los códigos legales vigentes en cada una de las naciones.

Los derechos humanos, por encontrarse fundamentados en la inalienable dignidad de las personas humanas, poseen un valor universal que implica aspectos tales como que ningún ser humano puede verse privado de ellos; deben constituir el marco dentro del cual se han de organizar la vida política, social, económica y cultural de los Estados, y deben servir de código básico y fundamental de la organización jurídica de todas las naciones y del derecho internacional.

De esta manera, los derechos humanos intentan poner de manifiesto el valor supremo de las personas, es decir, constituyen un conjunto de propiedades y prerrogativas (un conjunto de derechos) de los individuos que el Estado no puede invadir y que las leyes deben garantizar. Los derechos humanos constituyen exigencias inmediatas, que deben ser no sólo respetadas, sino también garantizadas por todos los Estados; es más, desde este punto de vista, todo Estado en el que no se encuentren garantizados estos derechos es un Estado injusto.

Así, el 24 de octubre de 1945, representantes de 50 países se reunieron en la ciudad de San Francisco, en Estados Unidos, y redactaron la Carta de las Naciones Unidas, que dio origen a la Organización de las Naciones Unidas, destinada a “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”, “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre”, “a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”<sup>2</sup> Esta Carta es un documento jurídico, obligatorio y sus disposiciones no pueden contradecirse por ninguno de los gobiernos de los Estados que componen la organización.

Poco tiempo después, el 10 de diciembre de 1948, los delegados de cada Estado en la ONU aprobaron el texto de Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual no es una norma jurídica obligatoria, aunque con ella comienza la internacionalización de los derechos humanos, caracterizados por un consenso generalizado en la comunidad internacional, respecto de los cuales son derechos inherentes a la dignidad del hombre, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión de las personas.

---

<sup>2</sup> Cf. Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

Posteriormente, la ONU aprobó diferentes documentos que se refieren a diferentes aspectos de los derechos humanos: la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 1967, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966, entre otros.

Si bien existe un Comité de Derechos Humanos en la ONU, que se ocupa de que estos pactos se cumplan, su eficacia es restringida ya que no existe legislación internacional que obligue a los gobiernos de los diversos Estados a proteger los derechos de las personas. Pero las críticas y los informes ante la opinión pública mundial son a veces modificadores de algunas situaciones.

Existen además numerosos pactos y declaraciones de organismos regionales, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la OEA en 1948; la conocida Declaración de Bogotá; la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, aprobada en 1969, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950.

Es justamente este último, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el actor principal del presente trabajo, al establecer derechos que, desde el punto de vista de Diane Pretty, fueron violados por un tribunal británico, lo cual esta mujer intentó hacer valer frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso que nos ocupa resulta por demás interesante, ya que, por un lado, sienta un precedente en cuanto al criterio del Tribunal respecto del suicidio asistido pero, por otro lado, nos hace reflexionar respecto de la necesidad que tienen las disposiciones jurídicas, tanto nacionales como internacionales, de ser actualizadas, tomando en cuenta que los avances científicos y tecnológicos a partir de fines del siglo XX y principios de este siglo XXI aventajan por mucho a las ya caducas normas y disposiciones que rigen al mundo, con preceptos decimonónicos que intentan normar situaciones por demás rebasadas y ante las cuales los propios hombres, al mejor estilo de los avestruces, esconden la cabeza, en la creencia de que ellos son inmunes y que todo lo que pueda ocurrir ocurrirá, pero al prójimo.

Así pues, en atención a la brevedad del espacio, se pretende hacer una somera revisión a los argumentos que la señora Diane Pretty pretendió hacer valer ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales fueron analizados por esta Magistratura, resolviendo en contra de la pretensión de la demandante, produciendo una corriente de criterios a favor

y en contra de la eutanasia que nos obliga a replantearnos muchos de nuestros egoísmos y creencias.

## **I. Breves notas sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

### *1. Su creación*

Reunidos en el Congreso de Europa celebrado en La Haya del 8 al 10 de mayo de 1948, los participantes declararon, entre otras cosas, lo siguiente: “2. Queremos una Carta de Derechos Humanos que garantice las libertades de pensamiento, reunión y expresión, así como el libre ejercicio de una oposición política. 3. Queremos un Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para hacer respetar la Carta”.<sup>3</sup>

De tal manera que el 4 de noviembre de 1950, en la ciudad de Roma, se firmó la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la cual entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

De conformidad con lo establecido en el artículo 19<sup>4</sup> de dicha Convención, se crea una Corte Europea de Derechos Humanos, con la finalidad de asegurar la observancia de las obligaciones acordadas por las partes contratantes en esta Convención.

El 1 de noviembre de 1998 comenzó a funcionar el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, con la entrada en vigor del Protocolo Número 11, dejando de existir el antiguo Tribunal, continuando éste en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo referido.

---

<sup>3</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, p. 17.

<sup>4</sup> Artículo 19. Con el fin de asegurar la observancia de las obligaciones acordadas por las altas partes contratantes, se establecerá: 1. Una Comisión Europea de Derechos Humanos, que en adelante se denominará “la Comisión”. 2. Una Corte Europea de Derechos Humanos, que en adelante se denominará “la Corte”.

## 2. Su naturaleza

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano internacional ante el que pueden presentarse, en determinadas circunstancias, denuncias de violaciones a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Este Convenio es un tratado por el que algunos Estados europeos han acordado salvaguardar ciertos derechos fundamentales, los cuales se hallan enumerados tanto en este documento como en los Protocolos Números 1, 4, 6 y 7, que algunos Estados han ratificado.

Este Convenio fue el primer instrumento internacional de derechos humanos dirigido a proteger de manera concreta un amplio abanico de derechos civiles y políticos. Su especificidad descansa en la posibilidad ofrecida a un particular de recurrir directamente a la Comisión Europea de Derechos Humanos con el fin de presentar un recurso por violación del Convenio por parte de un Estado parte, y obtener, en su caso, reparación.

Este Convenio protege derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, así como la prohibición de la tortura, la esclavitud y el trabajo forzado; derecho a un proceso equitativo; respeto a la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de reunión y asociación; derecho a un recurso efectivo; derecho a contraer matrimonio y fundar una familia; derecho a la educación; igualdad de derechos y responsabilidad de los cónyuges durante el matrimonio; derecho a elecciones libres; libertad de expresión; libertad de movimiento y de elección del lugar donde vivir, así como de salir del propio país, y derecho al disfrute pacífico de la posesión.<sup>5</sup>

## 3. Regulación

Como quedó establecido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su fundamento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950,<sup>6</sup> en su artículo 19, así como la Sección 4, que contiene los artículos 38 al 56, que se refieren a su composición,<sup>7</sup> a las decisiones,<sup>8</sup> así como

---

<sup>5</sup> De conformidad con los Protocolos Números 1, 6 y 11.

<sup>6</sup> *Vid. supra*, nota 4.

<sup>7</sup> Artículo 38.

<sup>8</sup> Artículo 52.

a la disposición para establecer su reglamento y reglas de procedimiento,<sup>9</sup> entre otros.

Tras la entrada en vigor del Convenio han sido adoptados 11 Protocolos adicionales, a saber, el número 2, que autorizaba al Tribunal a dictar opiniones consultivas; el número 9, que permitió a los demandantes individuales la posibilidad de llevar su caso ante el Tribunal, con la necesaria reserva de la ratificación por el Estado demandado y de la aceptación por un Comité que actuaba como filtro;<sup>10</sup> y el número 10, sin objeto. Además, se cuenta con los Protocolos Números 1,<sup>11</sup> 4,<sup>12</sup> 6<sup>13</sup> y 7,<sup>14</sup> que han añadido nuevos derechos y libertades a los consagrados inicialmente por el Convenio, y los números 3, 5 y 8, que son de reforma, y se refieren a la organización de las instituciones creadas por el Convenio y al procedimiento seguido ante éstas.

Con relación al Protocolo Número 11, lo mencionamos por separado, ya que este último ha reestructurado el mecanismo de control, al modificar la estructura del mecanismo de control, creando una jurisdicción permanente única, compuesta por un número de jueces igual al de los Estados parte.<sup>15</sup>

Por último, habrá que mencionar el Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, en su última versión, se encuentra vigente a partir del 1 de noviembre de 1998, y que consta de 104 artículos divididos en cuatro títulos, a saber, Título I: De la Organización y del Funcio-

---

<sup>9</sup> Artículo 55.

<sup>10</sup> Derogado.

<sup>11</sup> París, 20 de marzo de 1952.

<sup>12</sup> Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963.

<sup>13</sup> Estrasburgo, 28 de abril de 1983.

<sup>14</sup> Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984.

<sup>15</sup> Los recursos llevados ante el Tribunal son primero sometidos a un comité de tres jueces que puede declararlos improcedentes sin examen adicional. Si así fuera, el recurso queda sometido a una sala de siete jueces que se pronuncia sobre la admisibilidad y la cuestión de fondo. Las partes tienen la posibilidad, en casos excepcionales, de solicitar una revisión del recurso por parte de una cámara superior de 17 jueces, bajo reserva del acuerdo de un comité de filtraje. La sala también puede inhibirse en beneficio de la sala superior incluso antes de haber pronunciado sentencia, si el recurso suscita una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos o si la solución de la cuestión puede llevar a una contradicción con una sentencia anterior del Tribunal. Las sentencias de la Sala o de la Sala Superior se remiten al Comité de Ministros, que vela por su ejecución, como ocurría en el antiguo sistema.

namiento de la Corte; Título II: Procedimiento; Título III: Disposiciones Transitorias, y Título IV: Cláusulas Finales.<sup>16</sup>

#### 4. Organización

El asiento del Tribunal está fijo en Estrasburgo, que a su vez es el asiento del Consejo de Europa, aunque éste puede ejercer sus funciones en cualquier otro lugar del territorio de cualquiera de los Estados miembros de dicho Consejo.<sup>17</sup> Los idiomas oficiales son inglés y francés.

El Tribunal está compuesto por un número de jueces igual al número de Estados contratantes (actualmente 40) y no hay ninguna restricción en cuanto al número de una misma nacionalidad, que hoy son tantos como Estados miembros del Consejo de Europa. Éstos actúan en el Tribunal a título individual y no representan a ningún Estado. Se encuentran regulados en el Título II del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual fue modificado de conformidad con las disposiciones contenidas en el Protocolo Número 11, así como en el Título I del Reglamento del Tribunal.

Los jueces son elegidos por periodos de seis años con posibilidad de reelección, por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por mayoría absoluta de votos, de entre quienes figuren en una lista de ternas presentadas por cada Estado parte. El mandato de los jueces finaliza cuando alcanzan la edad de 70 años.

No pueden ejercer ninguna actividad incompatible con sus deberes de independencia e imparcialidad o con la disponibilidad requerida por una actividad ejercida a tiempo completo, cabiendo decir que cada juez deberá declarar al presidente del Tribunal respecto de sus actividades adicionales.

Los jueces deben gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones jurisdiccionales o ser juristas de reconocida competencia, tienen el deber de independencia y no son representantes del Estado a título del que hayan sido elegidos.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Si bien en español se ha utilizado el término Tribunal, la versión francesa del Reglamento se refiere a la "Cour", que su traducción literal sería justamente "Corte", aunque en este trabajo estaremos utilizando el término Tribunal.

<sup>17</sup> Reglamento del Tribunal, artículo 19, numeral 1.

<sup>18</sup> J. A. Carrillo Salcedo, *op. cit.*, p. 49.

Adicionalmente existe el juez *ad hoc*, el cual es nombrado cuando un juez elegido de una parte se dispensa de conocer un asunto.<sup>19</sup>

## 5. Funcionamiento

Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará en Comités formados por tres jueces, en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de 17 jueces.<sup>20</sup>

Con convocatoria del presidente, el Tribunal se reunirá en sesión plenaria cada vez que lo exija el ejercicio de sus funciones. El presidente procederá a convocar si un tercio o más de los miembros se lo piden, siendo exigible un quórum de dos tercios de los jueces elegidos en funciones.<sup>21</sup>

El Tribunal delibera en la sala del Consejo, por lo que sus deliberaciones son secretas y solamente los jueces toman parte en las deliberaciones. Están presentes en la sala del Consejo el secretario y demás personal de la Secretaría y los intérpretes necesarios. Ninguna otra persona será admitida salvo una decisión especial del Tribunal.<sup>22</sup>

Las decisiones son tomadas por mayoría de los presentes y, en caso de empate, se votará nuevamente. En caso de darse nuevamente un empate, el presidente tendrá voto de calidad. De manera general se vota levantando la mano.<sup>23</sup>

## II. La sentencia del caso Diane Pretty a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos

### 1. Antecedentes

La demandante, Diane Pretty, una mujer inglesa de 43 años, sufría una enfermedad degenerativa, progresiva e incurable, que afecta a las neuronas motoras en el interior del sistema nervioso central y provoca una alte-

---

<sup>19</sup> Reglamento del Tribunal, artículo 29.

<sup>20</sup> Convenio Europeo, artículo 27.

<sup>21</sup> Reglamento del Tribunal, artículo 20.

<sup>22</sup> *Ibid.*, artículo 22.

<sup>23</sup> *Ibid.*, artículo 23.

ración gradual de las células que dirigen los músculos voluntarios del cuerpo.

La evolución de esta enfermedad conduce a un grave debilitamiento de los brazos y de las piernas, así como de los músculos que intervienen en el control de la respiración, por lo que la muerte sobreviene tras problemas de insuficiencia respiratoria y neumonía debidos a la debilidad de los músculos respiratorios, por lo que la demandante temía morir por asfixia a consecuencia de esta enfermedad. La señora Pretty presentó una promoción ante las autoridades británicas a fin de que le reconocieran el derecho a suicidarse con la cooperación de su marido, ya que ella estaba parálitica y no podía hacerlo por sí misma. La justicia británica, a través de su fiscal, se negó a asumir el compromiso de no perseguir penalmente al esposo si éste la ayudaba a morir, según era el planteamiento del asunto, cabiendo decir que aunque el suicidio no está penado en el derecho inglés,<sup>24</sup> la ayuda al suicidio si lo está, supuesto en el que caería el marido, ante la imposibilidad de la señora Pretty de suicidarse por sí misma (valga la redundancia).

Por tal motivo, la señora Pretty recurrió a los tribunales buscando la anulación de tal decisión y reiterando su solicitud, pidiendo, además, que se declarara que la disposición legal que castigaba la ayuda al suicidio era incompatible con los artículos 2,<sup>25</sup> 3,<sup>26</sup> 8,<sup>27</sup> 9<sup>28</sup> y 14<sup>29</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sido rechazada su demanda.

En virtud del rechazo a la demanda de la señora Pretty ante los tribunales británicos, y estando ya paralizada del cuello a los pies, sin poder

---

<sup>24</sup> Recuerdo haber leído hace algún tiempo el caso de un individuo, al parecer en el siglo XVIII o XIX en la Gran Bretaña, que intentó suicidarse, pero por azares del destino fracasó en sus intentos. Fue encontrado a tiempo e internado en un hospital hasta que logró su total recuperación. Una vez habiéndose recuperado, fue llevado frente a un tribunal acusado de atentar contra su propia vida. Se le encontró culpable y fue sentenciado a muerte. El suicidio dejó de ser considerado como crimen en Inglaterra en virtud de la "Suicide Act 1961", la cual, por otro lado, prevé que la persona que ayude, aconseje o procure el suicidio de otra, o incite a otra a cometerlo, será sujeto a prisión por un término que no excederá de 14 años.

<sup>25</sup> Derecho a la vida.

<sup>26</sup> Prohibición de la tortura.

<sup>27</sup> Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

<sup>28</sup> Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

<sup>29</sup> Prohibición de discriminación.

comunicarse en forma comprensible y siendo alimentada a través de un tubo, decide recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Al Tribunal cabe acudir cuando se han agotado todos los recursos internos. No es un tribunal de apelación de tribunales nacionales y no puede anular ni modificar sus decisiones. El Tribunal tampoco puede intervenir a favor del particular ante la autoridad contra la que reclama. Para dirigirse al Tribunal es necesario haber sido víctima directa de una violación a los derechos establecidos en la Convención, por parte de un Estado, con la salvedad de que no podrán dirigirse al Tribunal los individuos u organizaciones no gubernamentales que deseen protestar sobre violaciones de los derechos de otra persona. Asimismo, es necesario que el Estado respecto del cual se presente la queja sea parte de la Convención, y se deberán haber agotado todos los recursos judiciales disponibles en el Estado en cuestión. Si se llevó el caso ante un tribunal del Estado respecto del cual pesa la queja, se cuenta con un plazo de seis meses a partir de la decisión final emitida sobre su caso por el tribunal competente más elevado del país, para dirigirse al Tribunal. La queja debe contener alguna evidencia fiable de que se puede haber producido una violación de la Convención. En concreto, la queja debe mostrar que la interferencia del Estado con los derechos de la víctima llegó más allá de lo permitido por la Convención. El Tribunal puede alcanzar un acuerdo amistoso entre el solicitante y el Estado en cuestión y, si no se puede alcanzar este acuerdo, el Tribunal puede emitir un juicio. En su fallo, puede ordenar al Estado que cambie sus leyes nacionales para detener la violación que se está produciendo o para prevenir futuras violaciones. También puede ordenar al Estado que pague una compensación a la víctima y tome medidas para devolver a dicha víctima a la posición en la que se encontraba antes de que se produjera la violación. Si el Tribunal ha sido informado de que está a punto de producirse una violación, puede ordenar al Estado que tome medidas provisionales para evitar que se produzca dicha violación. Las medidas provisionales son acciones temporales que se deberán tomar antes de que se haya completado el examen formal de un caso por parte del Tribunal. Por ejemplo, el Tribunal puede ordenar a un Estado que no envíe a una persona a otro país en el que pudiera estar en peligro de sufrir torturas u otras violaciones de la convención. Todo Estado parte o cualquier individuo que alegue ser víctima de una violación del Convenio puede dirigir directamente al Tribunal una demanda alegando la violación, por un Estado parte, de alguno de los derechos garantizados por el Convenio. Cada demanda individual es atribuida a una Sección, cuyo presidente designa a un ponente. Tras un examen preliminar del asunto, el ponente decide si éste debe ser examinado por un Comité de tres miembros o por una Sala. Un Comité puede, por unanimidad, declarar una demanda inadmisibile o archivarla cuando dicha decisión puede adoptarse sin posteriores exámenes. Las Salas pueden en todo momento inhibirse en favor de una Gran Sala cuando el asunto presente una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o cuando exista riesgo de contradicción con una sentencia pronunciada previamente por el Tribunal, a menos que una de las partes se oponga en el plazo de un mes desde que se notifica la inhibición. La primera fase del procedimiento es normalmente escrita, aunque la Sala puede decidir celebrar una audiencia, en cuyo caso el fondo del asunto es igualmente evocado. Una vez que la Sala ha decidido admitir la demanda, puede invitar a las partes a presentar pruebas suplementarias y observaciones por escrito, incluyendo, por lo que respecta al demandante, una eventual

## 2. La demanda

Con fundamento en el artículo 34<sup>31</sup> del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo el Convenio) se origina la demanda número 2346/02, en contra del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, actuando como demandante la señora Diane Pretty.

---

petición denominada *satisfacción equitativa*, y a asistir a una audiencia pública sobre el fondo del asunto. Durante el procedimiento referente al fondo del asunto, se desarrollarán negociaciones tendentes a obtener un acuerdo amistoso entre las partes, con la mediación del secretario. Estas negociaciones son confidenciales. Las Salas deciden por mayoría de votos. Todo juez que haya tomado parte en el examen del asunto puede añadir a la sentencia su opinión particular —concordante o disidente— o bien una simple declaración de disconformidad. En el plazo de tres meses a contar desde la fecha en que una Sala pronuncia la sentencia, toda parte puede solicitar que el asunto se eleve ante la Gran Sala si plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos, o una cuestión grave de carácter general. Este tipo de demandas es examinada por un colegio de cinco jueces de la Gran Sala, compuesto por el presidente del Tribunal, los presidentes de Sección a excepción del presidente de la Sección a la cual pertenece la Sala que dictó la sentencia, y otro juez elegido por rotación entre los jueces que no eran miembros de la Sala original. La sentencia de una Sala deviene definitiva al expirar el plazo de tres meses, o antes, si las partes declaran no tener la intención de pedir la revisión a la Gran Sala o si el colegio de cinco jueces rechaza dicha petición. Si el colegio admite la demanda, la Gran Sala tomará la decisión sobre el asunto por mayoría, mediante una sentencia que será definitiva. Todas las sentencias definitivas del Tribunal son vinculantes para los Estados defensores implicados. El Comité de Ministros del Consejo de Europa es el responsable de controlar la ejecución de las sentencias. Le incumbe por ello verificar si los Estados que han sido condenados por haber violado el Convenio han tomado las medidas necesarias para cumplir las obligaciones, específicas o generales, derivadas de la sentencia del Tribunal. Adicionalmente, el Tribunal puede, a petición del Comité de Ministros, elaborar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos. La decisión del Comité de Ministros de solicitar estas opiniones al Tribunal se toma por mayoría. Las solicitudes de opiniones consultivas son examinadas por la Gran Sala y adoptadas por mayoría de votos. Cada juez puede formular una opinión separada —concordante o disidente— o presentar una declaración de disconformidad.

<sup>31</sup> Artículo 34. Demandas individuales. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Contando con la asesoría legal necesaria,<sup>32</sup> la demandante recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, presentando el 21 de diciembre de 2001 una demanda dirigida contra el Reino Unido, ya que si bien sus facultades físicas estaban mermadas y su esperanza de vida era muy limitada, mantenía intactas su capacidad para tomar decisiones y su mente se encontraba perfecta.

El 19 de marzo de 2002 se celebró una vista pública en la sede del Tribunal, en Estrasburgo, cuyo objeto fue examinar la solicitud de la señora Pretty, alegando la negación de inmunidad de persecución a su marido por asistirle en el caso de suicidio.

Después de haber examinando los argumentos de las partes, la demanda fue admitida<sup>33</sup> en el Tribunal Europeo y se atribuyó a la Sección

---

<sup>32</sup> La señora Pretty fue representada ante el Tribunal por Mr. Chakrabarti, un abogado practicante de Londres.

<sup>33</sup> La demanda fue admitida dada la competencia del Tribunal de conformidad con lo siguiente: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano internacional ante el que pueden presentarse, en determinadas circunstancias, denuncias de violaciones a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Este Convenio es un tratado por el que algunos Estados europeos han acordado salvaguardar ciertos derechos fundamentales, los cuales se hallan enumerados tanto en este documento como en los Protocolos Números 1, 4, 6 y 7, que algunos Estados han ratificado.

Este Convenio fue el primer instrumento internacional de derechos humanos dirigido a proteger de manera concreta un amplio abanico de derechos civiles y políticos. Su especificidad descansa en la posibilidad ofrecida a un particular de recurrir directamente a la Comisión Europea de Derechos Humanos con el fin de presentar un recurso por violación del Convenio por parte de un Estado parte, y obtener, en su caso, reparación.

Este Convenio protege derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, así como la prohibición de la tortura, la esclavitud y el trabajo forzado; derecho a un proceso equitativo; respeto a la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de reunión y asociación; derecho a un recurso efectivo; derecho a contraer matrimonio y fundar una familia; derecho a la educación; igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio; derecho a elecciones libres; libertad de expresión; libertad de movimiento y de elección del lugar donde vivir, así como de salir del propio país, y derecho al disfrute pacífico de la posesión.

El Tribunal es competente en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos. Asimismo, todo Estado contratante puede someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos, si considera que dicho incumplimiento es imputable a otro Estado parte.

También es competente para conocer de las demandas presentadas por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupo de particulares que se consideren víc-

Cuarta del Tribunal,<sup>34</sup> en el seno del cual se constituyó la Sala de siete jueces,<sup>35</sup> que fue la encargada de examinar el caso.

### 3. Preceptos legales invocados como violados

Los alegatos de la demandante versaron sobre la violación de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, mismos que veremos a continuación.

Artículo 2. Derecho a la vida.

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considera infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

De la lectura del artículo se desprende que todos tenemos derecho a la vida, misma que está protegida por la ley, manifestando el Tribunal que el propósito de este artículo es proteger la vida de los individuos respecto de terceros, quedando en manos de uno mismo decidir si se conserva la vida o no, protegiendo este artículo ambos derechos, pero sin contar con la intervención de un tercero.

El propio Tribunal reconoce que en el Convenio existen derechos que pueden ejercitarse tanto de manera positiva como negativa, esto es, que han

---

firmas de una violación a los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos por parte de un Estado parte.

<sup>34</sup> Bajo el artículo 52, numeral 1, del Reglamento de la Corte, que establece: "Le président de la Cour attribue à une section toute requête introduite en vertu de l'article 34 de la Convention, en veillant à une répartition équitable de la charge de travail entre les sections".

<sup>35</sup> Mr. M. Pellonpää, de Finlandia; sir Nicolas Bratza, del Reino Unido; Mrs. E. Palm, de Suecia; Mr. J. Makarczyk, de Polonia; Mr. M. Fischbach, de Luxemburgo; Mr. J. Casadevall, de Andorra, y Mr. S. Pavlovski, de Moldavia.

sido interpretados como antítesis de lo expresado en el derecho, y que a manera de ejemplo se cita el artículo 11, que confiere la libertad de reunión y asociación y, por ende, el derecho a no reunirse ni asociarse; asimismo, el artículo 9, que contiene el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, por lo que podría no ejercerse; finalmente, se hace referencia al artículo 12, que contiene el derecho a contraer matrimonio, pudiendo ejercerse el contrario, esto es, a no contraer matrimonio.

El Tribunal afirmó que si bien en estos ejemplos antes referidos podría ejercerse el derecho contrario, en el caso de los artículos 3, 4, 5 y 6<sup>36</sup> no se confería el derecho de ejercer los opuestos.

Derivado de la interpretación anterior que hace el Tribunal, podemos decir que queda a su arbitrio decidir de cuáles derechos se pueden ejercer los contrarios. El Tribunal tiene razón en manifestar que no necesariamente de cada derecho se puede hablar de su antítesis, ya que para ejercitar los contrarios de los ejemplos elegidos se requeriría el concurso de una tercera persona y creo que resultaría un tanto cuanto improbable encontrar a alguien que solicite a ese tercero que lo torture, lo esclavice, lo someta a trabajos forzados o lo prive de su libertad.

El Tribunal argumentó, además, que el artículo 2 protege el derecho a la vida, pero no incluye aspectos como la calidad de vida o lo que una persona desea hacer con su vida, y no confiere, a menos que se distorsione, un derecho opuesto, como el derecho a elegir la muerte, por lo que no es posible deducir de esta disposición un derecho a morir, ya sea con la intervención de un tercero o con la asistencia de la autoridad pública.

Artículo 3. Prohibición de la tortura.

Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Respecto de este artículo, el Tribunal manifestó que es obligación del Estado proteger al individuo de malos tratos por parte de agentes del Estado e incluso frente a malos tratos causados por particulares. Después de un análisis agrega que en este caso el Reino Unido no puede ser considerado como causante de un maltrato en perjuicio de la demandante, en

---

<sup>36</sup> Se refieren a la prohibición de la tortura; la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado; el derecho a la libertad y la seguridad; el derecho a un proceso equitativo.

virtud de no haber queja respecto de la atención de las autoridades médicas.

Adicionalmente, el Tribunal manifiesta que el artículo 3 debe ser interpretado en armonía con el artículo 2, el cual requiere a los Estados respetar y salvaguardar las vidas de los individuos dentro de su jurisdicción, y sabiendo que la demandante enfrentará una muerte penosa y que ella no puede por sí sola poner fin a su vida, estima que la obligación positiva pretendida por la señora Pretty no implicaría sólo que el Estado interviniera para mitigar o eliminar un daño, sino que se precisaría que se permitiera llevar a cabo acciones para interrumpir la vida.

Debemos recordar que en materia penal se pueden cometer delitos tanto por comisión como por omisión, por lo que si bien es obligación del Estado evitar que una persona sea sometida a torturas o a tratos inhumanos degradantes, esto lo hace a través de acciones que realiza para lograr tal fin, pero en el caso que nos ocupa podría haber una omisión por parte del Estado, ya que al no permitir la asistencia para que la demandante cuente con ayuda para dar fin a su vida, la está sometiendo a un trato inhumano y a tortura, esto es, una comisión por omisión.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Respecto de este artículo, la demandante argumentó que deseaba atenuar los sufrimientos de su enfermedad y para ello elegía poner fin a su vida con la ayuda de su esposo, de tal forma que la manera de pasar sus últimos momentos forma parte del hecho de vivir, lo cual, tiene derecho a pedir se le respete. El Tribunal manifestó que la dignidad y la libertad eran la esencia misma del Convenio y es en el artículo 8 donde la noción de vida encuentra su significado. Agrega el Tribunal que el hecho de que la ley impida a la demandante ejercitar su decisión de evitar lo que para ella sería un fin indigno de su vida, constituye una injerencia en

su derecho a la vida privada, lo cual está previsto por la ley que prohíbe el suicidio.<sup>37</sup>

En el derecho a la intimidad y a la vida familiar, la demandante encuentra la manifestación más clara del principio de autodeterminación. En su opinión, esta autodeterminación permitiría hacer lo que uno quiera con su cuerpo, y evitar toda intromisión en el deseo de terminar con la propia vida. El Tribunal se extiende en la respuesta a este argumento, y para aclarar el problema recuerda que el numeral 2 de este artículo permite que la ley limite la libertad individual, si es necesario para una sociedad democrática. Para el juicio de proporcionalidad se debe ponderar la importancia del ámbito de intimidad afectado por la intervención estatal, y el bien protegido por la ley, por lo que concluyen los jueces, pesa más la tutela de la vida. El Tribunal recuerda que la prohibición absoluta de la cooperación al suicidio tiene el objetivo de proteger la vida de las personas vulnerables en situación de dependencia, por lo que no considera que la prohibición absoluta del suicidio asistido sea desproporcionada, ya que existen peligros evidentes de abuso. Respecto de la petición de que el fiscal no persiguiera al marido por cooperar al suicidio, el Tribunal argumenta que ese comportamiento dañaría gravemente el principio de legalidad.

Con relación a este artículo en particular, sí creo que resulta un poco difícil basar la solicitud hecha por la demandante, en virtud de que en el respeto a la vida privada y familiar se puede encontrar envuelta alguna situación que trasciende las fronteras del domicilio. Si bien tenemos la libertad de disfrutar una vida privada, existen acontecimientos que aun dentro de esa privacidad podrían constituir la violación a derechos tutelados, que en este caso, para el Tribunal, sería el poner fin a la vida de una persona con la ayuda de un tercero, por lo que creo que realmente el argumento principal debe ser centrado en la autonomía de la persona para decidir sobre su vida y sobre su muerte.

---

<sup>37</sup> "The Commission does not consider that the activity for which the applicant was convicted, namely aiding abetting suicide, can be described as falling into the sphere of his private life in the manner elaborated above. While it might be thought to touch directly on the private lives of those who sought to commit suicide, it does not follow that the applicant's rights to privacy are involved. On the contrary, the Commission is of the opinion that the acts of aiding, abetting, counselling or procuring suicide are excluded from the concept of privacy by virtue of their trespass on the public interest of protecting life, as reflected in the criminal provisions of the 1961 Act" (Sentencia del Caso *Pretty v. The United Kingdom*).

De esta manera, cabría recordar lo que establece la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 4 dispone que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”; y el artículo 5 que dispone que “la ley no tiene derecho a prohibir sino las acciones perjudiciales para la sociedad. No puede impedirse nada que no esté prohibido por la ley, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”.

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

El Tribunal recordó, respecto de este artículo, que no todas las convicciones estaban cubiertas por esta disposición, agregando que no se estaba en presencia de una manifestación religiosa, sino ante la reformulación del principio de autonomía personal.

Respecto de este artículo, el Tribunal resolvió que ninguno de los derechos protegidos por el Convenio y que fueron invocados por la demandante había sido vulnerado, ya que este artículo protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como la manifestación de las creencias religiosas, la enseñanza y las prácticas. Agrega el Tribunal que se puede aceptar que la señora Pretty tenga una sincera creencia en la virtud del suicidio asistido y es libre de expresarlo y de creerlo, pero su creencia no puede absolver a su esposo de su conducta.

Resulta correcto que las creencias de una persona, ya sean de pensamiento, de conciencia o de religión, no pueden ser argumentos válidos para la realización de acciones que podrían constituir delitos o violaciones a los derechos de terceros, ya que lo que alguna persona considera bueno para ella no necesariamente es bueno para mí, por lo que no se debe

imponer a otro, aun creyendo que es bueno para él, aquello que deriva de un pensamiento propio.

Si alguien piensa que éste es un mundo de sufrimiento, lo cual debe ser evitado, y que por tanto debe privar de la vida a una persona, sin su consentimiento, con la supuesta pretensión de ayudarla, por supuesto que sería reprobable. Si alguien piensa que éste es un mundo de sufrimiento y que éste es parte de la vida, por lo que tenemos que aguantarlo estoicamente, también sería reprobable.

Sobre el particular recordemos lo que refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 1 establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia...”, por lo cual cada persona sabe lo que es bueno para ella, y lo que es bueno para uno, no necesariamente es bueno para otro.

Aquí cabría preguntarse si los pensamientos, la conciencia y las creencias religiosas de los jueces no fueron factor determinante e influyeron en la decisión que tomaron respecto del caso Pretty.

#### Artículo 14. Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Los alegatos de la demandante versaron sobre el trato desigual que se da a los que pueden o no suicidarse por sí mismo, manifestando el Tribunal que el límite entre ambos puede resultar muy difuso, y que existen razones para entender que incluir en una ley que prohíba el suicidio asistido una excepción para las personas incapaces de realizarlo por sí mismas, dañaría seriamente la protección a la vida y se correría el riesgo de llegar a abusos.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> “The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification. However, the Court considers that this is not the only face of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are

Al respecto, el Tribunal manifestó que ha sostenido que el artículo 14 no es autónomo, y que produce efectos únicamente en relación con los derechos establecidos en el Convenio.

Asimismo, el Tribunal declaró que la ley criminal no podía ser criticada como discriminatoria, en virtud de que se aplicaba a todos, aunque en algunas instancias criminales se reconocen excepciones basadas en la juventud.

En resumen, el Tribunal no considera legítimo crear una excepción a la protección de la vida, que pondría en peligro a muchas personas en situación de dependencia.

#### 4. Documentos relevantes

Dentro de la sentencia encontramos un capítulo dedicado a materiales internacionales relevantes, entre los que se encuentra la Recomendación 1418<sup>39</sup> de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que establece en su párrafo 5: “la obligación de respetar y proteger la dignidad de estas personas deriva de la inviolabilidad de la dignidad humana en todas las etapas de la vida. El respeto y protección encuentra su expresión en proporcionar un medio adecuado que permita al ser humano morir con dignidad”.

Respecto de este párrafo, surge la duda de qué se entiende por “morir con dignidad”, lo cual queda abierto a la interpretación de un tribunal, aunque el documento en cuestión es muy claro respecto de sus alcances, como veremos a continuación.

En el párrafo 9, la Asamblea recomienda que se “inste a los Estados miembros del Consejo de Europa a respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales o moribundos en todos los aspectos”, para lo cual establece una serie de preceptos.<sup>40</sup> Asimismo, encontramos dentro de este

---

significantly different” (Caso Thimmenos v. Greece, 2000, citado por el Tribunal en la sentencia del Caso Pretty v. United Kingdom).

<sup>39</sup> Recomendación 1418 “Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos”, adoptada por la Asamblea el 25 de junio de 1999 en la 24a. Sesión.

<sup>40</sup> Realmente los preceptos listados me parecen un catálogo de buenas intenciones, por lo que me gustaría ver que una Asamblea Parlamentaria similar, pero de un grupo de países subdesarrollados, copiaran esta resolución e hicieran votos por “contar con organizaciones y equipos de asistencia ambulatoria”, que “proporcionen un acceso equitativo a los cuidados paliativos”, que “garanticen un apoyo profesional”, que “aseguren un adecuado tratamiento del dolor”, etcétera. Esta resolución sería letra muerta desde antes que la tinta se seque.

numeral el inciso C, el cual establece lo siguiente: “Respaldando la prohibición de poner fin a la vida intencionadamente de los enfermos terminales o las personas moribundas”; “Reconocer que el deseo de morir no genera el derecho a morir a manos de un tercero”, así como “Reconocer que el deseo de morir de un enfermo terminal o una persona moribunda no puede, por sí mismo, constituir una justificación legal para acciones dirigidas a poner fin a su vida”.

Por otro lado, podemos mencionar las Recomendaciones 613<sup>41</sup> y 779<sup>42</sup> de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que resultan bastante más limitadas que la referida anteriormente, pero son un buen antecedente, tomando en cuenta que se emitieron 23 años antes.

### 5. La sentencia

Habiendo desahogado los alegatos de las partes, el Tribunal resolvió lo siguiente:

1. Declara la demanda admitida.
2. Sostiene que no ha habido violación al artículo 2 del Convenio.
3. Sostiene que no ha habido violación al artículo 3 del Convenio.
4. Sostiene que no ha habido violación al artículo 8 del Convenio.
5. Sostiene que no ha habido violación al artículo 9 del Convenio.
6. Sostiene que no ha habido violación al artículo 14 del Convenio.

Lo anterior fue hecho en inglés y notificado por escrito, el 29 de abril de 2002.

El 11 de mayo de 2002 falleció la demandante, lo más seguro, por asfixia.

## III. Apéndices

### 1. El derecho a la vida

En una gran cantidad de ordenamientos legales que existen, se hace referencia al derecho que se tiene a la vida, incorporándose tanto en instru-

---

<sup>41</sup> Recomendación 613 “Sobre los derechos de los enfermos y moribundos”, adoptada por la Asamblea el 29 de enero de 1976 en la 24a. Sesión.

<sup>42</sup> Recomendación 779 “Sobre los derechos de los enfermos y moribundos”, adoptada por la Asamblea el 29 de enero de 1976 en la 24a. Sesión.

mentos nacionales (México) como internacionales la obligación que adquiere el Estado para proteger y tutelar este derecho.

Así, podemos decir que en los ordenamientos legales nacionales no se establece el derecho a la vida de la manera como se hace en los instrumentos internacionales, que a continuación veremos, pero tal protección queda implícita en las disposiciones penales, que sancionan fuertemente a aquel que prive de la vida a un semejante, ya que la vida es el bien jurídico de mayor valor, y sin éste, cualquier otro perdería su sentido, de tal manera que después de la vida, cualquier otro derecho podría parecer un accesorio de éste.

En materia de protección de los derechos humanos en general y de la protección y el derecho a la vida en particular, podríamos citar una gran cantidad de ordenamientos que, entre sus primeros artículos, justamente los reservan a este derecho, a saber, la Carta de las Naciones Unidas, que en sus artículos 55 y 56 establece que

[...] con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos, y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades...

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, estas últimas referida en el cuerpo del presente escrito; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su artículo 6 que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana", y en su artículo 7 que "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) establece en sus considerandos que "los pueblos americanos [...] tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad"; en su preámbulo, que

“todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia...”, y en su artículo 1 que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la dignidad de su persona”.

De igual manera, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) establece en su artículo 2. *Derecho a la vida* lo siguiente: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) establece, en su artículo 4, que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, y el artículo 5, que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su preámbulo, establece: “2. La Unión está fundada sobre los principios indivisibles y universales de dignidad de hombres y mujeres, libertad...”; asimismo, en su articulado establece: “artículo 1. Se respetará y protegerá la dignidad de la persona; artículo 2. Toda persona tiene derecho a la vida; artículo 4. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos; artículo 10. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

Como podemos observar, en estos instrumentos que han sido enlistados, como denominador común se establece que todas las personas tienen derecho a la vida y que ésta es inherente a aquél. En estos casos, al parecer se considera como sujetos activo y pasivo del derecho al individuo, por un lado, y al Estado, por otro lado, ya que históricamente a través del poder del Estado es que se ha privado de la vida a los individuos. De lo anterior, podemos decir que el derecho a la vida es un derecho público subjetivo, garantizado en su carácter de derecho fundamental, y que corresponde al Estado velar por el mismo, y por tal razón se tutela a través de instrumentos de orden internacional. Aquí podemos agregar que respecto de la vida de un individuo no podría ser el sujeto pasivo otro individuo, ya que si bien debe respetar la vida ajena, en la legislación penal se establecen penas por su inobservancia, pero no encontraremos, a manera de decálogo, que no se debe privar de la vida a alguien ya que “toda persona tiene derecho a la vida”.

## 2. Eutanasia

Muchos son los casos que conocemos y más los que desconocemos, de personas que encontrándose con enfermedades en fases terminales, se encuentran sometidas a tratos inhumanos, amparados en la persistencia de los médicos por mantenerlas con vida hasta en tanto no se produzca la muerte de una manera "natural". Asimismo, generalmente estos casos se encuentran íntimamente relacionados con los familiares de los pacientes que solicitan a los tribunales la autorización para cesar las medidas artificiales para mantener con vida a una persona, o con aquellas en los que es el mismo paciente quien presenta también a los tribunales la solicitud buscando el derecho a morir.<sup>43</sup>

Podemos citar innumerables casos relacionados con el derecho a morir, ya sea que sea exigido por el paciente mismo o que sea solicitado por los familiares de éste. De todas maneras cabe preguntarse si resulta moralmente justificable continuar de manera artificial con algo que ha llegado a su fin, como lo es la vida. Después de todo, lo que "los moribundos y los enfermos terminales quieren es morir en paz y dignamente, pero en compañía de sus seres queridos".<sup>44</sup>

Cabe recordar una sentencia del Tribunal Supremo Alemán, en 1994, en el cual se advirtió a médicos, personal sanitario, abogados y tribunales que la voluntad de los pacientes debía ser fielmente respetada, incluso en aquellos casos en que éste ya no pudiera expresarse, lo cual hizo que se recomendara a los enfermos redactar un testamento para que dejaran constancia de que no se les aplicaran medidas que pudieran prolongar su vida, siendo esta sentencia entendida únicamente para la renuncia al aparato de alimentación artificial.<sup>45</sup>

Más recientemente, en 1996, el Territorio Norte de Australia se convirtió durante un cierto periodo en el primer estado del mundo en legalizar la eutanasia voluntaria. La ley fue vetada y derogada por el gobierno fe-

---

<sup>43</sup> Éste es el caso de Diane Pretty, una mujer británica de 43 años, completamente paralizada, quien buscando ejercer su derecho a morir, llevó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha confirmado la decisión de los jueces británicos de que no existe derecho a procurarse la muerte, ya sea de manos de un tercero o con asistencia de las autoridades públicas.

<sup>44</sup> Resolución de la OPS/OMS613, citada en *Los derechos de los pacientes*, fascículo 4, México, CNDH, 2003, p. 47.

<sup>45</sup> Cf. Hans Küng y Walter Jens, *Morir con dignidad*.

deral en 1997. Hoy no es un crimen suicidarse, pero es ilegal asistir a alguien para hacerlo.

Con todo el gran despliegue de luchadores por los derechos humanos y la revitalización de los derechos del hombre, llámense subjetivos, naturales, positivos o fundamentales, cabe preguntar si no se debe tener también, como un derecho fundamental, el derecho a la muerte, o dicho de una manera más eufemísticamente, derecho a una muerte digna, derecho a decidir cómo y cuándo, sin necesidad de ser utilizado como conejillo de Indias.

El término "eutanasia" está muy desacreditado, principalmente porque se le ha asociado a las purgas desarrolladas durante la Segunda Guerra Mundial, por lo que podemos afirmar que resulta indiscutible el rechazo a la eutanasia impuesta pero, de igual manera, resulta indiscutible la aceptación ética responsable de una ayuda a morir, o eutanasia sin acortamiento de la vida, que consiste en suministrar fármacos que atenúen el dolor; asimismo, resulta indiscutida la aceptación ética responsable de la ayuda a morir pasiva, o eutanasia con acortamiento de la vida con efecto secundario, mediante la interrupción de una prolongación artificial de la vida.

La que resulta actualmente una eutanasia discutida, es la que se aplica como una "muerte misericordiosa", para lo cual en 1976 se celebró la Primera Conferencia Mundial de Asociaciones en Pro de una Muerte Humana, y se proclamó la llamada Declaración de Tokio, en la que se establecieron las siguientes tesis: 1) cada persona debe decidir por sí misma sobre su vida y su muerte; 2) las estipulaciones de los pacientes sobre su proceso de morir, o testamentos vitales, deben reconocerse como derechos humanos, y 3) debe reconocérsele validez legal.<sup>46</sup>

Por otro lado, también en materia de derechos humanos, encontramos que Walter Jens<sup>47</sup> nos recuerda que personas como el doctor Peter Haemmerli no cejan tercamente en recordarnos el quinto derecho de los enfermos y moribundos, el derecho a no estar obligado a sufrir, a poder morir en paz y dignamente, tal como lo ha formulado la Declaración de Derechos Humanos Universales del Consejo de Europa, en su artículo 2.

Por lo que se refiere a la posibilidad de contar con un derecho, dicho en esa precisa manera, a la disposición de la vida y la forma de decidir, en el caso tal vez lejano, pero no incierto de una enfermedad terminal, Víctor Méndez Baiges<sup>48</sup> comenta que el objetivo del derecho, en consecuencia,

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>48</sup> Víctor Méndez Baiges, *Sobre morir...*, p. 51.

es el de evitar que la participación de la persona en su propia muerte sea la de un objeto pasivo en manos de la familia, de la técnica o de los especialistas, logrando por el contrario que esa participación sea la de un ciudadano al que han de serle respetados sus intereses y sus valores más básicos durante ese proceso de morir.

Un razonamiento que se ha invocado contra la proclamación del derecho a morir, y que tiene un carácter más metafísico, sostiene que, puesto que la decisión de morir es irreversible, en ella el yo presente toma una decisión que no deja ningún lugar para cualquier otra decisión que pudiera tomar el yo futuro, y ello es una razón suficiente para prohibir una decisión tan drástica y tan aniquiladora de toda decisión posterior. Carlos Santiago Nino se ha referido a este razonamiento, y a su relación con una teoría sobre la identidad personal, en ética y derechos humanos.<sup>49</sup>

Por otro lado, podemos hacer referencia a las disposiciones legales que establecen, por un lado, la protección a la vida y la libertad,<sup>50</sup> y, por el otro lado, aquellas que prohíben la tortura<sup>51</sup> y que de alguna manera se pueden relacionar con el derecho a una muerte digna.

Después de todo, la cuestión más importante en el proceso de morir se encuentra relacionada con la propia dignidad de la persona, para lo cual podemos decir que "la dignidad humana significa reconocer al hombre como persona y no tratarlo como un objeto ni tratarlo de una manera degradante o inhumana".<sup>52</sup>

## IV. Conclusiones

La revisión de los antecedentes y de la sentencia del caso de Diane Pretty nos hace pensar y reflexionar un sinnúmero de situaciones relacionadas con un momento que para todos parece muy remoto, que es la muerte, y

---

<sup>49</sup> Citado por V. Méndez Baiges, *op. cit.*, p. 83.

<sup>50</sup> Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, etcétera.

<sup>51</sup> Artículo 5 del Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etcétera.

<sup>52</sup> Yolanda Gómez Sánchez, *Los derechos en Europa*, p. 79.

más aún ésta como consecuencia de una enfermedad terminal que nos vaya minando poco a poco hasta que el desenlace sea inevitable.

Tanto las constituciones de los Estados como los instrumentos internacionales hacen referencia a la protección de la vida de los individuos, la cual debe ser tutelada por el propio Estado, pero nos preguntamos qué pasa cuando el propio individuo solicita la asistencia del Estado para dar por terminada su vida. Si bien cualquier persona tiene la posibilidad de suicidarse, no pasa así con quienes estando en la fase terminal de una enfermedad necesitan la asistencia de un tercero, para lo cual, debido a las disposiciones jurídicas que rigen en todo el mundo respecto del delito de homicidio, se requeriría la anuencia del Estado. Aquí es donde cabe preguntarse si no debe ser incorporado como un derecho el contar con la asistencia obligatoria del Estado para dar por terminada una existencia humana, lo cual pasaría a formar parte de nuestro patrimonio jurídico como un derecho humano.

Por otro lado debemos, finalmente, emancipar al ser humano, al hombre y hacerlo responsable de sus propios actos, capaz de tomar sus propias decisiones, sin considerarlo, como hasta la fecha se hace, como un menor incapaz de determinar el momento en que las cosas deben llegar a su fin. Este papel de tutor (que es más bien la forma eufemística de decir dueño de vidas) se lo ha atribuido el Estado tomando el papel de monarca absoluto, tirano, dictador, manejando una doble moral (si es que el Estado puede tener moral), ya que, por un lado, pregona la protección de los derechos humanos y, por otro, toma decisiones que tienen que ver con la intimidad de las personas, como es el caso que nos ha ocupado en este trabajo.

Posiblemente y en estricto sentido, la resolución tomada por el Tribunal Europeo respecto de la petición de la señora Pretty haya estado apegada a Derecho, pero se ha visto que está cargada de una gran dosis de interpretación, después de todo es lo que hacen los tribunales, interpretar, pero esa interpretación pudo haber estado influenciada por las creencias religiosas, sociales o cualquier otra de los ponentes, pero habría que pensar, como principio, *si ante la duda hay que absolver*, porque no ante la duda, aceptar la pretensión de la señora Pretty.

Tal vez el Tribunal tuvo temor de sentar un precedente y, por consecuencia, que se desatara una cascada de demandas similares, ya que argumentó que “puede haber abusos”,<sup>53</sup> pero creo que en esta vida se

---

<sup>53</sup> Los jueces expresaron su “simpatía” hacia la señora Pretty y dijeron que estaba condenada a afrontar una muerte difícil, si no se le proporciona la manera de poner fin a

deben correr los riesgos, y si vamos a dejar de tomar decisiones por temor a los abusos, estaríamos entonces adoptando una actitud mezquina y deleznable, por lo que si los grandes pensadores hubieran adoptado estos criterios, estaríamos aún en la edad de piedra.

A veces resulta fácil hacer recomendaciones para que se tomen todas las medidas necesarias para que un enfermo sea dotado de asistencia, medicinas, atención, cuidados paliativos, etcétera, lo cual me parece muy bien, pero quienes presentan tales propuestas se les olvida que la realidad del mundo es diferente, lo cual tal vez no alcanzan a ver pensando que su realidad es la de los demás,<sup>54</sup> y que los recursos no alcanzan o no existen.

El derecho a determinar la propia muerte encuentra una explicación dentro de la teoría que establece que la autonomía de las personas es uno de los valores, sino el principal, entre aquellos que debe garantizar el orden jurídico. En una sociedad que respeta esa autonomía, la vida de cada uno es en primer lugar de quien la vive, y no puede obligarse a nadie a mantenerse con vida contra su voluntad apelando a los intereses ajenos, a intereses del Estado o de otras personas o grupos.

El derecho a morir ha recibido muchas denominaciones, entre ellas, la de derecho a una muerte humana, derecho a la eutanasia, o derecho a morir dignamente, que al final de cuentas el denominador común es el derecho a la libre disposición de la vida, o mejor dicho, a la libre determinación del momento y la forma de dar por terminada nuestra existencia ante el no poco probable escenario de una enfermedad que nos postre en lecho y nos someta a un sufrimiento innecesario, cuando ya se vivió una vida plena.

El incipiente acercamiento que están teniendo los tribunales nacionales e internacionales para resolver y manifestarse a este respecto nos obligarán a profundizar en un futuro que ya es hoy respecto de la toma de decisiones que anteriormente no estaban ni pensadas, así como a definir y determinar hasta qué punto el ser humano cuenta con libertad para decidir sobre su vida y sobre su muerte, así como el papel que los Estados y la comunidad internacional deberán jugar en esta nueva etapa de los

---

sus días. Pero consideraron que “incluir en una ley una excepción para personas consideradas incapaces de suicidarse resquebrajaría seriamente la protección de la vida, consagrada por la ley, y aumentaría de manera significativa el riesgo de abuso”.

<sup>54</sup> Recordemos el caso de María Antonieta, si el pueblo no tiene pan, pues que coman pasteles.

derechos de los hombres que, finalmente como éste, deberá convertirse en un derecho humano.

Nuevamente, como dije anteriormente, cabe preguntarse si no debe ser incorporado como un derecho el contar con la asistencia obligatoria del Estado para dar por terminada una existencia, el cual pasaría a formar parte de nuestro patrimonio jurídico como un derecho humano, ya que si nadie puede vivir nuestra vida, menos aun puede morir nuestra muerte.

## **V. Bibliografía**

BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos humanos internacionales*. México, Ger-nika, 2002.

CARBONELL, Miguel, *Derecho internacional de los derechos humanos*. México, Porrúa, 2002.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Hu-manos*. Madrid, Tecnos, 2003.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Los derechos en Europa*. Madrid, UNED, 2001.

KÜNG, Hans y Walter Jens, *Morir con dignidad*. Madrid, Trotta, 1997.

MÉNDEZ BAIGES, Víctor, *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*. Madrid, Trotta, 2002.

SZÉKELY, Alberto, comp., *Instrumentos fundamentales de derecho interna-cional público*, t. I. México, UNAM, 1981.

———, *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, t. IV. México, UNAM, 1991.

TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio, *Principales Declaraciones y Tratados Internacio-nales de derechos humanos ratificados por México*. México, CNDH, 1999.

### *Páginas web*

[www.eutanasia.ws](http://www.eutanasia.ws) (Asociación Derecho a Morir Dignamente).

[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Corte Europea de Derechos Humanos).

[www.unav.es](http://www.unav.es)

## Los Juicios de Nuremberg: 60 años después

**Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño\***

*A mi hermana Cecilia*

*Aunque esta ley se aplique aquí, por vez primera, a los agresores alemanes, incluye también y debe, si realmente ha de servir de algo, condenar los actos de agresión de cualesquiera otras naciones, sin excluir a las que hoy se sientan aquí como jueces.*

Robert J. Jackson,  
Fiscal en jefe de los Juicios de Nuremberg

SUMARIO: I. Introducción: sentencias al Estado moderno. II. El Estado totalitario y la justicia. III. Seguridad jurídica vs. *Ius Gentium*. IV. El Damasco de un jurista. V. Epílogo. VI. Bibliografía.

### **I. Introducción: sentencias al Estado moderno**

**E**l otrora todopoderoso, ahora arrastraba sus pies, con la misma lentitud que muchas de sus víctimas de los guetos polacos. Este sujeto había mostrado un profundo remordimiento durante el juicio en el que compartía el banquillo con un selecto grupo de jefes del extinto Partido Nacionalsocialista y de las Fuerzas Armadas alemanas. Era Hans Frank, ex gobernador general de Polonia, en nombre del infame

---

\* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Tercer Reich. Frank fue ejecutado en la horca el 16 de octubre de 1946, luego de haber sido acreedor a los cargos de conspiración, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Se han cumplido ya 60 años de la ejecución de su sentencia, así como de sus coacusados.<sup>1</sup> 60 años que para la opinión pública en general han pasado prácticamente desapercibidos, salvo para el semanario alemán *Der Spiegel*.<sup>2</sup> La indiferencia desconcierta ya que es un lugar común considerar a los Juicios de Nuremberg (iniciados en septiembre de 1945) como un hito en la historia de los derechos humanos.<sup>3</sup> Como ejemplo de ello, no hace mucho, el juez de la Audiencia Nacional del Reino de España, Baltasar Garzón, escribió:

Distinta fue la experiencia de la represión en 1945, cuando, como consecuencia de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial por los ejércitos nazi y japonés, se crearon los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio. Aunque no debe olvidarse que se trató de tribunales formados por personas nacionales de las potencias vencedoras, en general se respetaron las garantías procesales fundamentales relativas al derecho de defensa de los acusados. Pero lo más importante es que la constitución de tales tribunales constituyó un hito en la lucha contra la impunidad de los autores de tales crímenes, cuyo castigo resultaba un imperativo para la conciencia universal.<sup>4</sup>

Hay mucho que matizar acerca de lo dicho en el párrafo anterior. En primer lugar, es una muestra de ignorancia histórica —por cierto cometida por los propios tribunales sitos en Nuremberg— confundir al Ejército alemán (Wehrmacht) con el nazismo, no obstante que el propio Hitler hubiese asumido la cabeza suprema de las fuerzas armadas alemanas.<sup>5</sup> A

---

<sup>1</sup> M. Berenbaum, *El mundo lo debe saber*, pp. 199-200.

<sup>2</sup> T. Darnstädt, "Das Weltgericht", "Vor 60 Jahren in Nürnberg: NS-Verbrecher vor Gericht-Das Tribunal des Todes", en *Der Spiegel*, núm. 42, pp. 66-86.

<sup>3</sup> Vid. J. A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, pp. 64-67; G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, pp. 171-180; A. Truyol y Serra, *Los derechos humanos, Declaraciones y Convenciones internacionales*, pp. 34-35.

<sup>4</sup> B. Garzón, Prólogo a VV. AA., *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, p. 17.

<sup>5</sup> Vid. D. Solar, *La caída de los dioses, los errores estratégicos de Hitler*, pp. 13-41. En todo caso las atrocidades fueron cometidas, sobre todo, por la policía secreta alemana, la Gehime Staats Polizei (Gestapo), o la guardia consagrada a la defensa personal del Hitler, las Waffen Schutzstaffel (S. S.).

su vez, hay que precisar que tales juicios también son un eslabón en la conformación del derecho internacional humanitario posterior a la Segunda Gran Guerra y cuya coronación es el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma de 1997. Pero coincidimos con Garzón: 60 años de haber sido dictadas las primeras sentencias de tan peculiar jurisdicción, no pueden pasar por indiferentes a la luz de la historia de los derechos humanos. Desde tal punto de vista, estamos obligados a hacer algunas precisiones de enfoque. Hoy en día la historia del derecho se concentra no sólo en los textos jurídicos, objeto material de su estudio, sino también en los contextos y en las ideas. El derecho (en cualquiera de sus acepciones) no es un producto de la generación espontánea, sino una aportación cultural. Esto viene a colación ya que sin contextualizar la conformación del estatismo imperante en la primera mitad del siglo XX, no se podría comprender la naturaleza y magnitud de las aportaciones de la peculiar jurisdicción mixta (civil y militar) que fungió como tribunal internacional entre 1945 y 1949 en el simbólico Nuremberg. Así las cosas, debe tenerse presente que entre los siglos XVIII y XIX cuajarían los Estados nacionales, organizados jurídica y políticamente mediante constituciones. O para ser exactos, mediante constituciones inspiradas en el liberalismo revolucionario, es decir, en una serie de ideas que desde el siglo XV fueron evolucionando en el seno de sociedades monárquicas y estamentales, lo que suele denominarse como Antiguo Régimen.<sup>6</sup> Esto es lo que nos explica Maurizio Fioravanti:

[...] el Estado de Derecho posrevolucionario es la forma de Estado que está dotada de una constitución liberal, es decir, de una constitución que parte de la presunción general de libertad a favor de los individuos, que reserva a la ley la individualización de los eventuales límites que —por el interés de todos— deban establecerse al ejercicio de los derechos de los mismos individuos,

---

<sup>6</sup> “La razón es que el derecho público de las naciones de derecho civil de la actualidad es en gran parte un producto de una revolución ocurrida en Occidente en el siglo iniciado en 1776. Este movimiento, que afectó a la mayor parte de las naciones occidentales incluyó acontecimientos tan dramáticos como la Revolución estadounidense y la Revolución francesa [...], la serie de guerras de independencia que liberaron a las naciones de América Latina [...]. Pero estos acontecimientos fueron en sí mismos el producto de una revolución intelectual más fundamental. Finalmente se superaron ciertos moldes de pensamiento por largo tiempo establecidos acerca del gobierno y el individuo, y se sustituyeron por nuevas ideas acerca del hombre, la sociedad, la economía y el estado”. J. H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, pp. 38, 39.

que provee, siempre para garantizar los derechos, al establecimiento de formas de gobierno no absolutistas.<sup>7</sup>

Por ende, el Estado moderno “es la sociedad organizada para declarar el derecho de un modo supremo e inapelable, cumplirle en relación con todos los fines de la vida, y hacerle cumplir por la coacción cuando no se realice voluntariamente”.<sup>8</sup> Este nuevo modelo de sociedad política tendía a ser autosuficiente, ya que se fundaba en el principio de la soberanía popular bidimensional (interna, y externa para el efecto del *ius-gentium*). En el Antiguo Régimen el soberano era el rey, en cambio, ahora es el pueblo y la ley su producto y expresión general. El absolutismo despótico había muerto. Curiosamente, el liberalismo mantuvo una postura pesimista en torno a la relación naturaleza humana y poder: el ejercicio de este último tiende a corromperse naturalmente. Basta traer a la memoria la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, banderazo de salida en la carrera de los derechos humanos como instituciones de derecho positivo en la lógica de René Cassin.<sup>9</sup> En tal texto, la sección tercera formuló el derecho del pueblo a abolir a un gobierno cuando éste ya no sirviese a la felicidad común.<sup>10</sup> Y tal parece —con todo lo lamentable que fue— que la profecía se cumplió.

## II. El Estado totalitario y la justicia

El siglo XIX implicó un complejo caldo de cultivo hacia una catástrofe que provocarían precisamente esos Estados-naciones liberales: la Revolución industrial, los nacionalismos, la Primera Guerra Mundial, los imperialismos

---

<sup>7</sup> M. Fioravanti *et al.*, *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, p. 35.

<sup>8</sup> J. Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia del derecho, instituciones políticas y administrativas*, pp. 912-913.

<sup>9</sup> Virginia Declaration of Rights, 12 de junio de 1776, cit. por J. Hervada y J. M. Zumaquero, *Textos internacionales de derechos humanos, t. 1 (1776-1976)*, p. 24.

<sup>10</sup> “Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; of all the various modes and forms of government that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal”. Cit. por J. Hervada y J. M. Zumaquero, *op. cit.*, p. 29.

y la novedosa tiranía de la ley, entre otros. Sobre esto último, había razones suficientes para ensalzar a la ley. Muestra de ello es lo expresado por un pensador de la talla de un Montesquieu, al sugerir que la legalidad tenga por finalidad mantener a raya a los jueces, signos visibles de la arbitrariedad del Antiguo Régimen.<sup>11</sup> Pero, ¿cómo se limitaría ahora al Poder legislativo? En efecto, el juez aceptaría someterse a la ley, empero, cabe preguntarse: salvo las limitaciones procedimentales para generar una ley, ¿el legislador ante qué dique se podría contener? Es así como el nuevo tirano ha surgido, como bien lo advierte Bernardino Bravo Lira:

[...] este legalismo judicial se ha mostrado más peligroso aun que la arbitrariedad de los jueces que con él se quiso remediar. La omnipotencia de la ley se presta para los mayores atropellos. Incluso para aniquilar el derecho. De hecho ella ha sido instrumento de los totalitarismos, soviético y nazi, para imponer el peor sin derecho: el abuso legalizado. Pero este abuso no es desconocido tampoco en los demás países donde también impera la legalidad por la legalidad, aunque en menor grado.<sup>12</sup>

Por otra parte, hay que tener presente que los célebres derechos sociales (clasificados por Cassín como de segunda generación) fueron el resultado de una reacción contra el individualismo exacerbado en las primeras constituciones y su legislación civil.<sup>13</sup>

En ese complejo caldo de cultivo surgieron Estados absolutistas, como la Italia fascista, el Tercer Reich alemán o el Régimen Soviético de Stalin. Derechas o izquierdas, poco importan esos parámetros. El Estado era mucho más que el Leviatán de Hobbes, era un fin en sí mismo, un absoluto, como Hegel lo prefiguró.<sup>14</sup> La geometría ideológica sirvió, en todo caso, para apuntalar posturas político-partidistas, por ejemplo, Hitler alcanzará el poder en oposición a los anarquistas de extrema izquierda y a los socialdemócratas. De hecho, el cabo de Austria logrará una gran popularidad una vez en el poder, al poner en “orden” a los opositores.<sup>15</sup> Cuando el 21 de marzo de 1933, en los suburbios de Munich, era funda-

---

<sup>11</sup> Cf. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, libro VI, capítulos III y IV, pp. 64 y 65.

<sup>12</sup> B. Bravo Lira, *Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial*, en VV. AA., *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, p. 179.

<sup>13</sup> Vid. A. Osuna Fernández-Largo, *Los derechos humanos. Ámbitos y desarrollo*, pp. 185-186.

<sup>14</sup> R. Scruton, *Historia de la filosofía moderna. De Descartes a Wittgenstein*, p. 170.

<sup>15</sup> Vid. R. J. Evans, *The coming of the Third Reich*.

do el campo de concentración de Dachau, la opinión pública le fue favorable. Ese campo, además de aislar de la sociedad a los enemigos del Estado (y por ende del orden y paz públicas), era también un instrumento de una enorme capacidad de disuasión para los potenciales delincuentes.<sup>16</sup> La Solución Final planteada en Wansee el 20 de enero de 1942 estaba aún distante. Esto hay que tenerlo muy claro: el Holocausto será el efecto de medidas cada vez más radicales.<sup>17</sup> Basta tomar como ejemplo el caso del infame campo de Auschwitz. En un principio surgió como un campo de concentración de enemigos políticos e indeseables sociales el 14 de diciembre de 1940. Luego de la referida conferencia de Wansee será el campo de exterminio más despreciable en la historia de la humanidad.<sup>18</sup>

Como ha sido demostrado por Debórah Dwork y Robert Jan van Pelt, las potencias aliadas tenían conocimiento de las atrocidades cometidas por el Tercer Reich, incluso de la "Solución final".<sup>19</sup> Sin embargo, el objetivo de su estrategia militar —y política— era la victoria total, con la consecuente rendición incondicional de los alemanes. Hay muchas incógnitas por despejar sobre si se tenía conciencia de la magnitud de la empresa de muerte que fue el Holocausto, pero al margen de ello, no es casual que ya en pleno mes de octubre de 1942, el ministro de Asuntos Exteriores soviético, Viacheslav Molotov, había visualizado la existencia de un tribunal que juzgase los crímenes de guerra cometidos por los nazis.<sup>20</sup> En contrapartida, el primer ministro británico, nada menos que sir Winston Churchill, proponía las ejecuciones sumarias, sin ningún género de garantías procesales, bastando la simple identificación del criminal en turno. Además del conflicto ético *justicia vs. venganza*, prevalecían criterios prácticos: ¿cómo se instalarían tales tribunales?, ¿cuánto costaría —en términos humanos y económicos— sobrellevar tales procesos?, y sobre todo ¿bajo que parámetros jurídicos serían juzgados los sujetos en cuestión? Churchill había moderado su apetito en la Conferencia de Teherán celebrada

---

<sup>16</sup> S. Zámečník, *That was Dachau (1933-1945)*, pp. 19-64.

<sup>17</sup> Grosso modo, la "Solución final" puede definirse como el conjunto de políticas y acciones públicas emprendidas por el Tercer Reich para el exterminio de toda la población judía europea, así como de determinadas minorías, entre otros los gitanos y los Testigos de Jehová. A cargo de tan siniestros planes estuvo el general de las S. S. Reinhard Heydrich. Sobre la Conferencia de Wannsee, vid. M. Roseman, *La Villa, el Lago, la Reunión, la conferencia de Wannsee y "la solución final"*.

<sup>18</sup> L. Rees, *Auschwitz, los nazis y la "solución final"*, pp. 13-62.

<sup>19</sup> D. Dwork y R. J. van Pelt, *Holocausto, una historia*, pp. 475-504.

<sup>20</sup> R. Overy, *Interrogatorios. El Tercer Reich en el banquillo*, pp. 29-31.

entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 1943. En tal cumbre se hace evidente un protagonista que no se puede omitir: Estados Unidos de América. El presidente Franklin D. Roosevelt apoyaba la tesis de su secretario del Tesoro, Henry Morgenthau. El que se ha convertido en un clásico de las relaciones internacionales, proponía un plan cuyo objeto era transformar a Alemania en una sociedad rural, y, para lograr esto, había que ejecutar a diversos líderes nazis, en otras palabras, se trataba de una solución quirúrgica. Sin embargo, la opinión estadounidense no fue unánime, y el secretario de Guerra, Henry L. Stimson, un caballero de la vieja guardia, no miraba con buenos ojos la destrucción de una sociedad como la alemana. En todo caso, para Stimson había que juzgar a los criminales de guerra acorde con el marco jurídico internacional vigente, a saber: los Convenios de Ginebra de 1929 y el Convenio de La Haya de 1907, es decir, conforme *ius in bello* anterior a los hechos.<sup>21</sup> Esto era un derecho reconocido, además, por la Suprema Corte de Justicia de la Estados Unidos. Roosevelt inclinó el fiel de la balanza a favor de la posición de Stimson. De cualquier manera, en la Conferencia de Quebec de agosto de 1944, Inglaterra y Estados Unidos recalcan las dificultades de tales procesos. Prevalecía una preocupación política más que jurídica: los juicios pudieran darle a Hitler y a sus huestes un foro para defender sus ideas y justificar su conducta ante la opinión internacional, también era causa de preocupación la seguridad de los jueces.<sup>22</sup>

### III. Seguridad jurídica vs. *Ius Gentium*

Pero el problema de la instalación de tales tribunales y procedimientos era mucho más complejo que las preocupaciones políticas. A la luz de la historia del derecho de gentes y de los derechos humanos, la problemática se puede concretar en una palabra: contradicción. O para ser precisos, en una serie de contradicciones. Primero, el Estado moderno, desde la perspectiva constitucional, se fincaba, en cuanto principio, en la seguridad jurídica, cuyo basamento es el principio de legalidad. No una legalidad que fuese materia de tirantez para cometer atropellos mediante tal instrumento, como bien lo apuntaba Bravo Lira, sino una ley que fuese la con-

---

<sup>21</sup> Vid. E. W. Petit de Gabriel, *Las exigencias de humanidad en el derecho internacional tradicional (1789-1939)*.

<sup>22</sup> R. Overy, *op. cit.*, pp. 31-33.

tención del poder arbitrario, puesto que entre otras cosas eso son las garantías de audiencia como lo es el debido proceso legal. Derivado de esto, los tribunales debieran ser generales y estar constituidos antes de los hechos, ni qué decir de las leyes penales. Con una visión extraordinaria Cesare Beccaria había advertido en 1764: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.<sup>23</sup>

Y he aquí la primer gran contradicción: los Juicios de Nuremberg tendrían otra víctima, además de las causadas trágicamente por sus procesados: la seguridad jurídica, enorme logro del Estado y del constitucionalismo moderno. Recuértese que: “La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público”.<sup>24</sup>

A su vez, otro problema subsistía. Estados Unidos de América o Inglaterra compartían tradiciones jurídicas, englobadas en el *Common Law*; Francia era la quintaesencia del *Civil Law* y la Unión Soviética era su símil en lo que fuera el *Socialist Law*. No obstante que el derecho militar suele ser codificado, los conflictos de tradiciones prevalecían. Este panorama se enreda más al haberse asimilado la figura de Crímenes contra la humanidad, tipo punitivo inédito.<sup>25</sup>

No obstante, los Juicios se llevaron a cabo. El nuevo presidente de Estados Unidos, el inexperto Harry S. Truman, vio en tal jurisdicción una oportunidad de castigar a los criminales de guerra alemanes, más allá de una venganza o linchamiento legal, mismos que hubieran descalificado moralmente al triunfo aliado. Truman había hecho caso al consejo de Stimson. Así las cosas, el sucesor de Roosevelt, luego de su muerte en abril de 1945, nombró al ministro de la Suprema Corte, Robert H. Jackson, como Chief of Counsel for the Prosecution of Axis Criminality, es decir, jefe del Consejo de la Fiscalía Aliada contra los Crímenes de Guerra Cometidos

---

<sup>23</sup> C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, p. 36.

<sup>24</sup> I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, p. 12.

<sup>25</sup> El delito de genocidio ya se había conceptualizado desde 1944 por el profesor Rafael Lemkin, pero su momento de ser tipificado en el *Ius Gentium* será hasta 1948 en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948. Cf. J. Hervada y J. M. Zumaquero, *op. cit.*, pp. 130-134.

por los Líderes del Eje Berlín-Roma-Tokio. El Tribunal quedaría establecido de conformidad con el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.<sup>26</sup> En opinión del calificado historiador Michael Burleigh: “Los Juicios de Nuremberg se atuvieron a normas justas y la culpabilidad de los condenados

---

<sup>26</sup> “AGREEMENT by the Government of the UNITED STATES OF AMERICA, the Provisional Government of the FRENCH REPUBLIC, the Government of the UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND and the Government of the UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS for the Prosecution and Punishment of the MAJOR WAR CRIMINALS of the EUROPEAN AXIS WHEREAS the United Nations have from time to time made declarations of their intention that War Criminals shall be brought to justice; AND WHEREAS the Moscow Declaration of the 30th October 1943 on German atrocities in Occupied Europe stated that those German Officers and men and members of the Nazi Party who have been responsible for or have taken a consenting part in atrocities and crimes will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free Governments that will be created therein; AND WHEREAS this Declaration was stated to be without prejudice to the case of major criminals whose offenses have no particular geographical location and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies; NOW THEREFORE the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics (hereinafter called ‘the Signatories’) acting in the interests of all the United Nations and by their representatives duly authorized thereto have concluded this Agreement.

Article 1.

There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations or groups or in both capacities.

Article 2.

The constitution, jurisdiction and functions of the International Military Tribunal shall be those set in the Charter annexed to this Agreement, which Charter shall form an integral part of this Agreement.

Article 3.

Each of the Signatories shall take the necessary steps to make available for the investigation of the charges and trial the major war criminals detained by them who are to be tried by the International Military Tribunal. The Signatories shall also use their best endeavors to make available for investigation of the charges against and the trial before the International Military Tribunal such of the major war criminals as are not in the territories of any of the Signatories.

Article 4.

Nothing in this Agreement shall prejudice the provisions established by the Moscow Declaration concerning the return of war criminals to the countries where they committed their crimes.

era indiscutible, incluso según las leyes vigentes en la propia Alemania durante todo el periodo nazi. Los juicios fueron también las primeras investigaciones documentales del funcionamiento detallado de un régimen criminal poco después de que hubiese dejado de existir”.<sup>27</sup>

Es cierto que hubo reglas serias en torno al procedimiento, pero en virtud de las estrictas medidas de seguridad (por ejemplo para evitar suicidios o contrabando), aquéllas fueron violentadas en diversas ocasiones, como el uso de entrevistas hechas por psiquiatras y psicólogos, o bien, que en los locutorios, los procesados al hablar con sus abogados no contasen con garantías de confidencialidad al estar presentes policías militares.<sup>28</sup>

La Constitución del Tribunal Internacional de Nuremberg pretendió fundar su legitimidad en los acuerdos de Londres. Sin embargo, las conductas punibles eran contrarias a las garantías de no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna. Ni qué decir acerca de cómo fue pisoteado el principio general del derecho penal moderno, consagrado en el siglo XVIII por Beccaria: *Nullum poene sine lege*, y que, además,

---

Article 5.

Any Government of the United Nations may adhere to this Agreement by notice given through the diplomatic channel to the Government of the United Kingdom, who shall inform the other signatory and adhering Governments of each such adherence.

Article 6.

Nothing in this Agreement shall prejudice the jurisdiction or the powers of any national or occupation court established or to be established in any allied territory or in Germany for the trial of war criminals.

Article 7.

This Agreement shall come into force on the day of signature and shall remain in force for the period of one year and shall continue thereafter, subject to the right of any Signatory to give, through the diplomatic channel, one month's notice of intention to terminate it. Such termination shall not prejudice any proceedings already taken or any findings already made in pursuance of this Agreement.

IN WITNESS WHEREOF the Undersigned have signed the present Agreement.

DONE in quadruplicate in London this 8th day of August 1945 each in English, French and Russian, and each text to have equal authenticity...” Consultado *in situ* en el *Dokumentationszentrum Reichsparteitagsgelände Nürnberg*.

<sup>27</sup> M. Burleigh, *El Tercer Reich, una nueva historia*, p. 845.

<sup>28</sup> Sobre las normas procesales, éstas se encuentran en la *CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL*, Consultada *in situ* en el *Dokumentationszentrum Reichsparteitagsgelände Nürnberg*. Respecto de la intervención de psiquiatras y psicólogos, se sugiere la excelente obra de L. Goldensohn, *Las entrevistas de Nuremberg*.

era un derecho garantizado por toda constitución que se jactase de ser democrática y civilizada.

Desde una perspectiva optimista, así como internacionalista, Juan Antonio Carrillo Salcedo encuentra más luces que sombras en la instalación de los tribunales *ad hoc* y sus procedimientos:

En relación con la sanción de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, el Acuerdo concluido en Londres el 8 de agosto de 1945 entre los Gobiernos de los Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña y la URSS, vencedores en la Segunda Guerra Mundial, partió de la idea de base de que los individuos tienen deberes y obligaciones internacionales que están por encima de su deber de obediencia al Estado del que fuesen nacionales. En orden a justificar sus comportamientos, por tanto, nadie puede prevalerse de la obediencia debida a su Estado cuando éste haya sobrepasado las competencias y poderes que el derecho internacional le reconoce.<sup>29</sup>

Es decir, la decisión final de instalar tal jurisdicción pretendió resolver el conflicto *Seguridad jurídica vs. Impunidad histórica individual*. El *ius gentium* parecía haber dado un paso adelante, como el mismo Carrillo Salcedo lo explica:

Se partió, pues, de un principio innovador en derecho internacional, el de la *responsabilidad internacional penal del individuo*, distinta de la responsabilidad internacional del Estado por la conducta de sus órganos, pues como dijera el Tribunal de Nuremberg, los crímenes contra el derecho de gentes fueron cometidos por hombres y no por entidades abstractas. Individuos concretos quedaron así sometidos a sanciones internacionales, con lo que se dio un salto cualitativo respecto del derecho internacional tradicional, aunque viciado por el hecho de limitarse exclusivamente a los vencidos, *al reconocer la aplicación directa del derecho internacional al individuo*.<sup>30</sup>

A esto hay que agregar la supuesta superioridad moral de las potencias vencedoras.<sup>31</sup> Supuesta, pues como confesaría el general estadounidense Curtis Le May a su auxiliar —y futuro secretario de Defensa— Robert Mc-

---

<sup>29</sup> J. A. Carrillo Salcedo, *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>31</sup> Vid. R. Overy, *Por qué ganaron los aliados*, pp. 367-403.

Namara, luego de los bombardeos incendiarios sobre el Japón, que si los aliados hubiesen sido derrotados, ellos serían los criminales de guerra.<sup>32</sup>

Y con tales justificaciones, la maquinaria se echó a andar. El equipo de jueces era inmejorable. Debían ser cuatro titulares (uno por cada potencia aliada) y cuatro suplentes: Geoffrey Lawrence (titular Reino Unido) y Norman Birkett (suplente Reino Unido); Francis Biddle (titular Estados Unidos) y John J. Parker (suplente Estados Unidos); Henri Donnedieu de Vabres (titular Francia) y Robert Falco (suplente Francia); Iona Nikitchenko (titular Unión Soviética) y Alexander Volchkov (suplente Unión Soviética).<sup>33</sup>

En cuanto la fiscalía, la cabeza fue —como ya se ha dicho— el juez estadounidense Robert H. Jackson, contando con la asistencia de los fiscales Hartley Shawcross de Inglaterra; el implacable general Rudenko de la Unión Soviética y François de Menthon y Auguste Cahmpetier de Francia.<sup>34</sup>

Las acusaciones fueron polémicas, y se tipificaron de la siguiente manera: a) conspiración; b) crímenes contra la paz; c) crímenes de guerra, y 4) crímenes contra la humanidad:

El primer punto especificaba que los acusados habían participado como jefes, organizadores o cómplices en la puesta en marcha de un plan que tenía por objetivo la realización de crímenes contra la paz. El segundo punto sostenía que los acusados habían contribuido a transformar la economía alemana, adaptándola a fines bélicos y desarrollando un programa de rearme secreto. El tercer punto decía que se habían cometido asesinatos y malos tratos en las poblaciones ocupadas, destacando los fusilamientos, muertes en las cámaras de gas, en campos de concentración, trabajos forzados, torturas y experiencias científicas. A lo expuesto se agregaban los asesinatos en masa de minorías y grupos raciales determinados. El cuarto y último punto consistía en una ampliación del tercero.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> J. G. Blight y J. M. Lang, *The fog of war, Lessons from life of Robert S. McNamara*, p. 113.

<sup>33</sup> Vid. V. von Der Lippe, *Nürnberger Tagebuchnotizen (November 1945 bis Oktober 1946)*, pp. 13-31.

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> VV. AA., *La Segunda Guerra Mundial*, t. XII, p. 282.

En realidad los crímenes de lesa humanidad, gran innovación de la Constitución del Tribunal Internacional, fue el foco de más críticas.<sup>36</sup> En principio, por aplicarse retroactivamente y no haberse tipificado —en consecuencia— con anterioridad a los hechos. No obstante, para Gustav Radbruch, tal formulación fue un salto cualitativo en la historia del derecho de gentes. Por ser un contemporáneo a lo hechos, su voz merece la pena ser escuchada:

En el capítulo de los “delitos contra la humanidad”, definidos en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg. Ciertamente que este nuevo concepto de delito que aquí se establece no hace más que enunciarse, ilustrándolo por medio de algunos ejemplos, pero sin que llegue a definirse y desarrollarse la nueva figura del delito. Las nuevas normas equivalen a una autorización concedida a los tribunales de justicia para que, por la vía de la jurisprudencia judicial, vayan definiendo y modelando en una figura nueva de delito las distintas clases de crímenes perpetrados contra la humanidad.

1) La idea de humanidad se trasluce e impone también en el derecho penal dentro de cada Estado. El hacer hincapié unilateralmente en el criterio del fin atenta contra aquel principio kantiano según el cual todo hombre debe ser considerado y tratado como un fin en sí. Ya el penalista Franz von Liszt contraponía a la idea de fin la idea de la “Carta Magna”, es decir, la idea según la cual el derecho penal no persigue solamente la salvaguardia de la sociedad contra los criminales, sino que tiende, al mismo tiempo, a salvaguardar a los individuos contra la imposición de penas arbitrarias. Pues bien, esta idea de la Carta Magna lleva implícita, evidentemente, el concepto de humanidad.<sup>37</sup>

Así las cosas, con los claroscuros apuntados, en octubre se dictaron las respectivas sentencias: Martin Bormann, sucesor de Rudolf Hess como lugarteniente de Adolfo Hitler, fue sentenciado a muerte en la horca —en ausencia. Wilhelm Frick, quien fuera ministro del Interior, y coautor de las Leyes Raciales de Nuremberg de 1935, fue también condenado a la muer-

---

<sup>36</sup> “CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”. En la *CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL*, Consultada *in situ* en el *Dokumentationszentrum Reichsparteitagsgelände Nürnberg*.

<sup>37</sup> G. Radbruch, *op. cit.*, pp. 154-156.

te por la horca. El almirante Karl Dönitz fue sentenciado a 10 años de prisión. Como se describía al inicio de estas líneas, Hans Frank, el prepotente gobernador general de Polonia, fue condenado a la horca. En cambio, Hans Fritzsche, segundo del doctor Goebbels en el Ministerio de Propaganda del Partido Nazi, fue absuelto. Sorprendió que el ministro de Economía, Walter Funk, fuese condenado a cadena perpetua. El importante señalar que el extravagante mariscal del Reich, Hermann Goering, había evadido su condena de muerte, suicidándose con cianuro obtenido por contrabando. Rudolf Hess, antiguo lugarteniente de Hitler, y cuyo vuelo a Escocia en 1941 es un misterio aún no aclarado, fue condenado a cadena perpetua. El general Alfred Jodl, jefe de Operaciones de la Wehrmacht, fue condenado a la horca. Esto último fue una reprochable deshonra a un militar, quien en todo caso debió haber sido fusilado. El temible Ernst Kaltenbrunner, jefe de la Oficina Central de Seguridad del Reich y de los *Einsatzgruppen*, fue condenado a muerte en la horca. El mariscal Wilhelm Keitel, comandante de la Wehrmacht, fue también privado de la vida de manera deshonrosa: en la horca. El empresario Gustav Krupp, beneficiado del trabajo de esclavos, fue absuelto. El jefe del Cuerpo Alemán del Trabajo Robert Ley, no fue sentenciado, había cometido suicidio en los albores de los juicios. Konstantin von Neurath, protector de Bohemia y Moravia, fue condenado a 15 años de reclusión. Franz von Papen, embajador y antiguo vicescanciller, fue absuelto. El almirante Erich Raeder, comandante en jefe de la Armada Alemana, fue acreedor a la prisión perpetua. Joachim von Ribbentrop, el torpe ministro de Relaciones Exteriores, recibió una condena a muerte. Es claro que quedan nombres en el tintero, pero para no agotar al lector, sólo se mencionará, finalmente, al arquitecto de Hitler, Albert Speer, quien fue condenado a 20 años de prisión.<sup>38</sup>

#### **IV. El Damasco de un jurista**

Hemos podido ver el optimismo de Radbruch. Pero merece la pena detenerse un poco en el pensamiento de este jurista socialdemócrata (y por ende enemigo del Tercer Reich) nacido en la norteña Lübeck. Para Alfred Verdross, el pensamiento de Radbruch puede dividirse antes y después de la Segunda

---

<sup>38</sup> Vid. V. von Der Lippe, *op. cit.*, pp. 525-548.

Gran Guerra.<sup>39</sup> En su “primera fase”, es un relativista jurídico, inclinado por el individuo y un cierto grado de estatismo que le fuese favorable. Como opositor al régimen nacionalsocialista, y además, como ciudadano alemán que no se exilió durante tal periodo, fue testigo de primera mano de los abusos, incluso justificados en sendas leyes. Ésta es su segunda etapa, que será breve, tanto en producción como en duración, el destacado jurista muere en 1949.<sup>40</sup> Radbruch resolvió el conflicto entre la seguridad jurídica garantizada por el derecho del nuevo régimen, y la justicia histórica, con una serie de razonamientos con visión a largo plazo:

El proceso de Nuremberg abre al futuro y en particular al aseguramiento de la paz, a nuestro juicio, perspectivas más halagüeñas que la misma Organización de las Naciones Unidas. El juicio de Nuremberg ha desplegado inexorablemente —y con el ejemplar espíritu objetivo de la justicia anglosajona—, ante quienes no se empeñen en taparse los ojos, el espantoso cuadro del derrumbamiento de un Estado basado en la negación del derecho. El valor que este juicio histórico encierra para el porvenir del derecho internacional se cifra en las tres ideas siguientes, nuevas las tres:

- 1) En primer lugar ha impuesto con trágica claridad la conciencia de que el derecho internacional no sólo obliga a los Estados, sino que obliga también a los estadistas y a los ciudadanos y súbditos de aquéllos, con lo que ha alentado poderosamente el desarrollo del derecho internacional hacia un derecho verdaderamente universal.
- 2) En segundo lugar ha venido a enriquecer la lista de las antiguas figuras de delito internacional, de crímenes de guerra con dos nuevos tipos o figuras: el crimen consistente en desencadenar una guerra de agresión y los delitos de lesa humanidad. Con el derecho internacional de intervención y la jurisdicción internacional sobre los crímenes contra la humanidad se ha dado un paso más del derecho internacional hacia el derecho universal, hacia la conciencia de que los delitos de lesa humanidad, aunque se cometan contra connacionales, competen a la humanidad entera.
- 3) Finalmente, el proceso de Nuremberg ha sentado las bases para un derecho penal internacional que proteja a los pueblos contra esos

---

<sup>39</sup> A. Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, p. 324.

<sup>40</sup> M. V. Martínez Bretones, *Gustav Radbruch, vida y obra*, pp. 85-94.

desafueros por parte de sus gobernantes y de otras personas. Se ha objetado reiterada e insistentemente que el nuevo derecho penal internacional ha entrado en vigor con fuerza retroactiva, contraviniendo el principio de *nulla poena sine lege*, y se ha dicho que ello ha venido a infringir la restauración de aquel postulado, impuesta al derecho penal alemán por el Consejo de control. Esta objeción desconoce algo muy importante y es que la prohibición de nuevas normas penales con efecto retroactivo sólo puede regir dentro de los marcos de una codificación del derecho penal, pero no en los casos en que el derecho penal se halla en proceso de formación, con el carácter de derecho judicial. Ese principio que se invoca no puede regir, evidentemente, para el derecho judicial ni, en particular, dentro de los ámbitos del derecho judicial alemán; a nadie se le ocurrió impugnar, con el argumento de la retroactividad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich en que, por ejemplo, se declaraban punibles los contratos inmorales viciados de fraude, que el mismo Tribunal había considerado, hasta entonces, impunes, aunque nulos, aplicando con ello inmediatamente, sin que nadie lo objetase, a este primer caso, el nuevo criterio jurídico que habría de dar pie a una nueva jurisprudencia, pero que, a pesar de ello, había surgido bajo el imperio de la concepción jurídica anterior. Y el derecho internacional, más que ninguna otra rama del derecho, se caracteriza por la tenencia a desarrollarse no tanto por medio de normas jurídicas nuevas como mediante la formación gradual de un caso en otro.<sup>41</sup>

En efecto, la idea central es reconocer que el *ius proprium* de un estado no es absoluto o indistinto a la comunidad internacional. Radbruch así lo concibió y de esta manera justificó los Juicios hechos por los vencedores a los vencidos, a pesar de quebrantar los principios de la seguridad jurídica, *quid* del Estado moderno. El de Lübeck antepuso el valor de cada ser humano sobre la legalidad por sí misma.

## V. Epílogo

Indudablemente, los Juicios de Nuremberg son un hito en la historia de la defensa de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

---

<sup>41</sup> G. Radbruch, *op. cit.*, pp. 176-178.

La peculiar jurisdicción que implicó (mixta, es decir, era un tribunal militar y civil), sentó el gran precedente de juzgados supranacionales. Era, en cierta forma, una primera expresión de esa justicia universal que visualizaron clásicos como Vitoria, Grocio o Kant. Finalmente, sentó las bases de una nueva conformación entre los derechos nacionales y el *ius gentium*. La comunidad internacional velaría por los derechos elementales de cada individuo, más allá de su origen nacional. Ése es el nuevo concepto de humanidad, acuñado ahora como sujeto pasivo en la justicia penal universal.

En contrapartida, los Tribunales de Nuremberg hicieron violencia a un sinnúmero de principios de seguridad jurídica acrisolados con el constitucionalismo moderno. Por si fuera poco, todo apuntaría a que tales procesos oscilaban entre un linchamiento legal hecho por los vencedores y una supuesta superioridad moral del vencedor.

Sin embargo, el optimismo de Carrillo Salcedo o de Radbruch, entre tantos, es válido. Los crímenes cometidos en nombre de un Estado no podían quedar impunes. El juicio de la historia es insuficiente frente a las sentencias y los precedentes que decantaron para otra historia: la de la jurisprudencia. Además, siendo el derecho un producto cultural, tal jurisprudencia iluminará la conciencia humana para la posteridad. El dogmatismo jurídico, los fanatismos estatal y nacionalista, perdieron la partida frente a una nueva luz: la defensa de toda persona en virtud de su dignidad. Esa aportación era un vuelco de 180 grados respecto de los trágicos sucesos de la primera mitad del siglo XX. El Estado moderno ya no podrá perder de vista que, junto al orden jurídico, se trata de medios, y que como alguna vez lo resaltó Kant, el fin es la persona.

## VI. Bibliografía

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

BERENBAUM, M., *El mundo lo debe saber*. México, Diana, 1999.

BLIGHT, J. G. y J. M. Lang, *The fog of war, Lessons from life of Robert S. McNamara*. Maryland, Rowman and Littlefield, 2005.

BRAVO LIRA, B., *Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial*, en VV. AA., *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*. Pamplona, Eunsa, 1992.

BURLEIGH, M., *El Tercer Reich, una nueva historia*. Madrid, Taurus, 2002.

- CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid, Trotta, 1999.
- DARNSTÄDT, T., "Das Weltgericht", "Vor 60 Jahren in Nürnberg: NS-Verbrecher vor Gericht-Das Tribunal des Todes", en *Der Spiegel*, núm. 42, 16 de octubre de 2006, pp. 66-86.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel Derecho, 1999.
- DER LIPPE, V. von, *Nürnberger Tagebuchnotizen (November 1945 bis Oktober 1946)*. Francfort del Main, Verlag Fritz Knapp, 1951.
- DWORK, D. y R. J. van Pelt, *Holocausto, una historia*. Madrid, Algaba Ediciones, 2004.
- EVANS, R. J., *The coming of the Third Reich*. Nueva York, Penguin Books, 2004.
- FIORAVANTI, M. et al., *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Madrid, Trotta, 2004.
- GARZÓN, B., Prólogo a VV. AA., *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*. Dirs. R. Gutman y D. Rieff. Barcelona, Debate, 1999.
- GOLDENSOHN, L., *Las entrevistas de Nuremberg*. Madrid, Taurus, 2004. 590 pp.
- HERVADA, J. y J. M. Zumaquero, *Textos internacionales de derechos humanos, t. 1 (1776-1976)*. Pamplona, Eunsa, 1992.
- MARTÍNEZ BRETONES, M. V., *Gustav Radbruch, vida y obra*. México, UNAM, IJ, 1989.
- MERRYMAN, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*. México, FCE, 2000.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Barcelona, Altaya, 1993.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *Los derechos humanos. Ámbitos y desarrollo*. Salamanca, San Esteban-Edibesa, 2002.
- OVERY, R., *Interrogatorios. El Tercer Reich en el banquillo*. Barcelona, Tusquets, 2003.
- , *Por qué ganaron los aliados*. Barcelona, Tusquets, 2005.
- PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias de humanidad en el derecho internacional tradicional (1789-1939)*. Madrid, Tecnos, 2003. 261 pp.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del derecho*. México, FCE, 1993.
- REES, L., *Auschwitz, los nazis y la "solución final"*. Barcelona, Crítica, 2005.

- ROSEMAN, M., *La Villa, el Lago, la Reunión, la conferencia de Wannse y "la solución final"*. Barcelona, RBA Libros, 2002. 219 pp.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia del derecho, instituciones políticas y administrativas*. Madrid, Dykinson, 2005.
- SCRUTON, R., *Historia de la filosofía moderna. De Descartes a Wittgenstein*. Barcelona, Península, 1981.
- SOLAR, D., *La caída de los dioses, los errores estratégicos de Hitler*. Madrid, La Esfera de los Libros, 2005.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos, Declaraciones y Convenciones internacionales*. Madrid, Tecnos, 2000.
- VERDROSS, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. Trad. de Mario de la Cueva. México, UNAM, IIF, 1983.
- VV. AA., *La Segunda Guerra Mundial*, t. XII. Buenos Aires, Codex, 1972.
- ZÁMECNIK, S., *That was Dachau (1933-1945)*. París, Fondation internationale de Dachau le cherche midi, 2004.



## **Las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos en las víctimas. Resultados de un estudio estadístico**

**Eva Leticia Orduña Trujillo\***

SUMARIO: I. Definición del problema. II. Metodología. III. Resultados. IV. Discusión y conclusiones. V. Anexo. Cuadros. VI. Bibliografía.

### **I. Definición del problema**

Una de las lagunas más profundas existentes en materia de derechos humanos es el referente a las secuelas que las violaciones dejan en las víctimas. Dado este desconocimiento, es muy difícil la atención y posible solución de los problemas que acarrear.

Las instituciones que trabajan en pro de los derechos humanos orientan sus mayores esfuerzos a los casos concretos e inmediatos, con el objetivo de procurar que se logre la sanción de los ilícitos y, de ser posible, la restitución del bien jurídico afectado. Esto no podría ser de otra forma, debido a la necesidad de atención de los casos individuales y a la urgencia que presentan. Sin embargo, la prevención de las violaciones y el fortalecimiento del Estado de Derecho sólo puede conseguirse mediante la visión integral del problema. Para ello es indispensable, además de tener en cuenta el estado actual de la situación, analizar las consecuencias que tienen para las víctimas la violación de sus derechos por parte del Estado.

Esta problemática debe ser abordada por diferentes disciplinas además de la jurídica. Para la teoría tradicional del derecho, las secuelas que de-

---

\* Investigadora del Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos de la UNAM.

jan las violaciones no forman parte de su campo de estudio: los efectos sociales y políticos deberán ser analizados por la sociología y la ciencia política, y los internos por el trabajo social y la psicología. Sin embargo, ahondar en este aspecto es una tarea prioritaria para la teoría y la práctica de los derechos humanos, que al interesarse precisamente por el individuo, no debe parcializar el estudio.

La violación a los derechos humanos es un hecho dañino tanto en el aspecto general como en el particular: atenta contra la estructura del Estado, cuyo cimiento es el Estado de Derecho, y arremete contra la seguridad —tanto jurídica como psíquica—, la libertad y la integridad física y/o la vida del individuo concreto. No obstante, la gravedad de estas conductas es tal que el daño va más allá del momento mismo en que se producen, dejando secuelas en la víctima tanto en el nivel general —respecto de su opinión hacia el Estado de Derecho y hacia las autoridades— como en el particular, afectando su salud física y psíquica.<sup>1</sup>

## II. Metodología

Para conocer algunas de las secuelas señaladas, se construyó un instrumento consistente en una encuesta que se aplicó a sujetos cuyos derechos humanos habían sido violados. A través la encuesta se intentó identificar y mediar hasta dónde llegan las consecuencias de las agresiones inmediatas; qué cambio provocan en la opinión que los afectados tienen hacia ciertos funcionarios públicos, y cuáles son los problemas físicos y mentales que producen en las personas que las sufren; en un lugar y tiempo determinados.

---

<sup>1</sup> Las víctimas de violaciones a los derechos humanos deben ser atendidas en los momentos más agudos del daño psicológico, a efecto de evitar los daños residuales que de otro modo se presentarían casi con seguridad. La mayor parte de las investigaciones de campo que se han realizado en este aspecto han sido con sobrevivientes de la Segunda Guerra Mundial que sufrieron diferentes tipos y niveles de violaciones a sus derechos humanos. Dor-Sahv publicó una investigación sobre una muestra de sobrevivientes de la Segunda Guerra Mundial, que estuvieron reclusos en campos de concentración, descubriendo que la experiencia produjo en ellos efectos incapacitadores, como un empobrecimiento de sus personalidades, registradas en alguno aún después de 30 años. Dor-Sahv, *Society, Stress and Disease*.

### A) Hipótesis

Las violaciones a los derechos humanos:

1. Producen desconfianza en las instancias encargadas de la administración de la justicia y de la ejecución de la ley.
2. Provocan la alteración que va del miedo al terror.
3. Crean inseguridad interna en el individuo.
4. Influyen determinantemente en el estado de salud del sujeto.
5. Generan altos niveles de estrés.
6. Los altos niveles de estrés alteran el equilibrio físico y psicológico del afectado.
7. Estas consecuencias representan un alto costo político para el gobierno.

### B) Objetivos

1. Conocer qué tanta confianza tienen los encuestados en ciertas autoridades del gobierno.
2. Saber algunas de sus opiniones en materia de derechos humanos.
3. Medir el posible miedo psicosocial hacia los funcionarios e instituciones públicas.
4. Identificar la existencia de patologías producidas por estrés en las víctimas.
5. Demostrar que las secuelas de las violaciones a los derechos humanos tienen un costo político sumamente elevado para un gobierno.

### C) Tipo de estudio

Esta investigación es un estudio exploratorio, ya que no existen antecedentes de investigaciones que tengan la misma naturaleza y objetivos.

### D) Población

Se seleccionó una muestra de sujetos que se presentaron ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal como agraviados por violaciones a los derechos humanos, y solicitaron la intervención de ésta para solucionar su problema y/o pedir la aplicación de sanciones de los responsables. Aunque se incluyó en la muestra a personas cuyo caso había

sido investigado y concluido por la Comisión, la mayor parte estuvo compuesta por sujetos que tenían aún su asunto en trámite. La decisión de incluir dentro de la muestra a este último tipo de población fue particularmente difícil: en el primer momento del estudio se identificó que los sujetos cuyo asunto ya había sido concluido, mostraban menos interés en participar, por lo cual su inclusión dentro de la muestra era menos conveniente. Por otro lado, se consideró que aquellos cuyo asunto todavía se encontraba en trámite, si bien tenían mucho interés en participar, tenían formalmente sólo el carácter de presuntas víctimas, puesto que la Comisión no había terminado con el estudio del asunto, y por lo tanto no podía concluir si efectivamente había existido violación a los derechos humanos. Esta población fue incluida por las siguientes razones: la mayor parte de las resoluciones de la Comisión —67 %—<sup>2</sup> son favorables al quejoso, es decir, formalmente se reconoce una violación a los derechos humanos. Además, el que el resto no le sean favorables, no significa forzosamente que no constituyan violaciones, ya que muchas veces pueden existir éstas y el agraviado no cuenta con medios para probarla; pruebas que, de acuerdo con la ley, son indispensables para que la Comisión pueda manifestarse favorablemente. La verdad jurídica, por tanto, no siempre coincide con la realidad, y dado que éste es un estudio que intenta ir más allá del plano formal de la situación, no podía tomar como parámetro exclusivamente el aspecto legal.

Además, también se tuvo en cuenta que la Comisión es incompetente para conocer de determinadas violaciones a los derechos humanos, como las electorales o las laborales, y aún más para aquellos supuestos que tanto internacional como nacionalmente son considerados como derechos humanos, como el contar con una vivienda digna, salud integral o un empleo, y que sin embargo no están adjetivados, y por lo tanto, no son exigibles concretamente.

### *Criterios de inclusión*

1. Sujetos cuyo caso estuviera en trámite y fuera una evidente violación a los derechos humanos, a la luz de las cédulas y de los expedientes de la propia Comisión.

---

<sup>2</sup> Según el informe del presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal ante la Asamblea Legislativa de la ciudad de México. 7 de abril de 1997.

2. Sujetos cuyo expediente estuviera concluido, pero que revistieran particular importancia por tratarse de violaciones muy graves, como la tortura y el homicidio de familiares.

### *Criterios de exclusión*

1. Personas cuyo caso estuviera en trámite pero “aparentemente” no fuera violación a los derechos humanos, o se tratara de una violación menor.
2. Agraviados internos en reclusorios o centros penitenciarios, cuya situación requiere de un tipo distinto de estudio al presente.
3. Víctimas de violaciones realizadas por autoridades del Distrito Federal, con residencia fuera de éste.

### *E) Fundamentación y estructura del cuestionario*

El cuestionario utilizado para aplicar la encuesta quedó estructurado en cuatro segmentos.

El primero se construyó para recabar las variables atributivas. El presente estudio no tiene una naturaleza demográfica. Por ello —y con la intención de centrar la atención de los encuestados en la parte sustancial de la investigación—, se intentó reducir las variables atributivas al mínimo posible.

La edad y el sexo fueron las primeras variables registradas. En el rubro de “estado civil” se dieron simplemente dos opciones: con pareja y sin pareja. Se prefirió utilizar esta designación, aunque estas dos opciones no representan propiamente un estado civil. En el rubro de escolaridad las opciones fueron: ninguna, primaria, secundaria, bachillerato, técnica y profesional. En “ocupación” se dieron seis posibilidades: ama de casa, estudiante, empleado, comerciante, profesionista y otro.

A efecto de informar a los encuestados sobre la voluntariedad de sus respuestas y de la independencia del presente estudio con la investigación que la Comisión realizaba de sus denuncias, se insertó en cada uno de los cuestionarios, inmediatamente después de la recolección de los datos referentes a las variables atributivas, la siguiente información e instrucciones:

A continuación encontrará una serie de enunciados que se refieren a los derechos humanos. Lea con mucho cuidado cada uno de ellos y conteste según su punto de vista. No hay respuestas correctas e incorrectas. Manifiés-

te su opinión con toda calma y libertad. Sus respuestas son anónimas y voluntarias. La información que usted proporcione es absolutamente CONFIDENCIAL y no interferirá en lo más mínimo en la investigación que esta Comisión está realizando de su caso. Ponga una X en la alternativa que corresponda a la opinión que usted tiene. Estoy a sus órdenes para aclarar cualquier duda que tenga.

Los restantes segmentos de la encuesta fueron realizados para identificar lo siguiente:

*Segmento dos.* Credibilidad hacia el Estado de Derecho y confianza hacia ciertas autoridades.

*Segmento tres.* Miedo psicosocial.

*Segmento cuatro.* Salud mental después de la violación a los derechos humanos y posible relación de ésta con las patologías presentadas.

Los segmentos dos y tres quedaron integrados en el instrumento 1, y el segmento cuatro conformó el 2.

En ambos instrumentos se dieron cinco posibilidades de respuesta por reactivo. En el primero las opciones fueron:

- TA Totalmente de acuerdo.
- A De acuerdo.
- I Indiferente.
- D En desacuerdo.
- TD Totalmente en desacuerdo.

Al instrumento 2 correspondieron:

- CF Con mucha frecuencia.
- F Con frecuencia.
- A Algunas veces.
- M Muy pocas veces.
- R Rara vez.

En este instrumento, considerando que la normalidad es que los síntomas señalados se den al menos “raras veces” en los seres humanos y a la imposibilidad clínica de que se presenten sin ninguna pausa en el tiempo, se evitó dar las opciones de “nunca” y “siempre”.

*Instrumento 1, segmento dos. Credibilidad hacia el Estado de Derecho y confianza hacia ciertas autoridades.*

Los preguntas numeradas del 1 al 10 fueron formuladas para comprobar la hipótesis específica: “la violación a derechos humanos produce la desconfianza en las instancias encargadas de la administración de justicia y de la ejecución de la ley”, concretamente a través de los siguientes enunciados:

Las siguientes autoridades violan los derechos humanos:

4. Jueces

TA A I D TD

5. Agentes de tránsito

TA A I D TD

6. Policías judiciales

TA A I D TD

7. Funcionarios de las agencias del Ministerio Público

TA A I D TD

8. Autoridades del gobierno del Distrito Federal

TA A I D TD

Para cumplir el objetivo específico de “saber algunas opiniones de los encuestados en materia de derechos humanos y del Estado de Derecho en México”, se formularon los supuestos:

1. Confío en las instituciones que defienden los derechos humanos.

TA A I D TD

2. En México existe la justicia.

TA A I D TD

3. Las violaciones a los derechos humanos en México pueden dejar de existir.

TA A I D TD

9. En otros países se violan los derechos humanos tanto como en México.

TA A I D TD

10. Si supiera de alguna violación a los derechos humanos de otra persona la denunciaría.

TA A I D TD

*Instrumento 1, segmento tres. Miedo psicosocial.*

A través de los reactivos numerados del 11 al 19, se buscó probar la hipótesis específica: “La violación a derechos humanos provoca la alteración que va del miedo al terror”. Estos reactivos fueron:

Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades:

11. Personal de juzgados.

TA A I D TD

12. Policías judiciales.

TA A I D TD

13. Agentes de tránsito.

TA A I D TD

14. Jueces.

TA A I D TD

15. Autoridades de las agencias del Ministerio Público.

TA A I D TD

16. Autoridades del gobierno del Distrito Federal.

TA A I D TD

17. Policías de la Secretaría de Seguridad Pública.

TA A I D TD

18. Siento miedo cuando voy a denunciar un delito a una agencia del Ministerio Público.

TA A I D TD

19. Siento miedo de que mis derechos humanos puedan ser violados nuevamente.

TA A I D TD

*Instrumento 2, segmento 4. Salud mental después de la violación a los derechos humanos y posible relación de ésta con las patologías presentadas.*

Los reactivos de este instrumento, numerados del 1 al 23, sirvieron para probar las siguientes hipótesis específicas: “La violación a los derechos humanos provoca altos niveles de estrés en el sujeto afectado”; “Los altos niveles de estrés alteran el equilibrio físico y psicológico del individuo”; “La afectación de derechos fundamentales: crea inseguridad interna en el individuo, e influye determinantemente en su estado de salud”.

En este segmento se solicitó a los encuestados que manifestaran si habían experimentado diversos síntomas, que clínicamente se consideran que tienen como una fuente los altos niveles de estrés. El total de síntomas fue de 22 (uno por reactivo). La última pregunta sirvió para identificar si los encuestados atribuían las patologías a la violación a los derechos humanos que habían sufrido:

1) Insomnio.

CF F A M R

2) Dificultad para quedarse dormido.

CF F A M R

3) Despertar durante el sueño.

CF F A M R

4) Mal apetito.

CF F A M R

5) Acidez o ardor en el estómago.

CF F A M R

6) Gases en el estómago.

CF F A M R

7) Estreñimiento.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

8) Mareos.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

9) Dificultades respiratorias.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

10) Agitación, inquietud, miedo.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

11) Irritabilidad, enojarse fácilmente.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

12) Fatigado, sentirse sin fuerza para emprender tareas.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

13) Nervioso, hipertensión, inquietud constante.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

14) Dolores de cabeza.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

15) Cansancio permanente.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

16) Músculos tensos, rígidos.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

17) Dolores en el centro del pecho.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

18) Incapacidad para relajarse.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

19) Diarrea.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

20) Empleo excesivo de alcohol, drogas o tabaco.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

21) Inestabilidad emocional.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

22) Sentimientos de incapacidad para enfrentar los problemas.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
CF F A M R

23) Atribuyo estos síntomas a que mis derechos fueron violados.

( ) ( ) ( ) ( ) ( )  
TA A I D TD

F) Muestra

Se seleccionó una muestra de 81 sujetos, mediante muestreo intencionado.<sup>3</sup>

### III. Resultados

Las estimaciones que fueron empleadas en el análisis de los resultados de la presente investigación son el modo, la media y la desviación estándar. Aunque los cuadros que se exhiben al final del trabajo incorporan otras estimaciones como la varianza, el rango y la mediana, el acento se puso en las tres estimaciones antes mencionadas, en virtud de la naturaleza eminentemente exploratoria del estudio y de las posibilidades expositivas asociadas con ellas.

A manera de recordatorio, anotaremos que el modo es la medida de tendencia central que indica cuál es la calificación o dato que se repite con mayor frecuencia en una distribución. Por su parte, la mediana es el valor de la variable en estudio para el cual la mitad de los datos son menores que él y la otra mitad son mayores, es decir, se localiza en el punto medio de la distribución conformada por dichos datos. La media es la suma de todos los valores divididos entre el total de ellos. La más importante de las medidas de tendencia central es la media o promedio. Es la

---

<sup>3</sup> En el muestreo intencionado, el investigador elige a los participantes en el estudio, debido a que éstos poseen las variables bajo consideración. Es generalmente empleado cuando la población del estudio es de difícil acceso, por razones éticas o prácticas.

estimación mayormente utilizada para propósitos estadísticos, ya que con ella se puede describir de una manera rápida y con un alto grado de confiabilidad cuál es el comportamiento de datos que reflejan la situación de un fenómeno. Ésta fue la medida de tendencia central más utilizada en el presente estudio.

Dentro de las medidas de dispersión se encuadran el rango, la desviación estándar y la varianza. El término “dispersión” refiere la magnitud en que una o varias calificaciones se alejan de un determinado valor, que en el caso de la varianza y la desviación estándar es la media.

La varianza es simplemente la desviación estándar elevada al cuadrado, y el rango es la distancia que existe entre la menor y la mayor de las calificaciones.

Estas estimaciones representan valiosos auxiliares en cuanto a la formulación de predicciones que puedan realizarse en torno a un conjunto de datos. Si los datos se obtienen de una población normalmente distribuida, la media —o cualquier otra medida de tendencia central— es un útil pronosticador. Cuanto más compacta sea la forma en que se distribuyen las calificaciones respecto de la media, más pequeños serán, en promedio, los errores en la predicción. A la inversa, cuanto mayor sea la dispersión de las calificaciones respecto de la media, mayores serán en promedio los errores en la predicción si se utiliza la media para estimar o predecir calificaciones. Puesto que la desviación estándar refleja la dispersión de las calificaciones, resulta, en cierto sentido, una estimación de error. Por el mismo motivo, la desviación estándar es también una medida de precisión. Si dos distribuciones tienen la misma media pero diferentes grados de dispersión, aquella con menor desviación estándar proporciona, en promedio, medidas más precisas, es decir, más cercanas a la media.<sup>4</sup>

#### A) *Características sociodemográficas de la muestra*

La presente investigación no tiene una naturaleza primordialmente demográfica, y por lo tanto la importancia de estos datos radica en su posible utilidad como variables en relación con la información obtenida y reportada a continuación, en cuanto a los efectos de las violaciones a los derechos humanos. Por ello se intentó simplificar en la medida de lo posible el rubro de variables atributivas, resultando lo siguiente:

---

<sup>4</sup> Para la elaboración de este apartado se recurrió a las explicaciones de Runyon y Haber. Richard P. Runyon y Audrey Haber, *Estadística para las ciencias sociales*.

*Edad.* Los rangos de edad fueron de 17 a 75 años, lo cual da como resultado una varianza muy grande. El promedio se situó en los 38 años.

*Sexo.* La muestra quedó constituida por 55 hombres, que representan 67,9 %, y por 26 mujeres, que constituyen 32,1 %.

*Estado civil.* Al tener en este estudio mayor importancia el aspecto interno del individuo que el formal o legal, se prefirió establecer una categoría que más que el estado civil propiamente dicho, hiciera referencia a la situación de pareja del encuestado. Para ello se establecieron simplemente dos categorías: con pareja (casados o en unión libre) y sin pareja (solteros, divorciados, viudos). 61,7 % de los entrevistados reportó contar con una pareja (50 personas), y 38,3 % (31 sujetos) que no la tenía.

*Escolaridad.* El mayor porcentaje corresponde a los encuestados que cuentan con educación secundaria (27,2 %, 22 personas). Los que reportaron un nivel de educación de enseñanza primaria y profesional constituyen el mismo porcentaje (19,8 % para cada uno).

*Ocupación.* Se registró a través de seis niveles. El mayor porcentaje corresponde a los empleados (34,6 %), seguidos por las amas de casa (19,8 %).

## B) Instrumento 1

En el primer instrumento se siguió el siguiente parámetro de interpretación: cuando el valor de la media para las preguntas formuladas con implicación positiva (como "en México existe la justicia") fue inferior a 3, se consideró como una opinión negativa o descalificadora. Hasta 3.5 se tomó como indiferente, y a partir de 3,5 como positiva o aprobatoria. Si en el reactivo formulado con implicación positiva "en México existe la justicia", la media fuera inferior a 3, sería una calificación desaprobatoria, ya que significaría que el promedio de los encuestados está en desacuerdo con la afirmación (es decir, que considera que en México no existe la justicia). Para las preguntas formuladas con implicación negativa (como "los jueces violan los derechos humanos"), las calificaciones aprobatorias fueron las inferiores a 3, las indiferentes las colocadas entre 3 y 3,5, y las desaprobatorias las que tuvieron una media superior a 3,5. Es decir, si en el reactivo formulado en sentido negativo "los jueces violan los derechos humanos", la media fuera superior a 3,5, sería una calificación descalificadora, porque significaría que el promedio de los encuestados está de acuerdo con la afirmación, es decir, que sí creen que los jueces violen los derechos humanos.

*Reactivo 1: Confío en las instituciones que defienden los derechos humanos.* La media fue de 4, es decir, los encuestados sí confían en las instituciones que defienden los derechos humanos, sin llegar a experimentar una confianza plena. La mayor parte (44,4 %) confía totalmente, y 32,1 % tiene confianza “a secas”. Sin embargo, hubo un número considerable (13,6 %) que no confía. El número de sujetos indiferentes fue reducido (6,2 %) y el que definitivamente no confía, aún más (tan sólo 3,7 %).

*Reactivo 2: En México existe la justicia.* La media de 2,012 indica que los encuestados consideran que en México no existe la justicia. El mayor porcentaje (38,3 % para el totalmente en desacuerdo y 39,5 % para el desacuerdo) de personas dio una calificación definitivamente desaprobatoria. Los valores aprobatorios (7,4 % y 4,9 %) fueron muy reducidos en relación con los desaprobatorios, a diferencia del reactivo anterior, en donde se registró un número considerable para la calificación positiva. Por ello, en este caso se infiere una posición mucho más uniforme de los encuestados.

*Reactivo 3: Las violaciones a los derechos humanos en México pueden dejar de existir.* La media con valor de 3,037 muestra una tendencia hacia lo indiferente. El promedio de los encuestados no tiene una posición definida respecto de ninguna de las dos posibilidades; es decir, no tiene fe en que vayan a terminarse ni sabe si se continuará con ellas. Las calificaciones prácticamente se dividieron, ya que 36 personas dieron una calificación negativa (20 sujetos están totalmente en desacuerdo y 16 en desacuerdo) y 39 positiva (25 individuos están de acuerdo y 17 totalmente de acuerdo). Con ello, puede advertirse una ligerísima tendencia hacia lo positivo, es decir, a pensar que las violaciones a los derechos humanos sí pueden dejar de existir, sin embargo, es sumamente leve, lo cual da una posición global de indecisión ante la afirmación.

*Reactivo 4: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: jueces.* La opinión en este caso es decididamente desaprobatoria, dada la media de 4,049. Tan sólo cinco de los 81 encuestados consideran que los jueces no violan los derechos humanos, lo cual representa 6,2 % del total. En cambio, 63 sujetos —es decir, 58 %— consideran que sí lo hacen (34 están de acuerdo y 29 totalmente de acuerdo). Existe, sin embargo, un número respetable de personas (13, que representan 16 %) que no tiene una opinión definida.

*Reactivo 5: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: agentes de tránsito.* En este caso la desaprobación fue todavía más pro-

nunciada, con una media de 4,457. Únicamente dos personas —2.5 % del total— externaron una opinión favorable, presentándose tan sólo una respuesta en la opción de totalmente en desacuerdo y otra en desacuerdo. A diferencia del reactivo anterior, en éste se presentaron muy pocas respuestas de indiferente. En cambio, el número de personas que expresó una opinión descalificadora es realmente impresionante, ya que representa 92,6 %, es decir, 75 sujetos (29 de acuerdo y 46 totalmente de acuerdo).

*Reactivo 6: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: policías judiciales.*

La respuesta a este reactivo fue similar al anterior, con una ligerísima disminución en cuanto a la desaprobación, ya que la media fue de 4,395. El número de sujetos que optó por la respuesta de indiferente fue exactamente el mismo que en el reactivo anterior y curiosamente representó el mismo porcentaje (cuatro individuos y 4,9 %). La media disminuyó porque en lugar de dos personas se registraron tres en la aprobación (una totalmente en desacuerdo y dos en desacuerdo), y principalmente porque dentro del total de la desaprobación hubo una cantidad menor de individuos que desaprobó totalmente (43 totalmente de acuerdo y 31 de acuerdo).

*Reactivo 7: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: funcionarios de las agencias del Ministerio Público.* En este reactivo hubo un incremento en la desaprobación, en relación con los policías judiciales; sin embargo, considerando que la media en la pregunta anterior fue de 4,395 y en ésta fue de 4,420, se puede concluir que en realidad no existe una diferencia estadísticamente significativa. A pesar de que hay una leve tendencia de mayor desaprobación hacia los funcionarios del Ministerio Público en general, que hacia los policías judiciales en lo particular, ambos salieron muy desaprobados. También es importante recordar, para la interpretación de este reactivo, que los policías judiciales forman parte del personal de las agencias del Ministerio Público, y cuando los encuestados externan una opinión desfavorable para los funcionarios de éstas, pueden estar incluyendo a los integrantes de la Policía Judicial. Éste fue el único reactivo en donde el rango fue de 3, ya que no se registró ningún valor de uno. Es decir, ninguna persona estuvo totalmente en desacuerdo con el supuesto de que los funcionarios de las agencias del Ministerio Público violaran los derechos humanos.

*Reactivo 8: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: autoridades del gobierno del Distrito Federal.* Igualmente, la desaprobación

que significa una media tan alta de 4,210, es muy marcada. Sin embargo, hay más sujetos que se decidieron por la respuesta de indiferente (11 personas, 13,6 %). Al igual que en el caso de los jueces, en este reactivo se registró un mayor número de respuestas de indiferente, que las presentadas en relación con los agentes de tránsito, con los policías judiciales y con los funcionarios de las agencias del Ministerio Público.

*Reactivo 9: En otros países se violan los derechos tanto como en México.* La media de 3,420 indica como posición global de los encuestados la indiferencia, probablemente ocasionada por falta de información. Aunque la calificación se inclina levemente hacia el hecho de estar desacuerdo en que en otros países se violan los derechos humanos tanto como en México con la opinión de 45 sujetos (28 están de acuerdo y 17 totalmente de acuerdo), no es lo suficientemente fuerte ante la presencia de 21 sujetos que opinan lo contrario (siete están totalmente en desacuerdo y 14 en desacuerdo), y, sobre todo, con los 15 que se muestran expresamente indiferentes.

*Reactivo 10: Si supiera de alguna violación a los derechos humanos de otra persona, la denunciaría.* La opinión de los encuestados, en cambio, es más definida en este reactivo, en donde la media es de 4,037, representando una marcada aprobación ante el supuesto. Las personas entrevistadas sí denunciarían alguna violación a los derechos humanos de otra persona. Sin embargo, ante el 4 casi exacto de la media, no podría afirmarse una posición completamente unificada, decidida e indubitable. El peso de los 65 sujetos que externaron una opinión favorable (28 de acuerdo y 37 totalmente de acuerdo), se disminuye por los 12 que expresaron lo contrario (seis en desacuerdo y seis totalmente en desacuerdo) y por los cuatro que marcaron una respuesta indiferente. Estas 16 personas —19.8 %— impiden que se concluya que los encuestados categóricamente denunciarían una violación.

*Reactivo 11: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: personal de juzgados.* La media se sitúa aún en el rubro de indiferente, con una tendencia hacia el acuerdo. A pesar de que el modo fue de cinco, el número de personas que se manifestó abiertamente indiferente es bastante grande (23), y también el de aquellas que lo hicieron en forma negativa (16 de acuerdo y ocho totalmente de acuerdo).

*Reactivo 12: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: policías judiciales.* En este caso, la media, de 3,753, ya señala un claro temor de los encuestados, puesto que no sólo es superior al 3,5 marcado como límite entre la aprobación y desaprobación (o miedo en este caso),

sino que está muy cerca de llegar al cuatro. Los individuos que se manifestaron como temerosos fueron 47 (11 de acuerdo y un muy elevado número de 36 como totalmente de acuerdo), que representan más de la mitad del total.

*Reactivo 13: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: agentes de tránsito.* La calificación hacia los agentes de tránsito es de indiferencia, con una inclinación hacia el acuerdo, ya que la media está muy cerca del límite.

*Reactivo 14: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: jueces.* Los jueces obtuvieron una calificación de indiferencia, con una media de 3,259. Esto indica que el promedio de los encuestados no siente miedo ante ellos. El modo, de 3, confirma la opinión de neutralidad. Además, el número de individuos que definitivamente no siente miedo (13 de acuerdo y 10 totalmente de acuerdo) es significativo.

*Reactivo 15: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: autoridades de las agencias del Ministerio Público.* Aquí hay un cambio notable, en relación con los dos reactivos anteriores, al presentarse una media de 3,728 que indica ya un marcado miedo. El modo, de 5, refleja el claro temor que la mayor parte de los encuestados tiene.

*Reactivo 16: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: autoridades del gobierno del Distrito Federal.* Con una media casi igual a la registrada en el caso de los agentes de tránsito, las autoridades del gobierno del Distrito Federal no infunden temor a los encuestados, ya que el promedio se coloca en la neutralidad. El modo, con un valor de 3, también señala el nivel de indiferencia ante esta aseveración. Sin embargo, como en el caso de los agentes de tránsito, no puede señalarse una ausencia completa de temor, ya que la media está casi en el límite entre la aprobación y la desaprobación.

*Reactivo 17: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: policías de la Secretaría de Seguridad Pública.* Los policías de la Secretaría de Seguridad Pública claramente inspiran miedo entre el promedio de los encuestados, con una media que traspasa el límite de aprobación, y un modo con valor de 5 que indica el temor que la mayoría de las personas entrevistadas reconoció abiertamente (manifestándose totalmente de acuerdo).

*Reactivo 18: Siento miedo cuando voy a denunciar un delito a una agencia del Ministerio Público.* Igualmente en este reactivo, la media, con 3,580, se encuentra más cerca del acuerdo, indicando con ello el temor de la población investigada. Además, el número de personas que se ma-

nifestó como totalmente de acuerdo es superior en este caso (40, contra 31 del reactivo anterior). El número de personas indiferentes es mucho menor (sólo nueve, cuando en el caso de los policías de la Secretaría de Seguridad Pública fue de 22), lo cual, aunado al aumento de los individuos que se manifestaron en contra (10 en desacuerdo y 15 totalmente en desacuerdo), da por resultado que la media sea ligeramente menor (apenas 13 décimas de punto) que la registrada en el reactivo que antecede.

*Reactivo 19: Siento miedo de que mis derechos humanos puedan ser violados nuevamente.* A pesar de que en algunos reactivos se registró un elevado temor, en ninguno es tan marcado como en éste. El número de personas totalmente de acuerdo, evidentemente mayor que en todos los anteriores (61), y el reducido tanto de los que están en contra (tres en desacuerdo y cinco totalmente en desacuerdo), como de los indiferentes (tan sólo tres), evidencia un claro y marcado miedo entre los encuestados.

### C) Instrumento 2

El instrumento 2 se utilizó para medir los niveles de estrés en los encuestados. El parámetro que se siguió para su interpretación es el siguiente: cuando el valor de la media fue inferior a 3, se consideró un estado de salud. Cuando lo sobrepasó se consideró como patológico. El criterio que se siguió en el presente instrumento difiere del anterior, en virtud de que en éste el número 3 no significa indiferente, sino algunas veces, y lo normal es que las personas experimenten ciertos de los siguientes síntomas rara vez o muy pocas veces.

*Reactivo 1: Insomnio.* El valor de la media se encuentra casi en el límite entre patología y normalidad. 34 sujetos reportaron experimentar insomnio frecuentemente (17 con frecuencia y 17 con mucha frecuencia). Ésta es una cantidad muy significativa, a pesar de que el modo haya tenido el valor de 1, con 21 individuos que lo experimentan rara vez. El insomnio es un problema que —aunque no en niveles de gravedad—, sí se presenta entre la población investigada.

*Reactivo 2: Dificultad para quedarse dormido.* Este reactivo, con una media de 3,370, muestra claramente que los encuestados sí están sufriendo dificultades para quedarse dormidos. El modo, con un valor de 5, indica que la mayor parte de las personas (30) presenta este síntoma con mucha frecuencia.

*Reactivo 3: Despertar durante el sueño.* Igualmente, este reactivo muestra signos patológicos entre los encuestados, ya que la media se

encuentra por encima del límite, con un valor de 3,481. El modo es igualmente de 5, con 29 sujetos que manifestaron despertar durante el sueño con mucha frecuencia. La media es ligeramente superior en este caso respecto del anterior, porque hubo un incremento en el número de individuos que presentaron este síntoma con frecuencia (15, a diferencia de los 11 que experimentaron dificultad para quedarse dormidos).

*Reactivo 4: Mal apetito.* El que la media tenga un valor tan cercano a 3 indica que aunque este síntoma no representa un problema crónico, sí es un punto que debe tomarse en cuenta por su tendencia a inclinarse hacia la frecuencia y abandonar la calificación de normalidad.

*Reactivo 5: Acidez o ardor en el estómago.* El valor de la media tiende a subir levemente en este caso, pero aún se considera como un estado de normalidad.

*Reactivo 6: Gases en el estómago.*

*Reactivo 7: Estreñimiento.*

*Reactivo 8: Mareos.*

Estos tres reactivos presentaron una media muy semejante (2,481, 2,370 y 2,346), por debajo del límite que se ha señalado como patológico. Curiosamente, también los tres presentaron el valor de 1 en el modo.

*Reactivo 9: Dificultades respiratorias.* Este síntoma se presenta aún con menor frecuencia. Una gran cantidad de personas (51, que representa el 63 %) manifestó que lo experimenta rara vez.

*Reactivo 10: Agitación, inquietud, miedo.* Este reactivo, en cambio, indica un estado anormal, al registrar una media de 3,309. El modo, además, fue de 5, con 29 personas contestando que experimentan el síntoma con mucha frecuencia.

*Reactivo 11: Irritabilidad, enojarse fácilmente.* Éste es otro síntoma que sí se presenta algunas veces, con una ligera tendencia a convertirse en frecuente.

*Reactivo 12: Fatigado, sentirse sin fuerza para emprender tareas.* Igualmente, el sentirse sin fuerzas es un fenómeno común experimentado entre los encuestados. Aunque la media es menor que en el caso anterior, también debe situarse como signo patológico, ya que se encuentra por encima del límite señalado.

*Reactivo 13: Nervioso, hipertensión, inquietud constante.* Este reactivo también presenta una media que rebasa —aunque sea ligeramente— el límite que diferencia el estado de salud del patológico.

*Reactivo 14: Dolores de cabeza.* La media de 2,825 indica que los dolores de cabeza, en cambio, no son sufridos frecuentemente.

*Reactivo 15: Cansancio permanente.* Este síntoma es menos frecuentemente experimentado que el anterior, y no indica ningún estado anormal.

*Reactivo 16: Músculos tensos, rígidos.* Aunque la media se encuentra por debajo del 3 (2,951), su posición casi en el límite marca una inclinación más pronunciada hacia el estado patológico.

*Reactivo 17: Dolores en el centro del pecho.* Los dolores en el centro del pecho se presentan con poca frecuencia (el valor de la media es de casi 2 exacto) lo cual es un indicador de que hay pocos candidatos inmediatos a sufrir infartos entre la población encuestada.

*Reactivo 18: Incapacidad para relajarse.* Este síntoma presenta una situación similar que el de "músculos tensos", al estar casi en el límite entre patología y salud.

*Reactivo 19: Diarrea.* La diarrea es una enfermedad que se presenta rara vez en los encuestados, con una media reducida, de valor 1,765.

*Reactivo 20: Empleo excesivo de alcohol, drogas o tabaco.* El valor de la media en este reactivo fue el más pequeño de todo el presente instrumento. El número de personas que manifestó que rara vez hacía uso excesivo de alcohol, drogas o tabaco, fue realmente muy grande (73, es decir, 90,1 %).

*Reactivo 21: Inestabilidad emocional.* La inestabilidad emocional tampoco es un síntoma frecuente.

*Reactivo 22: Sentimientos de incapacidad para enfrentar los problemas.* Todavía menos frecuentes son los síntomas de incapacidad para enfrentar los problemas, lo cual indica que a pesar de los síntomas que los encuestados dijeron experimentar, cuentan con energía suficiente para desenvolverse en sus actividades cotidianas.

*Reactivo 23: Atribuyo estos síntomas a que mis derechos fueron violados.* Este reactivo fue el que presentó una media mayor respecto del resto. El valor de 3,951, que casi representa la frecuencia y constituye un indicador de la opinión categórica y axiomática de que los encuestados relacionan las patologías experimentadas directamente con la violación a sus derechos humanos. 58 sujetos lo reconocieron expresamente (13 totalmente de acuerdo y 45 totalmente de acuerdo).

Como puede observarse en ambos instrumentos, la desviación estándar de todos los reactivos fue baja. La máxima calificación de ésta fue de 1,619, y se presentó cierta uniformidad en los reactivos. A pesar de que la muestra fue en realidad pequeña, los resultados fueron óptimos ya que los valores se concentraron aceptablemente alrededor del promedio.

## IV. Discusión y conclusiones

El desarrollo conceptual tanto del Estado de Derecho como de los derechos humanos tiene como premisa fundamental al individuo. El individuo es el elemento no solamente en torno al cual giran todos sus postulados, sino además el que les da sustento, orientación y razón de ser. La credibilidad que obtenga un gobierno de los ciudadanos, en este sentido, es un elemento imprescindible para lograr la cohesión y fortaleza del Estado y para darle consistencia y viabilidad hacia el futuro. Esto es considerado así por corrientes de pensamiento occidental tan opuestas entre sí como lo son el iusnaturalismo y el positivismo.

Para el iusnaturalismo, la aceptación —que determinará la legitimidad del gobierno— se logrará si éste cumple eficientemente con los fines que propiciaron su nacimiento, realizado a través un “contrato social”.

Los soberanos, al atentar contra los individuos, amenazarán directamente la vigencia del contrato. Roto éste, los gobernados serán libres para reaccionar como mejor les parezca y quedarán relevados de su deber de obediencia: si los gobernantes no garantizan la seguridad, la libertad y la capacidad de vivir en sociedad racionalmente, los individuos tienen el derecho de desconocer toda clase de guía o gobierno y hacerse justicia por ellos mismos. Aun los partidarios de la obediencia incondicional hacia el gobernante (Spinoza, Hobbes, Rousseau, Kant) reconocen la posibilidad del rompimiento del pacto cuando el gobernante no actúe conforme a lo previsto.

La legitimidad le da razón de ser al gobierno, y por ello, si éste desea prolongar su existencia, deberá actuar en beneficio directo, único y constante de los gobernados. En cuanto más beneficie a la colectividad más racional será, y, por lo tanto, más fuerte.

Para el iuspositivismo y el historicismo, la vida en sociedad no es consecuencia de un acto racional de voluntad de todas las personas que la conforman, sino el resultado de la victoria de un individuo o de un grupo que logra imponer su visión de la realidad al resto. No obstante, también consideran esencial la legitimidad para su permanencia. El sometimiento deberá transformarse en aceptación, y el poder obtenido en un principio mediante la fuerza deberá revestirse de la legitimidad que le garantice al gobierno la obediencia y la aceptación de los gobernados. Sólo con la colaboración y la credibilidad de éstos se podrá construir un Estado verdaderamente sólido.

Aun en el supuesto de que el gobierno utilice a la sociedad en beneficio propio, y en lugar de convencerla realmente, la manipule, deberán existir elementos —así sea mínimos— de beneficio y seguridad concretos para aquélla.

Todos estos elementos conceptuales forman parte de la fundamentación teórica de los derechos humanos. Sin embargo, es necesario que cualquier grupo político que pretenda mantenerse en el poder considere que los individuos bajo su guía, además de ser gobernados y ciudadanos (es decir, seres sociales de cuya aceptación depende la legitimidad de su gobierno), son también seres orgánicos, en cuyo interior interactúan tanto elementos racionales como físicos y emocionales.

En este sentido, el grupo en el poder debe evitar violar los derechos de sus ciudadanos, no solamente porque los instrumentos jurídicos internos e internacionales así lo prescriban claramente, o porque la oferta ideológica que lo llevó al poder haya sido el respeto al derecho, sino además porque las reacciones que tengan los individuos ante las agresiones que reciban de los gobernantes pueden desembocar en actitudes sociales que pongan en riesgo su permanencia en el poder. Las reacciones que en este estudio se identificaron y midieron fueron la falta de credibilidad, el estrés y el miedo.

La información obtenida muestra que la opinión de los encuestados respecto de ciertos servidores públicos es en general descalificadora. Los encuestados consideran que todas las autoridades sometidas a la evaluación violan los derechos humanos. Sin embargo, hay diferentes matices en estas opiniones. Los que obtuvieron un mayor nivel de desacreditación fueron los funcionarios del Ministerio Público, los policías judiciales y los agentes de tránsito. La opinión fue más favorable para los jueces. Como consecuencia de esta falta de credibilidad, la opinión que la población entrevistada tiene respecto de la justicia en México es muy pobre.

El respeto, la aceptación y la confianza de los gobernados, entonces, son elementos que fortalecerán al gobierno, y éste debe procurar obtenerlos y mantenerlos, para que no se transformen en elementos negativos y potencialmente destructivos para él mismo, como el temor, el desprecio y la violencia.

Entre los costos sociales y políticos más importantes de la utilización de la fuerza en grado extremo, y con ello de la violación a los derechos humanos, está la falta de cohesión de la sociedad. Ante la inseguridad cada individuo buscará protegerse a sí mismo y la construcción del futuro de la nación se verá minimizada o anulada. Los sacrificios que pudieran

obtenerse de una población unida a su gobierno por lazos tan fuertes, confiables y duraderos como pueden ser la fidelidad y la lealtad, abandonan el escenario político: un gobierno que agrede a sus ciudadanos no puede obtener de ellos ninguna clase de sacrificio.

Dentro de los objetivos del presente trabajo se encontraba saber algunas opiniones de los encuestados en materia de derechos humanos. El hecho de que el promedio de los encuestados se haya manifestado como indiferente ante la posibilidad de que las violaciones pudieran dejar de existir o no, es quizás una consecuencia del estado de incertidumbre e inseguridad que se advirtió a través a los primeros reactivos.

La incertidumbre e inseguridad son elementos muy relacionados con la aceptación y que atentan directamente contra ella. La fuerza que ejerza el gobierno, igualmente, es un elemento fundamental en el logro de la aceptación y de la seguridad de los integrantes de la sociedad. La fuerza, a pesar de que no debe constituir el único y/o más importante recurso en un Estado, sí debe estar presente dentro de él. Un gobierno que no ejerza la fuerza en la forma y en el grado adecuados, perderá la credibilidad de los individuos y por lo tanto se volverá débil. Si la ejerce en exceso será un gobierno tiránico, pero si no la usa (o lo hace deficientemente) será un gobierno anárquico. En cualquiera de los dos casos, la inseguridad que se producirá en todas las esferas de la sociedad provocará la falta de confianza y, por lo tanto, de aceptación.

Cuando la fuerza es excesiva se producen en la población sensaciones de angustia y miedo, y al no ser aplicada en la forma prescrita en las leyes —es decir, adecuada, planificada y según circunstancias muy precisas—, los individuos viven con la sensación de que independientemente de sus actos, la fuerza “podría” alcanzarlos a ellos. Cuando es ejercida insuficientemente, también se genera inseguridad en la población, ya que se produce desorden que puede en grados extremos desembocar en anarquía. Una de las muestras de este desorden es la realización de actos ilegales por parte de los funcionarios públicos, que perjudican a la sociedad y violan así sus derechos. Estas conductas, aunque no son realizadas con la autorización del gobierno, son su responsabilidad, al no contar con la capacidad y la fuerza suficiente para controlarlas y evitarlas.

A pesar de la falta de credibilidad y de la incertidumbre de la población encuestada, es significativo el hecho de que la mayor parte estaría dispuesta a denunciar violaciones a los derechos humanos de otra persona; es decir, a contribuir en la defensa y posible término de las agresiones y/o irregularidades. La confianza de los encuestados en las instituciones que

defienden los derechos humanos es un elemento más de esta muestra de voluntad y deseo de participación y cambio.

A través de la encuesta se pudo identificar que los encuestados sí experimentan miedo ante ciertos funcionarios del gobierno. Las autoridades que inspiraron mayor miedo entre la población encuestada son los policías judiciales, las autoridades de las agencias del Ministerio Público y los policías de la Secretaría de Seguridad Pública. El personal de juzgados, los agentes de tránsito, los jueces y las autoridades del entonces Departamento del Distrito Federal, resultaron no inspirar temor entre las personas entrevistadas. Los resultados obtenidos respecto del miedo psicosocial son diferentes de los de las violaciones a los derechos humanos, en donde todas las autoridades obtuvieron una calificación desaprobatoria. El supuesto ante el cual los encuestados manifestaron mayor temor es el que engloba los dos conceptos (miedo y violación a los derechos humanos). La aseveración "siento miedo de que mis derechos humanos puedan ser violados nuevamente" tuvo un grado de acuerdo realmente elevado.

A pesar de que se comprobó que las violaciones producen miedo en la población afectada, no pudo demostrarse que el individuo experimentara terror, como grado superior del miedo. En la encuesta se contemplaron cinco opciones para identificar si ciertas autoridades producían miedo en los encuestados, sin embargo, el que un sujeto haya optado por la que representaba un grado de aceptación mayor (la "totalmente de acuerdo"), no significa que la emoción experimentada sea de terror. La encuesta probó no ser el medio más eficiente para medir los diversos grados de esta emoción. Para poder hacerlo es necesario utilizar otros recursos, como los electroencefalogramas, y los análisis de orina para detectar los niveles de catecolamina, y de esta manera identificar orgánicamente el grado de temor en un individuo.

El que una persona presente componentes emocionales del estrés,<sup>5</sup> como la ira y el miedo, es un elemento peligroso para el gobierno, sobre

---

<sup>5</sup> Selye considera que el estrés es "un estado manifestado por síntomas consistentes en cambios en el sistema biológico". Estos cambios han sido inducidos por un grupo de estímulos o agentes, a los que llama estresores. Utilizando la noción de homeóstasis como regulador interno de la temperatura del cuerpo, sostiene que el estrés es un mecanismo de autoconservación que utiliza cuando es atacado por agentes externos (H. Selye, "History and Present Status of the Stress Concept", en *Handbook of Golber L. and Breznitz*, p. 15). Lazarus también emplea la teoría del equilibrio. Considera al estrés relacionado con los procesos cognitivos que el sujeto realiza al enfrentar una amenaza. Cuando una persona presiente un daño psicológico o físico, los niveles de estrés aumentan y pueden inmovili-

todo porque no se tienen parámetros seguros para inferir qué conducta tendrá el sujeto que los experimente. La ira puede desembocar fácilmente en la agresión y en la conducta destructiva, pero el miedo puede provocar en el individuo que lo sufre ya sea una actitud pasiva<sup>6</sup> —cuyo grado máximo es un estado cataléptico—, o una activa. En este último caso, también pueden presentarse básicamente dos actitudes: la huida o el enfrentamiento. La reacción que puede tener un individuo con ira y/o con miedo, por lo general es desconocida hasta para él mismo, y puesto que está condicionada a una cantidad muy grande de variables —personalidad, frecuencia e intensidad del estímulo estresor, apoyo social y familiar, antecedentes emocionales, capacidad de adaptación, coyunturas personales, etcétera— es imposible de predecir. Esta situación se complica cuando el miedo tiene una fuente social y es experimentada por un número elevado de personas. Las reacciones del miedo psicosocial son tan impredecibles como peligrosas para un Estado, ya que pueden escapar al control no sólo de las autoridades, sino inclusive de las mismas personas que lo están experimentando.<sup>7</sup>

---

zarlo o causarle sentimientos de depresión, desesperanza y ansiedad, entre otros (R. S. Lazarus, *Psychological Stress and Coping in adaptation and illness*).

<sup>6</sup> La inmovilidad producida por el miedo ha sido explicada como un proceso de negación mágica ante el peligro inserta inconscientemente en el sujeto, quizás a través de su memoria genética. Significa que la persona que sufre el temor inconscientemente está esperando que algún ente o situación ultraterrenal interfiera en su beneficio. El sujeto que adopta una posición de inmovilidad está renunciando al poder de enfrentar el peligro, pero espera que algo o alguien lo haga en su representación. Joost Merlo, *Psicología del pánico*.

<sup>7</sup> Bursaco sostiene que los mecanismos y sistemas neurofuncionales del miedo se pueden clasificar en tres niveles de integración del sistema nervioso: 1) el instrumento primario, en el que la supervivencia del individuo se privilegia; 2) el de conservación de la especie, en donde se protegen bienes comunitarios y/o familiares, y 3) el de distintos tipos de valores abstractos que tiene referencia con el futuro. En el primer nivel, al ser los elementos impulsivos los que sobresalen, se crea en el sujeto que lo sufre un aumento del individualismo y de los instintos de conservación. El ser biológico se fortalece al tiempo que se debilita —cuando no desaparece— el ser social. Puesto que el objetivo principal es conservar la vida o la integridad, se produce una disminución o pérdida de los valores morales, sociales o políticos. Igualmente, la solidaridad hacia los demás se abandona, ya que un sujeto inundado por el temor incontrolable que ataca este nivel espera que el peligro alcance a otros antes que a sí mismo (ver L. Levi, *Reporte sobre salud pública. Publicación del Departamento de Salud Pública de los E.E.U.U., 1979*). Pfister Ammende estudió y analizó cuantitativamente las patologías producidas por el fenómeno del desarraigo en una muestra de refugiados ruso-soviéticos asentados en Suiza y en los campos de refugiados desplazados en Alemania, Austria y Suiza, que habían sido sometidos a

El miedo, pese a ello, no es una emoción que forzosamente escape al control de los sujetos que lo sufren. Los mecanismos racionales de un sujeto le dan la posibilidad —no la seguridad— de reconocer si el peligro es real, y de serlo, si tiene la capacidad de vencerlo o controlarlo. Sin embargo, para ello es también muy importante la existencia de la seguridad estatal, ya que la incertidumbre o la imposibilidad de verificar todo ello provoca que el aspecto instintivo se fortalezca y que el individuo sucumba ante el terror: el no saber las características ni la identidad de aquel o aquello contra lo que se lucha, produce sentimientos de confusión, debilidad y desconcierto que vulneran las defensas físicas y psicológicas.

Los encuestados manifestaron experimentar los nueve siguientes síntomas: insomnio; dificultad para quedarse dormido; agitación, inquietud y miedo; irritabilidad, enojarse fácilmente; fatigado, sentirse sin fuerzas para emprender tareas; nervioso, hipertensión; músculos tensos, rígidos, e incapacidad para relajarse.

Los síntomas de mal apetito; acidez o ardor en el estómago; gases en el estómago; estreñimiento; mareos; dificultades respiratorias; dolores de cabeza; cansancio permanente; dolores en el centro del pecho; diarrea; empleo excesivo de alcohol, drogas o tabaco; inestabilidad emocional, y sentimientos de incapacidad para enfrentar los problemas, no representan mayores problemas entre los encuestados.

La presentación de tres o más síntomas de los manejados en la encuesta es un indicador de que la persona que los experimenta está sometida a fenómenos patológicos de tensión. La población investigada, al presentar nueve síntomas, presenta un nivel elevado de estrés, con lo cual puede concluirse que la violación a los derechos humanos sí provoca en el individuo que la sufre, altos niveles de estrés.

La dificultad más aguda registrada es en el aspecto mental y emotivo de los encuestados, es decir, en los procesos más inmediatos. Los procesos fisiológicos no mostraron estar mayormente afectados durante el tiempo en que se llevó a cabo el estudio. Sin embargo, cuando una patología psicológica se prolonga en tiempo y en intensidad, redundando inevitablemente en daños fisiológicos. La conducta estresada no es una respuesta que se produzca de manera inmediata ante el agente estresor, sino una enfer-

---

niveles agudos de temor y de estrés. Entre los cuatro tipos de reacciones situacionales que caracterizaban al grupo, encontró precisamente una hipertrofia del instinto de conservación de sí mismo con un deterioro de los valores morales. M. Pfister-Ammende, *Problems of Uprooting*.

medad que se produce progresivamente y que va ocasionando degeneraciones paulatinas. Para tener un diagnóstico de la intensidad y la forma en que se producen problemas físicos en la población investigada, se debe realizar un estudio longitudinal de seguimiento. Con ello sabremos las consecuencias físicas que pueden presentarse en un sujeto que, por ejemplo, experimenta insomnio durante un tiempo prolongado. La mayor parte de la muestra de este trabajo estuvo compuesta por sujetos cuya queja se encuentra aún en estudio por parte de la Comisión.<sup>8</sup> Aunque en estos casos el motivo de denuncia pueda ser muy antiguo, la mayor parte de las veces son violaciones recientes. Es importante saber cuál es el espacio temporal que transcurre entre el momento en que ocurre la violación y en el que se aplica la encuesta.

Levi<sup>9</sup> considera que existen tres tipos de respuesta ante el estrés psicosocial —como evidentemente lo es la violación a los derechos humanos—: las mentales, las conductuales y las fisiológicas. En este caso, la mayor parte de los encuestados tuvo una respuesta mental; seguida por la fisiológica. Las respuestas conductuales (como uso excesivo de drogas, alcohol o tabaco; o incapacidad para enfrentar los problemas) estuvieron casi ausentes en la población entrevistada.

Las patologías psicológicas de los encuestados también pueden ser consideradas como la primera o la segunda fase de lo que Seyle<sup>10</sup> llama “síndrome general de adaptación”. Las respuestas emocionales y mentales pueden considerarse parte de la reacción de alarma (primera fase) o de la fase de resistencia (segunda fase). En la primera, consistirán en una especie de aviso dirigido al organismo, de que los estímulos estresores son especialmente fuertes y de que se debe realizar alguna acción para vencerlos. Las patologías psicológicas también podrían formar parte de la segunda fase, considerando que pueden constituir una manera en la que el organismo resiste a los estímulos estresores. El que se presente este tipo de padecimientos es una muestra de que la capacidad de resistencia ha

---

<sup>8</sup> Inclusive la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal postula como regla general, a través del artículo 28, que “las quejas y denuncias sólo podrán presentarse dentro del plazo de un año, a partir de que se hubiere iniciado la ejecución de los hechos presuntamente violatorios de los derechos humanos o de que el quejoso o denunciante hubiera tenido conocimiento de los mismos”, estableciendo como excepción las violaciones graves y las de lesa humanidad, para las que no contará plazo alguno, según el mismo artículo.

<sup>9</sup> L. Levi, *Society, Stress and Disease*.

<sup>10</sup> H. Selye, “A Syndrome Produced by Innocuous Agent”, en *Nature*, vol. 138.

quedado disminuida, pero que sin embargo no ha sido totalmente agotada, ya que los aspectos fisiológicos no están dañados. Lo importante en estos casos es brindar la atención necesaria para que los individuos no lleguen hasta la fase de agotamiento.

En las últimas décadas se han desarrollado importantes investigaciones que han intentado vincular los aspectos culturales y étnicos con los estímulos estresores y las respuestas patológicas que producen. Entre las hipótesis formuladas en este sentido sobresale para los objetivos del presente estudio la “hipótesis de las víctimas o de victimización”, en la que se postula básicamente que ciertos eventos, como los desastres naturales, los combates en la guerra, los bombardeos, la reclusión en campos de confinamiento o en campos de concentración y exterminio, la represión y la tortura, entre otros, representan para el individuo que los sufre un efecto tan grave y tan grande que tiene muy poco o nulo control sobre ellos. Al ser acontecimientos que objetivamente tienen una carga de estrés muy profunda y pronunciada, la percepción que cada uno tenga no es tan relevante como en otros tipos de estímulos estresores,<sup>11</sup> por lo cual, si la frecuencia y/o intensidad de estos acontecimientos es muy grande, se producirá en la víctima que los padece una acumulación de altos niveles de estrés que conducirá a la psicopatología.

Si el sujeto no recibe atención adecuada, las patologías psicológicas redundarán en físicas. Por lo tanto, la violación a los derechos humanos puede producir daños sobre la salud de la víctima en tres espacios temporales: en el momento de cometerse, en los delitos que afectan la integridad física, como la tortura; en el momento en que el individuo comienza a experimentar los daños residuales en el aspecto psicológico, y en el momento en que estos daños psicológicos redundan en físicos.

Los científicos sociales han puesto énfasis en la importancia que tiene el vivir en un Estado que garantice la seguridad de los gobernados, y en los costos políticos y sociales que tiene el no poder lograrlo. Sin embargo, la teoría del estrés que postula Levi<sup>12</sup> —que considera que mientras más grande sea el número de cambios y transformaciones experimentadas por

---

<sup>11</sup> La percepción de cada individuo en la mayor parte de los estímulos estresores es un elemento clave. Por ello, Flandes Dunbar, precursor de la medicina psicosomática, señaló que a menudo “es más importante saber qué clase de paciente tiene una enfermedad, que qué clase de enfermedad tiene un paciente”. James Coleman *et al.*, *Psicología de la anormalidad y vida moderna*, p. 23.

<sup>12</sup> H. Selye, “A Syndrome Produced by Innocuous Agent”, en *op. cit.*

un individuo y de la intensidad de los cambios mismos de vida de los sujetos durante cierto periodo de tiempo, mayor es el riesgo de sufrir alguna enfermedad— es un elemento sumamente importante, que sin embargo no ha sido contemplado como un costo más de la inseguridad estatal: mientras más seguridad política, jurídica, económica y social exista dentro de un Estado, mayores serán las posibilidades de prever las consecuencias que tengan las actividades de un individuo, y por lo tanto, lo obligará a utilizar en menor medida sus mecanismos de adaptación ante circunstancias imprevistas y/o cambiantes. Con ello, según la teoría de Levi, también el riesgo a contraer enfermedades será menor.

Puede observarse, entonces, que los costos que tiene la violación a los derechos humanos no son sólo políticos. También conllevan costos económicos, ya que la salud de los individuos es sumamente importante para la productividad.

Weininger<sup>13</sup> clasifica en las siguientes categorías a los eventos estresantes: 1) Desastres naturales. Dentro de estos eventos ningún ser humano tiene capacidad de control, e incluye a los terremotos, inundaciones, erupciones volcánicas, huracanes y tornados, avalanchas, deslizamientos de tierra, sequías y epidemias. 2) Desastres causados por el hombre. Estos eventos son causados generalmente por los grupos política y económica-mente dominantes, y cuyas acciones tienen consecuencias graves para la integridad y la seguridad de una gran cantidad de personas. Entre estos eventos se encuentran las guerras, los desastres económicos, la tortura, el encarcelamiento y confinamiento en campos de concentración, etcétera. 3) Experiencias personales. En éstas considera a los eventos afectivos, sociales y económicos de la vida cotidiana y particular de los individuos, como el rompimiento de relaciones; duelo; separación; divorcio y conflictos conyugales y familiares; desempleo forzado, pobreza, marginación, pérdida del empleo; cambio de empleo, monotonía y pasividad en el trabajo; intervención quirúrgica, dolencias, enfermedad, presentación de examen, cambio de domicilio, pérdida de estatus.

Este autor menciona expresamente algunas de las violaciones graves —la tortura y el confinamiento en campos de concentración— como ejemplos de eventos estresantes provocados por los individuos. La violación a los derechos humanos en general, por supuesto, debe encuadrarse dentro de esta categoría, por estar a cargo directamente de “ciertos” individuos,

---

<sup>13</sup> H. Weininger, *The concept of Stress in the Light of Studies on Disaster, unemployment, and losses.*

como son las autoridades y los funcionarios públicos. Considero, sin embargo, que esta clasificación es errónea y que el lugar de estos eventos debe estar no sólo dentro de la categoría de los provocados por el hombre, sino junto al resto de las violaciones a los derechos humanos.

## V. Anexo. Cuadros

### A) Características sociodemográficas de la muestra

<i>Edad</i>				
Media = 38,049	Mediana = 35,00	Modo = 31,00	Std. Desv. = 13,637	
Varianza = 185,973	Rango = 58,00	Mínimo = 17,00	Máximo = 75,00	

<i>Sexo</i>				
	<i>Valor</i>	<i>Frec. válid</i>	<i>Porcent.</i>	<i>Porcent. acum.</i>
Hombres	1	55	67,9	67,9
Mujeres	2	26	32,1	100,0
Total		81	100,0	100,0

<i>Estado civil</i>				
	<i>Valor</i>	<i>Frec. válid</i>	<i>Porcent.</i>	<i>Porcent. acum.</i>
Con pareja	1	50	61,7	61,7
Sin pareja	2	31	38,3	100,0
Total		81	100,0	100,0

<i>Escolaridad</i>				
En este rubro se establecieron seis niveles de escolaridad, registrándose los siguientes resultados:				
<i>Rótulo</i>	<i>Valor</i>	<i>Frec. válid</i>	<i>Porcent.</i>	<i>Porcent. acum.</i>
Ninguna	1	0	0	0
Primaria	2	16	19,8	19,8
Secundaria	3	22	27,2	46,9
Bachillerato	4	15	18,5	65,4
Técnica	5	12	14,8	80,2
Profesional	6	16	19,8	100,0
Total		81	100,0	

Ocupación	Valor	Frec. válida	Porcent.	Porcent. acum.
Ama de casa	1	16	19,8	19,8
Estudiante	2	6	7,4	27,2
Empleado	3	22	34,6	61,7
Comerciante	4	15	16,0	77,8
Profesionista	5	12	14,8	92,6
Otro	6	16	7,4	100,0
Total		81	100,0	

## B) Instrumento 1

*Reactivo 1: Confío en las instituciones que defienden los derechos humanos*

Rótulo	Valor	Frec. válida	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	3	3,7	3,7
D	2	11	13,6	17,3
I	3	5	6,2	23,5
A	4	26	32,1	55,6
TA	5	36	44,4	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,000    Mediana = 4,00    Modo = 5,00    Std. Dev. = 1,183  
 Varianza = 1,400    Rango = 4,000    Mínimo = 1,00    Máximo = 5,00

*Reactivo 2: En México existe la justicia*

Rótulo	Valor	Frec. válida	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	31	38,3	38,3
D	2	32	39,5	77,8
I	3	8	9,9	87,7
A	4	6	7,4	95,1
TA	5	4	4,9	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,012    Mediana = 2,00    Modo = 2,00    Std. Dev. = 1,112  
 Varianza = 1,237    Rango = 4,000    Mínimo = 1,00    Máximo = 5,00

Reactivo 3: Las violaciones a los derechos humanos en México pueden dejar de existir

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	20	24,7	24,7
D	2	16	19,8	44,4
I	3	3	3,7	48,1
A	4	25	30,9	79,0
TA	5	17	21,0	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,037 Mediana = 4,00 Modo = 4,00 Std. Desv. = 1,537  
 Varianza = 2,361 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 4: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: jueces

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	2	2,5	2,5
D	2	3	3,7	6,2
I	3	13	16,0	22,2
A	4	34	42,0	64,2
TA	5	29	35,8	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,049 Mediana = 4,00 Modo = 4,00 Std. Desv. = 0,947  
 Varianza = 0,898 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 5: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: agentes de tránsito

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum
TD	1	1	1,2	1,2
D	2	1	1,2	2,5
I	3	4	4,9	7,4
A	4	29	35,8	43,2
TA	5	46	56,8	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,457 Mediana = 5,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 0,759  
 Varianza = 0,576 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 6: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: policías judiciales

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	1	1,2	1,2
D	2	2	2,5	3,7
I	3	4	4,9	8,6
A	4	31	38,3	46,9
TA	5	43	53,1	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,395 Mediana = 5,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 0,801  
 Varianza = 0,642 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 7: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: funcionarios de las agencias del Ministerio Público

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum
D	2	3	3,7	3,7
I	3	3	3,7	7,4
A	4	32	39,5	46,9
TA	5	43	53,1	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,420 Mediana = 5,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 0,739  
 Varianza = 0,547 Rango = 3,000 Mínimo = 2,00 Máximo = 5,00

Reactivo 8: Las siguientes autoridades violan los derechos humanos: autoridades del gobierno del Distrito Federal

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	1	1,2	1,2
D	2	4	4,9	6,2
I	3	11	13,6	19,8
A	4	26	32,1	51,9
TA	5	39	48,1	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,210 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 0,945  
 Varianza = 0,893 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 9: En otros países se violan los derechos tanto como en México

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	7	8,6	8,6
D	2	14	17,3	25,9
I	3	15	18,5	44,4
A	4	28	34,6	79,0
TA	5	17	21,0	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,420 Mediana = 4,00 Modo = 4,00 Std. Desv. = 1,244  
 Varianza = 1,547 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 10: Si supiera de alguna violación a los derechos humanos de otra persona, la denunciaría

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	6	7,4	7,4
D	2	6	7,4	14,8
I	3	4	4,9	19,8
A	4	28	34,6	54,3
TA	5	37	45,7	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,037 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,219  
 Varianza = 1,486 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 11: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: personal de juzgados

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	8	9,9	9,9
D	2	16	19,8	29,6
I	3	23	28,4	58,0
A	4	9	11,1	69,1
TA	5	25	30,9	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,333 Mediana = 3,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,360  
 Varianza = 1,850 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 12: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: policías judiciales

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	8	9,9	9,9
D	2	6	7,4	17,3
I	3	20	24,7	42,0
A	4	11	13,6	55,6
TA	5	36	44,4	100,0
Total		81	100,0	100,0

Media = 3,753 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,356  
 Varianza = 1,838 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 13: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades:  
 agentes de tránsito

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	9	11,1	11,1
D	2	11	13,6	24,7
I	3	23	28,4	53,1
A	4	12	14,8	67,9
TA	5	26	32,1	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,432 Mediana = 3,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,360  
 Varianza = 1,848 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 14: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades: jueces

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	10	12,3	12,3
D	2	13	16,0	28,4
I	3	22	27,2	55,6
A	4	18	22,2	77,8
TA	5	18	22,2	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,259 Mediana = 3,00 Modo = 3,00 Std. Desv. = 1,311  
 Varianza = 1,719 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 15: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades:  
autoridades de las agencias del Ministerio Público

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	9	11,1	11,1
D	2	6	7,4	18,5
I	3	18	22,2	40,7
A	4	13	16,0	56,8
TA	5	35	43,2	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,728 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,379  
Varianza = 1,900 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 16: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades:  
autoridades del gobierno del Distrito Federal

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	9	11,1	11,1
D	2	8	9,9	21,0
I	3	26	32,1	53,1
A	4	14	17,3	70,4
TA	5	24	29,6	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,444 Mediana = 3,00 Modo = 3,00 Std. Desv. = 1,313  
Varianza = 1,725 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 17: Siento miedo cuando veo a las siguientes autoridades:  
policías de la Secretaría de Seguridad Pública

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	8	9,9	9,9
D	2	9	11,1	21,0
I	3	22	27,2	48,1
A	4	11	13,6	61,7
TA	5	31	38,3	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,593 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,358  
Varianza = 1,844 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 18: Siento miedo cuando voy a denunciar un delito a una agencia del Ministerio Público

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	15	18,5	18,5
D	2	10	12,3	30,9
I	3	9	11,1	42,0
A	4	7	8,6	50,6
TA	5	40	49,4	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,580 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,619  
 Varianza = 2,622 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 19: Siento miedo de que mis derechos humanos puedan ser violados nuevamente

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	5	6,2	6,2
D	2	3	3,7	9,9
I	3	3	3,7	13,6
A	4	9	11,1	24,7
TA	5	61	75,3	100,0
Total		81	100,0	

Media = 4,457 Mediana = 5,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,141  
 Varianza = 1,301 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

### C) Instrumento 2

Reactivo 1: Insomnio

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	21	25,9	25,9
M	2	10	12,3	38,3
A	3	16	19,8	58,0
F	4	17	21,0	79,0
CF	5	17	21,0	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,988 Mediana = 3,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,496  
 Varianza = 2,237 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 2: Dificultad para quedarse dormido*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	18	22,2	22,2
M	2	5	6,2	28,4
A	3	17	21,0	49,4
F	4	11	13,6	63,0
CF	5	30	37,0	100,0
Total		81	100,0	100,0

Media = 3,370 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,569  
 Varianza = 2,461 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 3: Despertar durante el sueño*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	15	18,5	18,5
M	2	4	4,9	23,5
A	3	18	22,2	45,7
F	4	15	18,5	64,2
CF	5	29	35,8	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,481 Mediana = 4,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,484  
 Varianza = 2,203 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 4: Mal apetito*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	21	25,9	25,9
M	2	13	16,0	42,0
A	3	19	23,5	65,4
F	4	23	28,4	93,8
CF	5	5	6,2	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,728 Mediana = 3,00 Modo = 4,00 Std. Desv. = 1,294  
 Varianza = 1,675 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 5: Acidez o ardor en el estómago

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	21	25,9	25,9
M	2	9	11,1	37,0
A	3	22	27,2	64,2
F	4	15	18,5	82,7
CF	5	14	17,3	100,3
Total		81	100,0	

Media = 2,901 Mediana = 3,00 Modo = 3,00 Std. Desv. = 1,428  
 Varianza = 2,040 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 6: Gases en el estómago

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	29	35,8	35,8
M	2	12	14,8	50,6
A	3	20	24,7	75,3
F	4	12	14,8	90,1
CF	5	8	9,9	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,481 Mediana = 2,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,370  
 Varianza = 1,878 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 7: Estreñimiento

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	34	42,0	42,0
M	2	11	13,6	55,6
A	3	14	17,3	72,8
F	4	16	19,8	92,6
CF	5	6	7,4	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,370 Mediana = 2,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,391  
 Varianza = 1,936 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## Reactivo 8: Mareos

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	36	44,4	44,4
M	2	7	8,6	53,1
A	3	18	22,2	75,3
F	4	14	17,3	92,6
CF	5	6	7,4	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,346 Mediana = 2,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,389  
 Varianza = 1,929 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## Reactivo 9: Dificultades respiratorias

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	51	63,0	63,0
M	2	6	7,4	70,4
A	3	7	8,6	79,0
F	4	9	11,1	90,1
CF	5	8	9,9	100,0
Total		81	100,0	

Media = 1,975 Mediana = 1,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,440  
 Varianza = 2,074 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## Reactivo 10: Agitación, inquietud, miedo

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	18	22,2	22,2
M	2	8	9,9	32,1
A	3	15	18,5	50,6
F	4	11	13,6	64,2
CF	5	29	35,8	100,3
Total		81	100,0	

Media = 3,309 Mediana = 3,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,578  
 Varianza = 2,491 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 11: Irritabilidad, enojarse fácilmente*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	12	14,8	14,8
M	2	12	14,8	29,6
A	3	15	18,5	48,1
F	4	12	14,8	63,0
CF	5	9	11,1	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,444 Mediana = 4,00 Modo = 3,00 Std. Desv. = 1,483  
 Varianza = 2,200 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 12: Fatigado, sentirse sin fuerza para emprender tareas*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	16	19,8	19,8
M	2	15	18,5	38,3
A	3	16	19,8	58,0
F	4	14	17,3	75,3
CF	5	20	24,7	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,086 Mediana = 3,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,468  
 Varianza = 2,155 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 13: Nervioso, hipertensión, inquietud constante*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	14	17,3	17,3
M	2	10	12,3	29,6
A	3	17	21,0	50,6
F	4	23	28,4	79,0
CF	5	17	21,0	100,0
Total		81	100,0	

Media = 3,235 Mediana = 3,00 Modo = 4,00 Std. Desv. = 1,381  
 Varianza = 1,907 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## Reactivo 14: Dolores de cabeza

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	27	33,3	33,3
M	2	10	12,3	45,7
A	3	9	11,1	56,8
F	4	18	22,2	79,0
CF	5	17	21,0	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,852 Mediana = 3,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,590  
 Varianza = 2,528 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## Reactivo 15: Cansancio permanente

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	27	33,3	33,3
M	2	17	21,0	54,3
A	3	13	16,0	70,4
F	4	11	13,6	84,0
CF	5	13	16,0	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,580 Mediana = 2,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,474  
 Varianza = 2,172 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## Reactivo 16: Músculos tensos, rígidos

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	24	29,6	29,6
M	2	9	11,1	40,7
A	3	15	18,5	59,2
F	4	13	16,0	75,3
CF	5	20	24,7	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,951 Mediana = 3,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,572  
 Varianza = 2,473 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 17: Dolores en el centro del pecho

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	43	53,1	53,1
M	2	8	9,9	63,0
A	3	18	22,2	85,2
F	4	9	11,1	96,3
CF	5	3	3,7	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,025 Mediana = 1,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,245  
 Varianza = 1,549 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 18: Incapacidad para relajarse

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	21	25,9	25,9
M	2	12	14,8	40,7
A	3	16	19,8	60,5
F	4	13	16,0	76,5
CF	5	19	23,5	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,963 Mediana = 3,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,520  
 Varianza = 2,311 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 19: Diarrea

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	49	60,5	60,5
M	2	7	8,6	69,1
A	3	20	24,7	93,8
F	4	5	6,2	100,0
Total		81	100,0	

Media = 1,765 Mediana = 1,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,028  
 Varianza = 1,057 Rango = 3,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 4,00

*Reactivo 20: Empleo excesivo de alcohol, drogas o tabaco*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	73	90,1	90,1
M	2	1	1,2	91,4
A	3	5	6,2	97,5
F	4	1	1,2	98,8
CF	5	1	1,2	100,0
Total		81	100,0	100,0

Media = 1,222 Mediana = 1,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 0,725  
 Varianza = 0,525 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 21: Inestabilidad emocional*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	31	38,3	38,3
M	2	14	17,3	55,6
A	3	20	24,7	80,2
F	4	11	13,6	93,8
CF	5	5	6,2	100,0
Total		81	100,0	

Media = 2,321 Mediana = 2,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,283  
 Varianza = 1,646 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

*Reactivo 22: Sentimientos de incapacidad para enfrentar los problemas*

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
R	1	41	50,6	50,6
M	2	13	16,0	66,7
A	3	15	18,5	85,2
F	4	3	3,7	88,9
CF	5	9	11,1	100,0
Total		81	100,0	100,0

Media = 2,086 Mediana = 1,00 Modo = 1,00 Std. Desv. = 1,362  
 Varianza = 1,855 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

Reactivo 23: Atribuyo estos síntomas a que mis derechos fueron violados

Rótulo	Valor	Frec. válid	Porcent.	Porcent. acum.
TD	1	9	11,1	11,1
D	2	8	9,9	21,0
I	3	6	7,4	28,4
A	4	13	16,0	44,4
TA	5	45	55,6	100,0
Total		81	100,0	100,0

Media = 3,951 Mediana = 5,00 Modo = 5,00 Std. Desv. = 1,431

Varianza = 2,048 Rango = 4,000 Mínimo = 1,00 Máximo = 5,00

## VI. Bibliografía

- COLEMAN, James et al., *Psicología de la anormalidad y vida moderna*. México, Trillas, 1990.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Informes Anuales de Trabajo (1997-2001)*.
- DOR-SAHV, Society, *Stress and Disease*. Londres, Oxford University Press, 1978.
- LAZARUS, R. S., *Psychological Stress and Doping in adaptation and illness*. International Journal of Psychiatry in Medicine, 1974.
- LEVI, L., *Reporte sobre salud pública. Publicación del Departamento de Salud Pública de los E.E.U.U.*, 1979.
- , *Society, Stress and Disease*. Londres, Oxford University Press, 1971.
- Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. México, *Diario Oficial de la Federación*, 1993.
- MERLO, Joost, *Psicología del pánico*. Buenos Aires, Paidós, 1964.
- PFISTER-AMMENDE, M., *Problems of Uprooting*. Berlín / Heidelberg, New York / Springer-Verlag, 1973.
- RUNYON, Richard P. y Audrey Haber, *Estadística para las ciencias sociales*. México, Fondo Educativo Interamericano, 1983.
- SELYE, H., "A Syndrome Produced by Innocuous Agent", en *Nature*, vol. 138. Nueva York, 1936.
- , "History and Present Status of the Stress Concept", en *Handbook of Golber L. and Breznitz*. Nueva York, Free Press, 1982.
- WEINER, H., *The concept of Stress in the Lighth of Studies on Disaster, unemployment, and losses*. Nueva York, Brunner / Mazel, 1985.



## **El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?**

**Luisa Fernanda Tello Moreno\***

SUMARIO: I. Introducción. II. El agua como necesidad humana básica. III. Normatividad internacional en materia de derechos humanos: A. Documentos de carácter vinculatorio; B. La Observación General Número 15, "El derecho al agua". IV. El acceso al agua potable y su relación con otros derechos humanos. V. Hacia el reconocimiento del derecho humano al agua. VI. Bibliografía.

### **I. Introducción**

**A**unque el abastecimiento de agua potable constituye un servicio público que los Estados deben proveer de manera obligatoria a los individuos, ya que el acceso al recurso es una necesidad colectiva, básica o fundamental, dicho abasto no ha podido ser enteramente satisfecho por muchos gobiernos en diversos países, sobre todo en aquellos donde prevalecen condiciones de subdesarrollo.

Actualmente atravesamos por la llamada crisis mundial del agua, debido a que gran parte de los recursos hídricos del planeta se encuentran sometidos a altos niveles de contaminación en diversos Estados, a los efectos de la sobreexplotación de los recursos naturales y la consecuente degradación medioambiental, además de que el agua dulce utilizada por los seres humanos para cubrir sus necesidades de carácter básico y para el desarrollo de las actividades agrícolas, industriales y la generación de energía eléctrica, corresponde solamente al 1 % del total de los recursos hídricos en el mundo.

---

\* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Sin embargo, lo que parece ser propiamente una crisis de escasez de los recursos hídricos a nivel global no es sino un problema de gobernabilidad del agua y de una inadecuada distribución de los recursos; estudios realizados por la Organización de las Naciones Unidas indican que la cantidad de agua dulce existente en el planeta, no obstante su porcentaje, es suficiente para cubrir las necesidades básicas de todos los seres humanos, pero los problemas derivados de la gestión deficiente del recurso, la corrupción, la falta de instituciones adecuadas para su manejo, el déficit en las inversiones para la creación de infraestructura de tratamiento y calidad del agua, así como de redes de abastecimiento, la mínima capacitación de recursos humanos en la materia y la falta de compromisos de carácter político para abastecer a las poblaciones del fundamental líquido, entre otras causas, han originado que 1,100 millones de personas en el mundo carezcan de un acceso adecuado al agua potable y 2,600 millones no cuenten con servicios básicos de saneamiento, conforme a lo señalado en el Segundo Informe de las Naciones Unidas sobre la situación de los recursos hídricos en el mundo, "Agua, una responsabilidad compartida".

Debido a lo anterior, los representantes de los Estados reunidos en la celebración de la Cumbre del Milenio en el año 2000, acordaron incluir en la Declaración final de dicha Cumbre, dentro del tema III, relativo al desarrollo y a la erradicación de la pobreza, y como parte de los objetivos del milenio, el reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta que carecieran de acceso al agua potable o que no pudieran costearlo por sí mismos. Asimismo, dentro del tema IV de la Declaración del Milenio, relativo a la protección del entorno común, los representantes de los Estados se pronunciaron por terminar con la explotación insostenible de los recursos hídricos, mediante la formulación de estrategias de ordenación de los mismos en los planos regional, nacional y local, promoviendo un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado del agua.

Sin embargo, las cifras mencionadas parecen aumentar en vez de reducirse, y al ser el agua un recurso tan fundamental para la supervivencia de los seres humanos y para la sustentabilidad medioambiental, ha surgido una nueva perspectiva respecto del acceso al agua en el ámbito de los derechos humanos que proclama el reconocimiento del acceso al agua potable y al saneamiento básico como un derecho humano, específicamente, como parte de los derechos económicos, sociales y culturales.

Jurídicamente resulta novedosa la posible existencia de un derecho al agua, más aún si se considera que este derecho en verdad pertenece al grupo de los derechos económicos sociales y culturales, ya que el mismo

no se encuentra explícitamente incluido dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el documento más importante en el ámbito internacional respecto de este tipo de derechos. Los llamados derechos sociales de manera genérica surgieron históricamente a principios del siglo XX, como corolario al surgimiento del Estado social de Derecho o Estado de bienestar social, que permitió la aparición de derechos basados más que en la libertad y en la igualdad formal o igualdad ante la ley, en una igualdad material y de oportunidades, sin embargo, al momento de su surgimiento, no se pensó en un derecho al agua potable.

Aun a pesar de que en el campo jurídico el derecho al agua posea un reconocimiento mínimo, éticamente la realización del mismo nos parece una exigencia de justicia social, pues es realmente indignante que haya tantos millones de seres humanos que carezcan del acceso al bien primario para la sobrevivencia. Si los Estados tienen legalmente la obligación de garantizar a los individuos dentro de su territorio derechos de libertad, igualdad, educación, salud, etcétera, resultaría lógico pensar que con mayor razón deberían tener la responsabilidad de proveerles agua potable, pues de nada serviría gozar de ninguno de los derechos anteriores sin el derecho de acceder a un bien fundamental para la vida; el acceso al agua potable se relaciona de manera directa y muy estrecha con otros derechos humanos, y ha llegado a ser considerado como un prerrequisito para el goce de los mismos.

Algunos Estados, bajo diversas circunstancias, han reconocido constitucionalmente el derecho humano al agua, entre ellos se encuentran Sudáfrica<sup>1</sup> y Uruguay,<sup>2</sup> otros, como Hungría, por ejemplo, no lo han elevado a nivel constitucional y por lo tanto a la categoría de un derecho humano, sin embargo, han priorizado la gestión de los recursos hídricos de manera que se cubran las necesidades básicas de la población.<sup>3</sup>

En este trabajo analizaremos la medida en que el agua potable constituye una necesidad humana básica en diversos aspectos de la vida doméstica y cuáles serían los parámetros para fijar una cantidad mínima de agua necesaria por persona al día para la satisfacción de dichas necesidades. Recurriremos a la normatividad internacional con objeto de encontrar aquellos instrumentos en los que el acceso al agua haya sido establecido como una obligación a cumplirse por parte de los Estados en

---

<sup>1</sup> Vid. capítulo II, artículo 27.1, b), de la Constitución de la República de Sudáfrica.

<sup>2</sup> Vid. artículo 47 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

<sup>3</sup> Vid. Ley LVII/1995 de la República de Hungría.

materia de derechos humanos y analizaremos las disposiciones de la Observación General Número 15, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con el fin de allegarnos de la información necesaria que permita ejemplificar el contenido y desarrollo normativo que el reconocimiento legal del derecho al agua implicaría; finalmente se establecerán las relaciones que posee el acceso al agua con otros derechos humanos, con el fin de clarificar por qué es que dicho acceso ha sido considerado como un prerrequisito en el ejercicio y cumplimiento integral de los derechos humanos.

## II. El agua, como necesidad humana básica

Al ser el agua un elemento indispensable y fundamental para la vida, se le concibe como una necesidad humana básica. El término *necesidad*, de entre algunas de sus acepciones, se refiere a “aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir”, o bien “carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida”.<sup>4</sup> No todas las necesidades humanas resultan indispensables para los individuos; existen necesidades intelectuales, afectivas, religiosas, morales, etcétera, que aún cuando son importantes para el pleno desarrollo de las personas, no son indispensables para mantenerse con vida o salud.

Por ello, al hablar de necesidades humanas básicas, nos referimos a los elementos o bienes que han de ser satisfechos con el objetivo de mantener y desarrollar funciones básicas, es decir, aquellas cuya carencia pudiera comprometer la subsistencia misma, también llamadas necesidades absolutas o primarias, y relacionadas con los artículos de primera necesidad, a saber, “cada una de las cosas más indispensables para el sostenimiento de la vida, como el agua, el pan, etc.”<sup>5</sup> Para Javier de Lucas y María José Añón, la diferencia entre las necesidades básicas y las secundarias radica en que las primeras *no constituyen un acto intencional*, ni dependen de  *fines u objetivos propios del sujeto*,<sup>6</sup> por lo que no existe posibilidad de que la necesidad se genere dentro de la voluntad del sujeto, pues ésta subsiste independientemente de las elecciones personales;

---

<sup>4</sup> *Diccionario de la Lengua Española*.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Javier de Lucas y María José Añón, “Necesidades, razones, derechos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, pp. 61-62.

mencionan que la satisfacción de las necesidades básicas tiene como fin evitar un daño o un mal.

En este entendido, las necesidades de los seres humanos respecto del agua no se limitan a la posibilidad de acceder a la cantidad de agua suficiente para beber, se requiere el recurso también para preparar alimentos, para mantener la higiene personal y para el funcionamiento de los servicios de saneamiento. Para abordar este tema, recurrimos a los estudios realizados por Peter Gleik, "Basic Water Requirements for Human Activities: Meeting Basic Needs",<sup>7</sup> y por Guy Howard y Jamie Bartram, "Domestic Water Quantity, Service Level and Health",<sup>8</sup> auspiciados por el Instituto del Pacífico para Estudios en Desarrollo, Medio Ambiente y Seguridad y por la Organización Mundial de la Salud, respectivamente, en los que se detallan las necesidades de agua en la vida doméstica y se fijan los promedios mínimos de agua requeridos para cubrir cada una de dichas necesidades, con objeto de fijar parámetros básicos al respecto.

Siendo el agua el nutriente principal del cuerpo humano, su consumo permite la digestión, la hidratación, la absorción y el transporte de nutrientes a través del organismo, así como la eliminación de toxinas y desechos. La cantidad de agua necesaria para cubrir este requerimiento de salud y supervivencia no es igual para todos los seres humanos, depende de distintos factores como la edad, las características fisiológicas de la persona, el tipo de actividades que realice y las condiciones climáticas y ambientales a las que esté sometida.

No obstante, Gleik considera un mínimo de tres litros diarios por persona como la cantidad promedio necesaria para recuperar la pérdida de fluidos del cuerpo en condiciones normales y dentro de un clima templado, mientras que Howard y Bartram especifican que tratándose de personas que realizan labores corporales en altas temperaturas, la cantidad requerida es de 4.5 litros y las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia necesitan 4.8 y hasta 5.5 litros diarios, respectivamente, para el efecto.

Mientras que en los países desarrollados se utiliza un promedio de 70 litros de agua por persona al día para bañarse, personas que viven en países en desarrollo o que viven en estados de pobreza pueden llegar a destinar cinco o menos litros de agua con este fin. En este punto inciden

---

<sup>7</sup> Vid. Peter H. Gleick, "Basic Water Requirements for Human Activities: Meeting Basic Needs", en *Water International*, núm. 21.

<sup>8</sup> Guy Howard y Jamie Bartram, "Domestic Water Quantity, Service Level and Health", en WHO/SDE/WSH/03.02, 2003.

también diversos factores y condiciones de carácter económico, social y cultural, así como los mecanismos utilizados para ello. Gleik establece como nivel básico recomendable para cubrir la higiene personal, un promedio de 15 litros de agua por persona al día, pero dentro de este concepto sólo contempla la actividad de bañarse en tina o regadera. Por su parte, Howard y Bartram consideran dentro de su concepto de higiene personal, bañarse, lavarse las manos, lavar ropa y alimentos, pero no mencionan una cantidad mínima de agua requerida en este rubro, pues señalan que las evidencias recabadas en su investigación demuestran que para evitar enfermedades, los hábitos de higiene en los que se utiliza agua acompañada de jabón u otro elemento que actúe como agente de limpieza y la constancia en su práctica resultan más importantes que los volúmenes de agua utilizados para ello, pues el agua por sí sola no es suficiente para asegurar la higiene personal.

En cuanto al saneamiento, determinar la cantidad de agua necesaria en este ámbito no es sencillo si se toma en cuenta que existen dispositivos de eliminación de residuos sanitarios que no requieren de agua para su funcionamiento, por lo que el volumen de agua requerida para este efecto puede verse ampliamente reducida, sin embargo, la disponibilidad de estas tecnologías depende también del desarrollo económico de los diferentes países y de los factores sociales y culturales específicos.

Howard y Bartram señalan que aun cuando existen dispositivos de eliminación de residuos sanitarios humanos, el uso del agua es necesario y determinante para la reducción de enfermedades, sobre todo en menores de edad, pero no mencionan una cantidad de agua mínima para este fin en concreto. Gleik, por su parte, no obstante que reconoce la efectividad de los métodos de eliminación de residuos sanitarios humanos que utilizan poca, o no requieren de agua, considera 20 litros al día por persona como la cantidad recomendable para allegarse de los máximos beneficios y evitar enfermedades relacionadas con la falta de servicios adecuados de saneamiento.

Para determinar la cantidad de agua necesaria para la preparación de alimentos se encuentran también diversos obstáculos, ya que la mínima cantidad de agua requerida depende de circunstancias variables como la dieta, el alimento preparado, etcétera. Mientras Gleik establece un promedio de 10 litros de agua por persona al día como cantidad mínima para satisfacer las necesidades humanas básicas, Howard y Bartram señalan como aceptable una cantidad aproximada de dos litros.

Gleik establece un abastecimiento de 50 litros de agua por persona al día como requerimiento mínimo para cubrir las necesidades humanas

básicas, promedio dentro del que hay que tomar en cuenta la variabilidad del agua requerida para el funcionamiento de los distintos servicios de saneamiento. Howard y Bartram elaboran una clasificación de los niveles de los servicios de agua y determinan que un servicio intermedio equivale a contar con 50 litros de agua por persona al día disponibles en casa,<sup>9</sup> cantidad considerada como suficiente para cubrir la mayoría de las necesidades de consumo, saneamiento e higiene personal, existiendo aún con esta cantidad un riesgo bajo de contraer enfermedades.

Estos estudios han sido utilizados por la Organización Mundial de la Salud para el efecto de determinar la cantidad mínima de agua requerida por persona al día, y aunque existen otros documentos en los que la cantidad varía, ha sido generalmente aceptada a nivel internacional la cifra de 50 litros de agua por persona al día para cubrir las necesidades básicas de los seres humanos; es necesario precisar que de estos 50 litros de agua, la cantidad designada para beber y para preparar alimentos debe ser potable, y el resto, al menos debe ser de agua limpia, pues muchas veces sucede que aunque la cantidad de agua disponible es mayor al mínimo requerido, si ésta no es de buena calidad, se aumenta el riesgo de contraer distintos tipos de enfermedades.

### **III. Normatividad internacional en materia de derecho al agua**

#### *A. Documentos de carácter vinculatorio*

En el ámbito internacional de protección a los derechos humanos no existe ningún instrumento de carácter obligatorio para los Estados que reconozcan de manera general el derecho de acceso al agua potable. Muchos consideran que este derecho no fue incluido de manera expresa dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por creerse que el agua, al igual que el aire, constituía un bien tan elemental para la vida humana que era absurdo pensar que no se tuviera el derecho de acceder a ese recurso, sin embargo, afirman que se encuentra implícito dentro del texto declaratorio, en virtud de que el artículo 3o., que declara el derecho a la vida, y el 25, que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida

---

<sup>9</sup> Por *disponibles en casa* se refieren a que el servicio de agua llegue al hogar, sin que las personas tengan que hacer recorridos de recolección del recurso.

adecuado que le asegure a sí mismo y a su familia la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios,<sup>10</sup> confieren el reconocimiento implícito del derecho humano al agua, pues sin él no podría concebirse la realización de dichos derechos, sin embargo, también se afirma lo siguiente:

Se piensa que el lenguaje de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha formado el cimiento para declaraciones posteriores, no estuvo destinado a incluir todo, sino más bien a reflejar componentes de un nivel de vida adecuado. La exclusión del agua como derecho explícito se debió más que nada a su naturaleza; al igual que el aire, fue considerada tan fundamental que su inclusión explícita se creyó innecesaria.<sup>11</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966, tampoco cuenta con ninguna referencia específica sobre el derecho al agua;<sup>12</sup> aunque de sus disposiciones relativas al derecho a la salud y a un nivel de vida adecuado, respectivamente, es que casi 30 años después de su adopción inicia el intento por reconocer y reivindicar este derecho.

En 1977 se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata, Argentina; en esa reunión internacional se trató por primera vez el tema de los recursos hídricos en el mundo con el objetivo de realizar evaluaciones de carácter sistemático sobre los mismos, darles un uso eficaz y asegurar los niveles más elevados posibles de bienestar para las personas en ese ámbito. Se trataron de manera prioritaria temas relativos a las graves consecuencias que representa para la salud de los seres humanos la falta de acceso a agua limpia para el consumo y el saneamiento, así como la urgente necesidad de cubrir las necesidades básicas de las personas más pobres en materia de agua. A pesar de ser la primera reunión internacional sobre el agua, en la Conferencia se estableció —aunque sin carácter vinculatorio— lo siguiente:

---

<sup>10</sup> Cf. Organización de las Naciones Unidas; Declaración de los Derechos Humanos, aprobada mediante la Resolución 217 A (iii), de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1948.

<sup>11</sup> Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, “El derecho al agua” (<http://www.un.org/spanish/events/water/Derechoalagua.htm>), 7 de febrero de 2006.

<sup>12</sup> Cf. Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante la Resolución 2200 A (XXI), de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1966.

Todos los pueblos, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho de disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas. Es de reconocimiento universal que la disponibilidad de dicho elemento por parte del hombre es imprescindible para la vida y para su desarrollo integral como individuo o como integrante del cuerpo social.<sup>13</sup>

Sin embargo, en ninguna otra conferencia o reunión internacional relacionada con el tema se volvió a reconocer el derecho de pueblos o individuos a disponer de agua potable. Volviendo al área de la protección internacional de los derechos humanos, y a pesar de no haber en este ámbito ninguna disposición genérica que reconozca este derecho, encontramos algunas convenciones específicas que contemplan el derecho de algunos sectores en particular para acceder al recurso.

Los Convenios III y IV de Ginebra de 1949, relativos al trato debido de los prisioneros de guerra y a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, respectivamente,<sup>14</sup> contienen diversas disposiciones en las que se contempla el derecho de prisioneros, civiles y víctimas a ser tratados de manera digna y a que se les proporcione agua para consumo, para la higiene personal y el lavado de ropa, bajo las circunstancias y lugares en que se encuentren. También, los Protocolos adicionales I y II, a los Convenios de Ginebra, referidos a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de víctimas de conflictos armados de carácter no internacional, respectivamente,<sup>15</sup> establecen la prohibición de atacar, destruir, sustraer o inutilizar bienes indispensables

---

<sup>13</sup> Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Mar del Plata, Argentina, 14 al 25 de marzo de 1977, documento E/CONF.70/29, p. 67.

<sup>14</sup> Cf. Organización de las Naciones Unidas, Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobados por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales Destinados a Proteger a las Víctimas de la Guerra, 12 de agosto de 1949.

<sup>15</sup> Cf. Organización de las Naciones Unidas, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, y Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional, aprobados por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, 8 de junio de 1977.

para la supervivencia de las poblaciones civiles, como instalaciones de agua potable y obras de riego.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada en 1979, dispone, en su artículo 14, que los Estados partes han de tener en cuenta los problemas especiales que enfrenta la mujer rural y la importancia del papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluyendo el trabajo que realiza fuera de los sectores monetarios de la economía, y han de tomar todas las medidas apropiadas para aplicar las disposiciones de la Convención, en especial, las dirigidas a eliminar la discriminación contra la mujer de las zonas rurales y garantizar su participación dentro del desarrollo rural y sus beneficios, por lo que en particular deberán de asegurar: "h) el goce de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de vivienda, servicios sanitarios, electricidad y *el abastecimiento de agua*, el transporte y las comunicaciones".<sup>16</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989,<sup>17</sup> también contempla una disposición que se relaciona con la materia, en el inciso c), del segundo párrafo de su artículo 24, se establece que los Estados deben asegurar la plena aplicación del derecho al más alto nivel posible de salud y adoptar las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud, entre otras formas, mediante la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y *agua potable salubre*, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente. Se establece el derecho de los menores a acceder al agua potable y salubre.

El principal documento legal de carácter internacional relativo a la gestión de los recursos hídricos es la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacional para Fines Distintos de la Navegación;<sup>18</sup> su objetivo es asegurar el uso, aprovechamiento, conservación,

---

<sup>16</sup> Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada mediante la Resolución 34/180, de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1979.

<sup>17</sup> Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada mediante la Resolución 44/25, de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1989.

<sup>18</sup> Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, adoptada mediante la Resolución 51/229, de la Asamblea General, 8 de julio de 1997.

ordenación y protección de los cursos de agua internacionales y promover su utilización óptima y sostenible. A pesar de no tener como fin establecer derechos de los individuos con respecto al agua, en su artículo 10 se prevé que en caso de conflicto entre varios Estados sobre un curso de agua internacional, éste debe ser resuelto conforme a las disposiciones de dicha Convención, *teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales*, por lo que se infiere que en cualquier caso debe de privilegiarse el uso del agua cuyo destino esté encaminado a satisfacer las necesidades humanas básicas.

De lo anterior, observamos que aun cuando el derecho al agua no ha sido incluido en ningún documento que lo reconozca de manera general, algunos tratados internacionales de carácter vinculatorio determinan la obligación de los Estados de garantizar el derecho en tiempos de guerra, a niños y mujeres; además, la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacional para Fines Distintos de la Navegación otorga un parámetro importante sobre el que han de guiarse los Estados en cuanto a los usos del agua, privilegiando la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

### *B. La Observación General Número 15, "El derecho al agua"*

Como ya lo mencionamos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no reconoce específicamente el derecho al agua potable, sin embargo, a partir de sus artículos 11 y 12, relativos a los derechos a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, respectivamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>19</sup> infiere la existencia del derecho al agua y lo desarrolla dentro de su Observación General Número 15.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Órgano creado en 1985 por el Consejo Económico y Social de la ONU, encargado de la vigilancia y aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene la facultad de emitir Observaciones Generales respecto del contenido, interpretación y significado de los derechos contenidos en el Pacto, con el fin de que los Estados partes cumplan adecuadamente con los mismos.

<sup>20</sup> Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 15, "El derecho al agua", documento E/C.12/2002/11, aprobado en el 29º. Período de Sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 11 al 29 de noviembre de 2002.

#### Artículo 11

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un *nivel de vida adecuado* para sí y su familia, *incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*. [...]

#### Artículo 12

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al *disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.<sup>21</sup>

[...]

En efecto, no puede pensarse en los derechos a una vida digna y al disfrute del más alto nivel posible de salud si no se cuenta con acceso al agua potable que los garantice, pues no sería digna ni saludable una vida sin el acceso al bien primario para la supervivencia. En este sentido, el Comité ha establecido que “el agua es un recurso natural y un bien público fundamental para la *vida* y la *salud*, por ello, el derecho humano al agua es *indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos*”.<sup>22</sup>

En la observación se establece que el derecho humano al agua es “el derecho de todos a disponer de agua *suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*”,<sup>23</sup> aclarando en seguida que “un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la deshidratación, reducir el riesgo de contraer enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer necesidades de consumo, cocina,

---

<sup>21</sup> Medidas relacionadas con el acceso al agua potable debido a que las mismas no pueden ser satisfechas sin acceso al agua en cantidad y calidad adecuadas, además de que un alto grado de la mortalidad infantil mundial se vincula con las enfermedades relacionadas con el agua.

<sup>22</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, n. 20, párrafo 1.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párrafo 2.

higiene personal y doméstica”,<sup>24</sup> de lo que se desprende su estrecho vínculo con el derecho al más alto nivel posible de salud y a una vida digna. Se advierte que la concepción del derecho adoptada por el Comité es acorde con los estudios mencionados anteriormente, en los que se determinan los usos del agua destinados a cubrir necesidades humanas básicas.

En la Observación se establece que el agua debe de ser tratada como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico; en este sentido, el señor El Hadji Guissé, relator especial del derecho al agua, ha afirmado que el agua es también un bien ecológico relacionado con los derechos comunitarios, derechos de solidaridad y con los derechos individuales.<sup>25</sup> Dicho carácter es indiscutible en todos los recursos naturales, por lo que a las características de bien social, cultural y económico se le puede añadir la de bien ecológico.

Respecto del contenido normativo del derecho al agua se determina que los factores de disponibilidad,<sup>26</sup> calidad, accesibilidad física y económica al recurso, así como la no discriminación y el acceso a la información en la materia, deben ser aplicados siempre y en cualquier circunstancia. Además, se especifica que en tiempos de crisis o escasez de agua se debe garantizar el derecho a los miembros que sufren un mayor grado de marginación mediante la implementación de programas que establezcan costos relativamente bajos e inclusive su otorgamiento a título gratuito; se menciona especialmente que se ha de brindar atención a mujeres, menores de edad, personas que viven en zonas rurales y asentamientos urbanos irregulares, indígenas, comunidades nómadas y errantes, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos, repatriados, presos y detenidos, discapacitados y víctimas de desastres naturales para que gocen de un adecuado acceso al agua potable, por ser grupos que generalmente han padecido dificultades para allegarse del recurso.

La Observación General Número 15 comprende obligaciones de carácter general y específico para los Estados en materia del derecho al agua. Las obligaciones generales implican las medidas genéricas de garantizar que el derecho sea ejercido de manera inmediata y sin discrimi-

---

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

<sup>25</sup> Organización de las Naciones Unidas, Informe preliminar presentado por el señor El Hadji Guissé, “Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, documento E/CN.4/Sub.2/2002/10, 25 de junio de 2002.

<sup>26</sup> La disponibilidad se refiere a que el acceso al agua debe de ser de manera continua y suficiente para su utilización personal y doméstica.

nación, avanzar con la mayor rapidez y efectividad posible hacia la plena realización del mismo y la prohibición de imponer medidas regresivas en el cumplimiento del derecho. Las obligaciones específicas se refieren a los deberes de *respetar*, *proteger* y *cumplir* con el derecho. El *respetar* implica que el Estado se abstenga de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho. Por *proteger* se entiende que los gobiernos deben impedir que terceras personas menoscaben el disfrute del derecho al agua de las personas, y el *cumplir* se subdivide en los deberes de facilitar, promover y garantizar, es decir, adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los individuos a ejercer el derecho, difundir información respecto de los usos adecuados y la protección del agua, así como a hacer efectivo el derecho en caso de que las personas no puedan ejercerlo por sí mismas, respectivamente.

También se contemplan obligaciones de carácter internacional que se derivan de la aplicación del Pacto en cuanto al reconocimiento de la importancia de la cooperación y asistencia entre los diversos Estados, así como la adopción de disposiciones conjuntas para la realización del derecho al agua y el respeto al disfrute del mismo en otros países, debiendo abstenerse de implementar cualquier tipo de medida que lo obstaculice, como la aplicación de embargos o la utilización del agua como instrumento de presión política o económica. De la misma manera, se especifica que los acuerdos de liberalización comercial no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un Estado para garantizar el pleno ejercicio del derecho al agua, debiendo las instituciones financieras internacionales tomar en cuenta a este derecho dentro de sus políticas de préstamo y acuerdos de crédito.

De las más importantes consideraciones que se desprenden del texto de la Observación, se encuentran las relativas a los casos de violación al derecho humano al agua, dentro de las cuales se contempla que los Estados deben contar con recursos judiciales efectivos o de otro tipo, que aparte de conocer sobre los posibles casos de violación, puedan imponer las reparaciones adecuadas que se traduzcan en medidas de restitución, indemnización o garantía de que los hechos que dieron causa a la violación no se repetirán, y que los órganos no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos cuenten con facultades para conocer de estas violaciones. Para los casos de corte del servicio de agua potable con motivo de adeudo en el pago del mismo, el Comité es enfático en mencionar que en la aplicación de dichas sanciones debe tomarse en cuenta la capacidad de pago de la persona en particular, y que por ningún motivo se deberá privar a los individuos del mínimo indispensable de agua.

#### **IV. El acceso al agua potable y su relación con otros derechos humanos**

El acceso al agua se vincula de manera directa con el goce y disfrute de otros derechos humanos, por eso es que este derecho o este acceso ha sido considerado como un prerequisite para la completa efectividad de los mismos, y es que el carácter fundamental del agua en el desarrollo de la vida humana lo hace indispensable en gran parte de las actividades cotidianas del hombre, y por tanto se implica en múltiples y diversas áreas de la vida.

El *derecho a la vida*, derecho supremo por excelencia, no podría ser pensado sin acceso al agua, elemento básico para el sostenimiento de la vida, ya que el ser humano necesita consumir una determinada cantidad de agua al día para recuperar la pérdida de fluidos corporales y evitar la deshidratación; el acceso al agua es un corolario del derecho a la vida, y en opinión del relator del derecho al agua es *sustrato* del mismo.<sup>27</sup>

Su acceso se relaciona estrechamente con el *derecho a la salud* porque sin el acceso al agua en cantidad y calidad suficientes es imposible gozar de una buena salud, menos aún del más alto nivel posible de salud. La Observación General Número 14, relativa al derecho a la salud, establece que éste es un derecho inclusivo que abarca los principales factores determinantes de la salud como el acceso a agua limpia y potable y a condiciones sanitarias adecuadas, entre otros.<sup>28</sup>

La Organización Mundial de la Salud, aparte de elaborar los parámetros referentes a la cantidad mínima y calidad del agua para consumo humano, en el documento "El derecho al agua",<sup>29</sup> ha determinado que este derecho significa una diferencia para la vida de todas las personas y ha afirmado también que, el agua, más que una comodidad o un servicio proveído sobre una base caritativa, entraña una titularidad legal.

Los estudios de esta organización indican que en los países en desarrollo el 80 % de las enfermedades y más de un tercio de la mortandad se deben al consumo de agua contaminada, además de que 60 % de la mortalidad infantil en el mundo se vincula a las enfermedades infecciosas

---

<sup>27</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, n. 25.

<sup>28</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", 22o. Periodo de Sesiones, 11 de agosto de 2000, documento E/C.12/2000/4.

<sup>29</sup> Organización Mundial de la Salud; "El derecho al agua", 2003 ([http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/rtwrev.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/rtwrev.pdf)), 14 de diciembre de 2005.

y parasitarias relacionadas con el agua como el cólera, la malaria, la disentería, la diarrea, el dengue y la hepatitis infecciosa, entre otras.<sup>30</sup> Se encuentra una estrecha relación entre el agua, la higiene, el saneamiento y las enfermedades relacionadas con el agua, por lo que no solamente el acceso al agua en estado limpio y puro para el consumo es suficiente para evitarlas; debe también poderse acceder a instalaciones de saneamiento adecuadas y contar con agua suficiente para la higiene personal para evitar padecimientos como el tracoma, la conjuntivitis y otras infecciones de los ojos y la piel.

Cuando las personas, sobre todo en las áreas rurales, no cuentan con fuentes de abastecimiento de agua cercanas a sus hogares, se ven en la necesidad de recolectarla y a veces tienen que caminar durante horas hasta la fuente más cercana. Son, por lo general, mujeres y niños quienes realizan esta actividad, lo cual puede afectar seriamente su salud. La OMS ha establecido que la distancia entre la fuente de suministro de agua y el hogar es el factor más significativo en cuanto al surgimiento del tracoma.<sup>31</sup> La actividad de recolección puede aumentar considerablemente la aparición de daños en la espina dorsal, en la cadera y padecimientos artríticos; además de que las mujeres que recorren largas distancias con el fin de abastecerse a sí mismas y a sus familias del recurso, pueden desarrollar fácilmente estados de desnutrición si están embarazadas y reducción en la producción de leche materna.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el *derecho a la alimentación*, a su vez, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo reconoce como el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre. Los derechos al agua y a la alimentación se implican entre ellos, no pueden disociarse, ya que la alimentación propiamente dicha no se refiere solamente a alimentos sólidos, abarca los aspectos nutricionales del agua potable, por lo que se requiere acceder al consumo de agua como complemento del derecho a la alimentación, los seres humanos podemos sobrevivir varios días sin alimento, pero no podemos resistir mucho tiempo sin agua.

Jacques Douf, director general de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), ha considerado que si todos los países consideraran prioritaria desde los puntos de vista polí-

---

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> Guy Howard y Jamie Bartram, *op. cit.*, p. 15.

tico y financiero la administración eficaz de los recursos hídricos, no habrían crisis alimentarias como la que existe actualmente en África, pues el mejoramiento de el desarrollo y la gestión de los recursos hídricos puede ayudar a la producción de alimentos, a aliviar la pobreza y a respaldar el crecimiento económico.<sup>32</sup> Dicha afirmación se sustenta en que más de un tercio de la producción mundial de alimentos se basa en los sistemas de riego, además de que 70 % del agua dulce utilizada a nivel mundial es destinada a fines agrícolas para la producción de los mismos; el desarrollo agrícola requiere de enormes volúmenes de agua para el cumplimiento de sus fines, baste decir que para producir un kilogramo de trigo se necesitan mil litros de agua, por lo que sin agua suficiente la seguridad alimentaria puede ponerse gravemente en riesgo.

La relación del agua con el *derecho a la educación* se da en dos ámbitos distintos. El primero tiene que ver con el derecho de los infantes a la educación, ya que muchos de los menores de edad que habitan en zonas rurales o pertenecen a grupos marginados o en situación de pobreza extrema, al igual que las mujeres, tienen a su cargo la responsabilidad de recolectar el agua para uso familiar. Cuando las fuentes de agua no son próximas a los hogares y tienen que caminar largas distancias para la recolección, los niños encargados de esta tarea dejan de acudir a la escuela y su formación educativa se ve truncada por no contar con un acceso adecuado al agua.

El segundo ámbito se refiere a la información relativa al cuidado del agua, la importancia de la higiene personal para evitar el desarrollo de enfermedades, la difusión de cuidados sanitarios y medio ambientales para proteger la salud y los ecosistemas.

El *derecho a la vivienda*, como el derecho a un nivel de vida adecuado, se encuentra comprendido dentro del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el acceso al agua es una condición para el disfrute del derecho a la vivienda, pues como lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General Número 7, relativa al derecho a la vivienda, una vivienda adecuada debe contar con diversos servicios considerados indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición; por tanto, todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deben

---

<sup>32</sup> Cf. Diario de la Seguridad Alimentaria, "La FAO pide a la comunidad científica salvaguardar el agua como fuente de seguridad alimentaria" ([http://www.consumaseguridad.com/web/es/sociedad\\_y\\_consumo/2003/06/06/6778.php](http://www.consumaseguridad.com/web/es/sociedad_y_consumo/2003/06/06/6778.php)), 25 de enero de 2006.

tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, al *agua potable*, a la energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a *instalaciones sanitarias y de aseo*, de almacenamiento de alimentos, de *eliminación de deshechos, de drenaje* y a servicios de emergencia.<sup>33</sup>

Además, el costo de dichos servicios debe ser de un precio que no impida ni comprometa el logro ni la satisfacción de otras necesidades básicas. Las viviendas deben de contar con los requerimientos básicos de higiene y ubicarse en lugares que permitan el acceso a servicios de empleo, de atención de la salud y otros servicios sociales. Sin embargo, dichos parámetros siguen siendo un ideal a alcanzar en los países en desarrollo, pues las personas que habitan en comunidades rurales, en asentamientos humanos espontáneos y en los cinturones de pobreza de las grandes ciudades, apenas cuentan con medianas estructuras que los protegen de las inclemencias del clima y del ambiente; miles de ellos no tienen acceso a estos servicios básicos.

El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referido esencialmente al derecho a la alimentación y al nivel de vida adecuado, se encuentra estrechamente vinculado con el *derecho al desarrollo*, para ello, nos referiremos al concepto de derecho al desarrollo contenido en el artículo 1.1 de la Declaración del Derecho al Desarrollo, que lo define como: “El derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”.<sup>34</sup>

En este sentido, el hecho de participar del desarrollo económico, social y cultural aporta elementos indispensables para gozar de un *nivel de vida adecuado*, aparte de que como lo establece el artículo 8o. de la misma Declaración, dentro de las medidas que deben adoptarse por parte de los Estados para la realización del derecho al desarrollo, están el garantizar la igualdad para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos y aplicar las medidas económicas y sociales conducentes con objeto de erradicar las injusticias sociales, entre otras obligaciones.

---

<sup>33</sup> Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General Número 7, “El derecho a una vivienda adecuada”, 6o. Periodo de Sesiones, 13 de diciembre de 1991, documento E/1991/23.

<sup>34</sup> Organización de las Naciones Unidas, Declaración del Derecho al Desarrollo, 4 de diciembre de 1986.

Un nivel de vida adecuado se refiere en términos generales a la posibilidad de tener una vida digna. Para Enrique Pérez Luño, la apelación a la dignidad y al pleno desarrollo de la personalidad humana es lo que ha propiciado una progresiva ampliación y adaptación del estatuto de los derechos fundamentales del hombre a las circunstancias del contexto histórico-social, a través de una interpretación evolutiva de las constituciones, por lo que desde esta perspectiva encuentra justificación plena el reconocimiento del derecho humano al agua.

En cuanto a su relación con el derecho a un *medio ambiente adecuado*, el Segundo Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo establece que 90 % de los desastres naturales son fenómenos relacionados con la explotación inadecuada del subsuelo, la disminución de las aguas y la deforestación.<sup>35</sup> La importancia del agua para el medio ambiente es fundamental, el hombre y todas sus actividades dependen del agua dulce. Actualmente, se hace patente cierta confrontación entre la utilización de los recursos hídricos por parte de los seres humanos y la conservación del recurso; el ciclo hidrológico del agua es la base del funcionamiento de todos los ecosistemas, pero las actividades humanas, al utilizar más de un tercio del agua del ciclo hidrológico, lo han alterado gravemente, causando una considerable reducción en los volúmenes de ríos y lagos. Para gozar del derecho a un medio ambiente adecuado y ecológicamente equilibrado es preciso atender dos cuestiones: que el medio ambiente esté libre de sustancias contaminantes, y que no sea explotado de manera irracional, lo que permite un desarrollo sostenible de los ecosistemas y sus recursos.

La Declaración emitida con motivo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en 1992, en Río de Janeiro, Brasil, establece, en su principio 4o., que con el fin de alcanzar el desarrollo sostenible la protección del medio ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo, y no puede ser considerada en forma aislada,<sup>36</sup> pues la contaminación afecta la calidad del entorno natural y puede poner en riesgo la sostenibilidad de los recursos para las generaciones futuras.

---

<sup>35</sup> Organización de las Naciones Unidas, Segundo informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo: "El agua, una responsabilidad compartida", marzo de 2006.

<sup>36</sup> Cf. Organización de las Naciones Unidas, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, junio de 1992.

El Programa 21, plan de acción que articula de manera global múltiples cuestiones relacionadas con el desarrollo sostenible, dentro de su sección II, relativa a la conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, dedica el capítulo 18 a la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce, y aplica criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los mismos.<sup>37</sup>

Dentro de dicho capítulo se establece como objetivo general el velar por mantener un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta y al mismo tiempo preservar las funciones de carácter hidrológico, biológico y químico de los ecosistemas, para lo cual se plantea adaptar las actividades humanas a los límites de capacidad de la naturaleza y combatir los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua. El artículo 18.3 establece la necesidad de que se reconozca el carácter multisectorial del aprovechamiento de los recursos hídricos dentro del contexto del desarrollo socioeconómico y su utilización para fines múltiples. El artículo 18.8 es relevante en cuanto a que determina que la ordenación integrada de los recursos hídricos se basa en la percepción del agua como elemento integrante del ecosistema, *recurso natural, bien social, y a su vez, bien económico*; además de establecer que en su aprovechamiento deben priorizarse la satisfacción de las necesidades básicas y la protección de los ecosistemas.

Este artículo es acorde con la Observación General Número 15, respecto de que este recurso no debe ser considerado como un bien preponderantemente económico, y aunque no hace alusión a su carácter de bien cultural, sí establece su importancia como un bien social; aparte de que de su redacción final parece desprenderse la aceptación de la gratuidad del recurso cuando su uso se refiera a la satisfacción de necesidades básicas y protección de los ecosistemas.

El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado se encuentra estrechamente relacionado con el derecho al acceso a los servicios de saneamiento, ya que mientras no existan suficientes redes de este servicio en las áreas rurales, los ríos y mares se verán contaminados a consecuencia de el vertimiento de desechos en sus cuerpos y fuentes de agua.

De lo anterior, observamos cómo sin acceso al agua es imposible el cumplimiento de otros derechos humanos, dada su íntima relación con todas las actividades del hombre; es por ello que el acceso a los recursos

---

<sup>37</sup> Cf. Organización de las Naciones Unidas, Programa 21.

hídricos ha sido considerado como un prerequisite indispensable para el goce y ejercicio de otros derechos humanos y como condición *sine qua non* para el disfrute de una vida digna.

## **V. Hacia el reconocimiento del derecho humano al agua**

A pesar de la importante relación que posee el acceso al agua potable con el ejercicio de otros derechos humanos y de las disposiciones incluidas en diversos tratados internacionales con carácter vinculatorio, el acceso a este recurso es todavía una meta sin alcanzar, ya que uno de cada cinco habitantes del planeta no tiene acceso al agua.

Los motivos por los que este acceso no ha sido alcanzado obedecen a diversas causas, como la carencia de recursos económicos por parte de los gobiernos y la determinación de otras prioridades en los presupuestos estatales, la ausencia en el desarrollo de las políticas públicas requeridas para el efecto, la falta de compromiso y voluntad política para cubrir el abasto del recurso, así como para reconocer el derecho, el desconocimiento en la materia y en las vías de implementación y cumplimentación del derecho, entre otras.

Aún cuando se presume que el derecho humano al agua se encuentra implícito dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos y se infiera su existencia a partir de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la ausencia de una referencia explícita y general de este derecho dentro de un documento de dicha talla ha representado un serio obstáculo en el cumplimiento del mismo, ya que la aceptación o reconocimiento respecto de su existencia real obedece entonces a cuestiones de interpretación, lo que otorga justificaciones para evitar su reconocimiento. Por otra parte, es indispensable cumplir los requisitos legales en el reconocimiento formal y positivo de los derechos, esto es lo que en mayor medida posibilita el ejercicio real de los mismos, su cumplimiento y exigibilidad.

Su inclusión en los Convenios y Protocolos de Ginebra, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño, aun a pesar de la fuerza vinculatoria que estos tratados internacionales poseen, parece no haber tenido la fuerza suficiente para que sus disposiciones fueran acatadas, quizás porque su mención se pierde entre las diversas disposiciones convencionales; en último caso, no podría hablarse de un derecho de

acceso al agua potable solamente en tiempos de guerra o respecto de niños y mujeres.

Si bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha encargado de definir el derecho al agua y de elaborar su desarrollo normativo acorde con su facultad de vigilar y promover la aplicación del Pacto, mediante la Observación General Número 15, esto no ha sido suficiente para la incorporación y reconocimiento del mismo en las constituciones y demás legislaciones nacionales. No obstante, la autoridad moral de este órgano de Naciones Unidas, la Observación respectiva no posee carácter vinculante y fue emitida más de 30 años después de la adopción del Pacto por parte de los Estados, cuestión que también obstaculiza su reconocimiento.

A lo anterior se suma la difícil situación de los derechos económicos, sociales y culturales y el generalizado incumplimiento de muchos Estados respecto de las obligaciones contraídas en materia de estos derechos, derivado ya sea de la falta de recursos económicos para su implementación o de la complejidad de su judicialización y por lo tanto de su exigibilidad y cumplimiento. Por otra parte, también resulta importante recordar que el simple reconocimiento de un derecho no implica suficiente garantía para que sea cumplimentado, se requiere además articular medidas en materia de políticas públicas y desarrollarlo normativamente de manera detallada y eficaz para no caer en vacíos jurídicos y proclamaciones que sean letra muerta; pero sólo a través de su reconocimiento legal el derecho al agua podrá constituirse como un instrumento lo suficientemente sólido con el cual los individuos puedan exigir a los gobiernos el cumplimiento del derecho, que el acceso al agua será realmente protegido y su incumplimiento implique necesariamente una acción por parte del Estado dirigida a lograr su garantía, cumplimiento, restitución, o al menos a sancionar la conducta que originó su violación.

Satisfacer las necesidades humanas básicas de acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento se traduce en aspectos fundamentales para la vida de las personas y en factores indispensables en el ámbito del desarrollo social, ya que implican notables mejorías en las condiciones de vida de las personas, que se advierten en los ámbitos económico, social y cultural, al ser elementos determinantes en la lucha contra la pobreza.

Con el reconocimiento del derecho al agua no sólo se satisfacen necesidades humanas básicas, sino que se da un paso en favor de los seres humanos reconociéndose una vez más su dignidad intrínseca, se protege a los recursos hídricos de la sobreexplotación y contaminación y se asume

un compromiso más en el ámbito de los derechos humanos, al cooperarse a su realización y cumplimiento. Sin embargo, para lograr su debido reconocimiento, como la experiencia nos lo ha mostrado, no es suficiente conscientizarnos respecto de los efectos nocivos de su incumplimiento, hace falta un mayor grado de voluntad política por parte de los Estados —no obstante que algunos países ya lo hayan reconocido—, y para que este compromiso llegue a materializarse sería fundamental la creación de un documento internacional de carácter obligatorio en el que explícitamente se declare formalmente su existencia; un estatuto que no solamente reconozca este derecho, sino que defina la importancia del acceso al derecho, del cuidado que debe existir respecto de los recursos hídricos y sus distintos usos, así como de las pautas básicas sobre la gestión del agua con el fin de poder abastecer a todas las personas del bien fundamental para la sobrevivencia, para que no se menoscaben otros derechos humanos, contribuir internacionalmente en la erradicación de la pobreza y lograr un desarrollo sostenible de los recursos hídricos en beneficio de generaciones presentes y futuras.

## **VI. Bibliografía**

- GLEICK, Peter H., “Basic Water Requirements for Human Activities: Meeting Basic Needs”, en *Water International*, núm. 21. Oakland, California, Pacific Institute for Studies in Development, Environment and Security, 1996.
- HOWARD, Guy y Jamie Bartram, “Domestic Water Quantity, Service Level and Health”, en WHO/SDE/WSH/03.02, documento de la Organización Mundial de la Salud, 2003.
- LUCAS, Javier de y María José Añón, “Necesidades, razones, derechos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7. Alicante, 1990, pp. 61-62.



## **El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español**

**F. Javier Díaz Revorio\***

SUMARIO: Introducción. Significado y fundamento constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. I. Titularidad del derecho. II. Ámbito protegido. III. Las excepciones al ámbito constitucionalmente protegido: supuestos y requisitos para la interceptación legítima de las comunicaciones. 1. La previsión legal y sus requisitos. La interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2. El fin legítimo. 3. La necesidad en una sociedad democrática. 4. La resolución judicial. Requisitos. Excepciones a la autorización judicial *previa*. IV. Efectos de la interceptación ilícita. V. Las garantías del derecho al secreto de las comunicaciones. VI. Jurisprudencia. VII. Bibliografía básica.

### **Introducción. Significado y fundamento constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones**

**E**l secreto de las comunicaciones, con esta denominación, o con otras como “inviolabilidad de la correspondencia”, constituye una de las dimensiones o garantías “clásicas” de los derechos fundamentales que protegen la vida privada de la persona, aunque es ya, en definitiva, un derecho fundamental autónomo. Su estudio presenta un notable interés, ya que desde esa concepción “clásica” ha tenido que evolucionar notablemente y de forma acelerada, en cierto modo en paralelo al impresionante desarrollo que han adquirido los propios medios técnicos para la

---

\* Profesor titular de Derecho constitucional. Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España).

comunicación entre las personas, merced a las llamadas genéricamente “nuevas tecnologías”. Del mismo modo, podría hablarse de un “desarrollo jurídico” del derecho, tendente a fortalecer la garantía que el mismo incluye, incrementando y detallando los requisitos necesarios para que una intervención de las comunicaciones sea legítima, y adaptando estos requisitos, que en principio estuvieron pensados para la interceptación de la correspondencia postal, a los medios telefónicos, fijos o móviles, al correo electrónico y a las restantes formas de comunicación hoy existentes.

En este desarrollo, el papel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, ha sido enormemente relevante, y ha influido de forma notoria en las jurisprudencias y legislaciones nacionales. En el concreto caso español, la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la insuficiente adaptación de ésta a los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TEDH, ha implicado varias condenas al Estado español por parte del Tribunal de Estrasburgo, así como la necesidad de que fueran el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a través de una jurisprudencia exigente que ha incorporado sin reparos los requisitos establecidos en la “jurisprudencia europea”,<sup>1</sup> quienes han tenido que solventar por el momento la situación creada por la falta de garantías legales. Al análisis de ambas jurisprudencias, tratando de sistematizar a través de ellas los elementos fundamentales del derecho al secreto de las comunicaciones, dedicaré este trabajo.

El punto de partida ineludible es el reconocimiento de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. De esta forma, existe una garantía que protege las comunicaciones entre las personas, de manera que cualquier supuesto admisible de interceptación de las comunicaciones se presenta como excepcional, y rodeado de límites, requisitos y garantías, dado que esa práctica afecta a un derecho fundamental, y sólo el cumplimiento de esos requisitos y garantías permitirá que esa “afectación” no se convierta en “vulneración”.

Como derecho fundamental, el secreto de las comunicaciones encuentra reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (art. 12) y en algunos tratados internacionales ratificados por España (que poseen efectos interpretativos sobre nuestros derechos constitucionales, según el artículo 10.2 de nuestra Norma fun-

---

<sup>1</sup> Sé que el término “jurisprudencia europea” es discutible y ambiguo. A efectos de este artículo, y por razones de economía del lenguaje, lo usaré para referirme a la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

damental), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 (art. 17), o el Convenio de Roma del 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 8), si bien estos textos prefieren referirse al respeto a la “correspondencia” (término que en sentido amplio debe entenderse equiparable). Por su parte, el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (luego incorporado a la Constitución europea como art. II-67) afirma, en términos similares, que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y del secreto de sus comunicaciones”.

En la misma línea, la Constitución española señala en su artículo 18.3: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

El correcto entendimiento del significado de este derecho requiere relacionarlo con los restantes derechos del artículo 18, todos los cuales parecen tener un fundamento común, como es la protección de la “vida privada” o “privacidad” de la persona en su ámbito estrictamente personal o en su esfera más próxima. En esta línea, es particularmente evidente la vinculación entre el secreto de las comunicaciones y la intimidad personal y familiar, reconocida en el artículo 18.1, pues en definitiva el secreto de las comunicaciones pretende proteger la comunicación entre personas en la distancia, aproximándola a lo que sería una comunicación directa, y garantizando en todo caso una comunicación privada. En esta línea, en la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 123/2002, del 20 de mayo, f. j. 5, se afirma que “el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación”. Con todo, esta relación entre ambos derechos no impide una necesaria delimitación entre el contenido y sentido constitucional de los mismos, que viene dada sobre todo por la configuración del secreto de las comunicaciones como garantía formal (independiente del contenido), y por la reserva absoluta de resolución judicial para levantar esta garantía, como características específicas de este derecho que no se precican en cambio de la intimidad (véase la mencionada STC 123/2002).

El Tribunal Constitucional español (TC), interpretando este derecho, ha apuntado a la “libertad de las comunicaciones” como presupuesto o contenido implícito del mismo:

Rectamente entendido, el derecho fundamental [al secreto de las comunicaciones] consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del “secreto”— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión físicas del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) (STC 114/1984, del 29 de noviembre, f. j. 7, muy reiterada posteriormente).

## **I. Titularidad del derecho**

Cualquier análisis de un derecho fundamental debe tener en cuenta el problema de su titularidad, es decir, de quién o quiénes se predica constitucionalmente el derecho, a quienes se les reconoce. En el caso del secreto de las comunicaciones, tratándose de un derecho de la esfera privada, vinculado directamente a la dignidad humana, la titularidad debe recaer en toda persona, con independencia de su nacionalidad, y por lo tanto no cabe establecer excepciones, privaciones o limitaciones específicas para el caso de los extranjeros.

Por otro lado, hay que plantear la cuestión de la titularidad de este derecho por parte de las personas jurídicas. Si bien su condición de derecho de la persona en el sentido visto podría generar dudas de esta titularidad, lo cierto es que, paralelamente a lo que ha sucedido con otros derechos de la esfera privada, como la inviolabilidad del domicilio, la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en señalar que las personas jurídicas son titulares también del derecho al secreto de las comunicaciones. Obviamente, este entendimiento, que es comúnmente aceptado, implica una cierta interpretación extensiva o en sentido figurado, pues obviamente la persona jurídica no puede mantener comunicaciones si no es a través de la mediación de personas físicas, que son quienes realmente ejecutarán los actos necesarios para llevar a cabo esa comunicación. En todo caso se reconoce el derecho a la persona jurídica que formal y jurídicamente esté llevando a cabo la comunicación, aunque hay que excluir que en una misma comunicación se dé una concurrencia de titula-

ridades. Así, por ejemplo, en una comunicación llevada a cabo a través de un teléfono de una persona jurídica y en nombre de ésta, se protege el derecho tanto de dicha persona jurídica como de la persona física que efectivamente se comunica.

Más dudoso es el problema de si la titularidad del derecho debe reconocerse también a las personas jurídico-públicas. Aunque no hay acuerdo sobre este particular, y hay que reconocer que en principio los derechos fundamentales tienen el sentido de proteger a las personas en sus relaciones con el Estado o con otras personas, creo que puede emplearse el mismo razonamiento utilizado con las personas jurídico-privadas para proteger a las personas de derecho público en las comunicaciones que puedan formalmente mantener, sin perjuicio de la garantía que también tienen las personas físicas que efectivamente ejecutan la comunicación.

## **II. Ámbito protegido**

La delimitación concreta del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones plantea no pocos aspectos dudosos, que sin embargo se han ido resolviendo en buena medida por la jurisprudencia. Estas cuestiones afectan particularmente a los medios, elementos y contenidos que efectivamente se protegen.

Hay que comenzar por señalar que el secreto de las comunicaciones constituye una garantía objetiva, que protege cualquier comunicación con independencia de su contenido, es decir, tanto si se trata de una comunicación referida a aspectos íntimos, como si tiene por objeto cualquier otra cuestión, aunque sea intrascendente. Según ha señalado el Tribunal Constitucional español, "el concepto de 'secreto' en el artículo 18.3 tiene un carácter 'formal', en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado". Hay, en los términos utilizados por el Tribunal, una "presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es 'secreto'" (STC 114/1984, del 29 de noviembre).

Pero lo protegido por el derecho no es sólo el contenido de la comunicación, sino también el soporte de la misma, y las circunstancias que la rodean. La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica utilizada (STC 70/2002, del 3 de abril). En particular, queda comprendida la protección de la propia identidad subjetiva de los interlocutores (Sentencia del TEDH del 2 de

agosto de 1984, caso *Malone contra el Reino Unido*, SSTC 114/1984, 123/2002, del 20 de mayo), si bien la injerencia consistente en la entrega de los listados de las llamadas de una persona por las compañías telefónicas es de “menor intensidad” que las escuchas telefónicas, lo que permite que la resolución judicial que la autorice sea excepcionalmente una providencia, integrada por la solicitud a la que se remite (STC 123/2002, del 20 de mayo). En suma, lo que interesa destacar es que el secreto de las comunicaciones protege, como se ha dicho, una idea más amplia como es la “libertad de las comunicaciones”, que engloba el hecho de la comunicación en sí y sus diversas circunstancias, así como el contenido de la misma.

En cuanto a los medios protegidos, ya hemos apuntado que algunos textos internacionales hablan de “correspondencia”, mientras que la Constitución española se refiere a “comunicaciones, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas”. En realidad, esta enumeración es, como fácilmente puede deducirse, meramente ejemplificativa, de modo que lo que realmente protege la Constitución (y en sentido similar debe entenderse el término utilizado por los convenios internacionales) son todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro. Así, podríamos mencionar el correo postal, el telégrafo, el teléfono fijo o móvil, el télex, el fax, el correo electrónico, la videoconferencia... En todo caso, es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que este derecho no proteja la conversación directa entre dos personas (si bien ésta, según el caso, podría estar protegida por el derecho a la intimidad). Por otro lado, el medio utilizado debe ser apto para permitir una comunicación secreta entre varias personas, y por ello están excluidos los medios de comunicación “de masas” como la radio y la televisión, y en cambio quedan incluidos medios que permiten una conversación entre más de dos personas, como la multiconferencia o la videoconferencia.

Con todo, han de tenerse en cuenta las peculiaridades de los diversos medios, que vienen a plantear algunos supuestos de comunicación algo más abierta, o que plantean dudas por diversos motivos. Así, por ejemplo, una tarjeta postal incorpora un texto no cerrado, y con el mismo nivel de accesibilidad que la dirección del destinatario (aunque no por ello deja de estar protegida por el secreto de las comunicaciones); el uso del telégrafo requiere que, además de los partícipes, al menos dos personas más (el funcionario o trabajador encargado de transmitirlo, y el encargado de

recibirlo) conozcan el contenido de la comunicación, aunque éstos están obligados por el secreto y deberán guardar la correspondiente reserva; de manera análoga, la empresa que proporciona el servicio de correo electrónico —que eventualmente puede ser una empresa que facilita este servicio a sus trabajadores— emplea un “servidor” propio por el que transitan todos los correos electrónicos de los clientes o trabajadores, aunque obviamente esta posibilidad de acceso no le legitima para conocer, divulgar o utilizar los contenidos de las comunicaciones. Algunos de los más modernos medios técnicos permiten una comunicación muy abierta y se sitúan casi en la frontera con los medios de masas, como sucede con una videoconferencia en la que el receptor esté constituido por un conjunto indeterminado o abierto de personas en la sala donde se proyecte la imagen y la voz. En fin, aunque el secreto de las comunicaciones no incluye el envío de mercancías, el paquete postal, bien sea enviado a través del servicio de correos o por mensajería privada, es también vía idónea para transmitir cualquier tipo de mensaje o comunicación, que sí deben quedar protegidos, sin que quepa diferenciar a priori el contenido; de ahí que la jurisprudencia más reciente tienda a incluirlos en el ámbito de la garantía constitucional (por ejemplo, SSTS del 26 de junio de 1993 y del 2 de junio de 1997).

En cuanto a los sujetos sometidos a la garantía del secreto de las comunicaciones, éstos serían todos los terceros ajenos a la comunicación, tanto si se trata del Estado o de agentes públicos, como de otros particulares. Sin embargo, el secreto no afecta a los propios partícipes de la comunicación, sin perjuicio de que en ciertos supuestos éstos podrían llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de su comunicante. El Tribunal Constitucional lo ha afirmado de forma clara:

No hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje [...] Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera “íntima” del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución (STC 114/1984, del 29 de noviembre, f. j. 7).

### **III. Las excepciones al ámbito constitucionalmente protegido: supuestos y requisitos para la interceptación legítima de las comunicaciones**

Como acabamos de analizar, el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental y una garantía constitucional, de modo que la interceptación de las comunicaciones resultaría en principio una vulneración de ese derecho. Sin embargo, tanto la Constitución española (que garantiza el secreto “salvo resolución judicial”), como el Convenio de Roma, reconocen la posibilidad de ciertas “injerencias legítimas” en el mismo el derecho, configurando así la interceptación de las comunicaciones como una eventualidad posible en ciertos supuestos. Con todo, es importante reiterar que la interceptación aparece como la excepción frente al derecho fundamental, que es la “regla”, y como tal excepción está sometida a límites y requisitos que en todo caso deben cumplirse, y debe ser interpretada y aplicada de forma restrictiva. Estos requisitos, que han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, giran en torno a varias exigencias fundamentales: la previsión legal, el fin legítimo, la necesidad en una sociedad democrática, y la resolución judicial, si bien de cada una de ellas derivan sus propios requisitos. Las tres primeras derivan fundamentalmente de la redacción del artículo 8 del Convenio europeo, que conviene en este momento transcribir en su integridad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

#### *1. La previsión legal y sus requisitos. La interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Si bien la Constitución española no señala expresamente que sólo una ley puede prever los supuestos de interceptación legítima de las comunicacio-

nes, partiendo de que esa intervención es posible por resolución judicial, cabe entender que esta resolución deberá encontrar fundamento legal; por lo demás, el artículo 53.1 señala con carácter general que “sólo por ley” puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades del capítulo segundo del título I, entre los que se encuentra el secreto de las comunicaciones. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que “toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas [...] precisa una habilitación legal” (entre otras, SSTC 49/1999, del 5 de abril, f. j. 4, y 184/2003, del 23 de octubre).

Pero en todo caso, el requisito de la previsión legal es mucho más expreso en el Convenio de Roma, y ha sido detallado en todas sus exigencias por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. De la misma puede deducirse que la previsión legal encierra en realidad tres requisitos, el primero de los cuales afectaría a la previsión en sentido propio, y los otros dos a lo que el Tribunal ha denominado la “calidad de la ley” (sentencia del 30 de julio de 1997, caso *Valenzuela Contreras contra España*):

- 1) La existencia de una base en el derecho interno.
- 2) La accesibilidad de la ley para la persona implicada.
- 3) La previsibilidad de la ley en cuanto al sentido y la naturaleza de las medidas aplicables (entre otras, sentencias del TEDH del 24 de abril de 1990, caso *Kruslin contra Francia*, y del 25 de marzo de 1998, *Kopp contra Suiza*).

De la última exigencia se deriva que la ley debe emplear “términos suficientemente claros” para indicar a todos en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas. Ello supone el empleo de reglas claras y detalladas, que incluyan las siguientes garantías mínimas (entre otros, casos *Malone*, *Kruslin*, *Kopp* y *Valenzuela Contreras*, citados, sentencia del 24 de abril de 1990, caso *Huvig contra Francia*):

- a) La definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial.
- b) La naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar.
- c) La fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida.
- d) Las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas.

- e) Las precauciones que se deben tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el juez y la defensa.
- f) Las circunstancias en las que se puede o debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas, sobre todo tras el sobreseimiento o la absolución.

Con todos estos parámetros, el Tribunal de Estrasburgo ha valorado la adecuación de las normas previsoras de la intervención de las comunicaciones que se han sometido a su consideración, y en concreto en dos casos se ha referido a las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Así, en el ya mencionado asunto *Valenzuela Contreras contra España*, el TEDH, valorando unos hechos producidos en 1985, se pronunció sobre el requisito de la previsión legal en relación con la situación legal entonces existente, conformada fundamentalmente, además del artículo 18.3 de la Constitución, por el artículo 579 de la mencionada ley procesal en su redacción anterior a la reforma de 1988,<sup>2</sup> señalando que el conjunto de ambos artículos no permitía cumplir las condiciones derivadas del Convenio en cuanto a la “previsibilidad” de la ley, al no preverse con detalle suficiente las garantías que precisan la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades. Sin embargo, posteriormente el TEDH ha vuelto a pronunciarse sobre hechos posteriores a la reforma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/1988,<sup>3</sup> y así en la sentencia del 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*, siguió

---

<sup>2</sup> En esa redacción, el artículo 579 señalaba: “Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por esos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

<sup>3</sup> Ésta es la redacción dada por dicha Ley Orgánica al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

1. Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
2. Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

considerando insuficientes las garantías de la legislación española, señalando que las reformas introducidas en 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del TEDH para evitar abusos, y que “lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del secretario judicial”. Con todo, el Tribunal comprueba que las insuficiencias existentes fueron paliadas en gran parte por la jurisprudencia posterior a aquellos hechos, en particular la del Tribunal Supremo (sentencia del 21 de febrero de 1991, y auto del 18 de junio de 1992).

Quedaría, por tanto, la duda de si con esa integración jurisprudencial se cumplen actualmente las garantías del Convenio. Pero en todo caso parece imprescindible proceder a una nueva reforma del mencionado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en sentencia 184/2003, del 23 de octubre (posterior al asunto *Prado Bugallo*, que expresamente se cita), ha afirmado la insuficiencia del artículo 579 de la LECrim, señalando que éste “adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 8.1 y 2 CEDH”, y destacando en particular

[...] la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se

- 
3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.
  4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el artículo 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE).

Con todo, éstas y otras deficiencias legales señaladas por la jurisprudencia (por ejemplo, la falta de previsión de garantía alguna hacia el destinatario de la conversación telefónica en el caso de intervención de teléfonos), que implica una vulneración del derecho por parte de la ley, no supone de forma ineludible que toda resolución judicial que acuerde la interceptación de las comunicaciones vulnere igualmente el derecho fundamental (lo que en la práctica supondría la imposibilidad de acordar ninguna interceptación hasta que no se reformase la ley), pues los jueces podrían acordar una medida de este tipo con el cumplimiento de una serie de requisitos que de alguna manera suplirían o complementarían, sólo en el caso concreto, las carencias de la ley. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que

[...] si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el artículo 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (STC 49/1999, del 5 de abril, f. j. 5, STC 184/2003, del 23 de octubre, f. j. 6).

Pero esto nos conduce ya a los restantes requisitos de la intervención legítima.

## 2. *El fin legítimo*

Desde el punto de vista constitucional bastaría en principio una finalidad no contradictoria con la Norma fundamental para adoptar una medida de interceptación de las comunicaciones, con el cumplimiento de los demás requisitos aplicables. Sin embargo, el mencionado artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala expresamente los objetivos o fines que puede perseguir la medida que constituya una injerencia en el derecho, para considerarse admisible. Estos fines son: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Entre estos fines, cobra especial relevancia el de la persecución de los delitos. Nuestra jurisprudencia se refiere reiteradamente a la idea de investigación de una infracción grave, y en la práctica la mayoría de las interceptaciones de las comunicaciones se producen en el ámbito de procesos penales, de manera que es la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que fundamentalmente cumple en nuestro sistema (si bien de forma deficiente como se ha visto) el requisito de la previsión legal. En tales casos, la finalidad de la interceptación, en términos genéricos, podrá ubicarse con frecuencia en algunos de los valores mencionados en el artículo 8.2 del Convenio de Roma, como la defensa del orden y la prevención del delito. Pero desde luego no se trata del único ámbito en el que resulta admisible la interceptación, sino que cabe añadir cualquier otro que esté previsto en la ley y pueda reconducirse a algún fin legítimo. Así, por ejemplo, nuestra legislación penitenciaria prevé también otros supuestos de restricciones, suspensiones o intervenciones en las comunicaciones de los reclusos (art. 51 LOGP y 41 y ss. del Reglamento Penitenciario), que podrían vincularse a las finalidades de seguridad pública, defensa del orden o protección de los derechos de los demás.

## 3. *La necesidad en una sociedad democrática*

Como se ha visto, el Convenio europeo, al referirse a las injerencias admisibles en el derecho, requiere que éstas sean medidas necesarias "en una sociedad democrática". Esta expresión implica varias consecuencias:

- 1) la idoneidad, en el sentido de adecuación de la medida al fin legítimo perseguido, esto es, que la medida efectivamente tiene al objetivo perseguido.
- 2) la “necesidad estricta” o necesidad en sentido propio, que impide entender cumplido el requisito si se comprueba la existencia de otro medio que, suponiendo una menor injerencia en el derecho, tiende a conseguir idéntica finalidad.
- 3) en esta misma línea (y de hecho tiende a confundirse con el requisito anterior), nuestra jurisprudencia tiende a utilizar más el criterio de la “proporcionalidad”, que podría entenderse simplemente como equilibrio entre medio y fin, sin que aquél resulte excesivo para la consecución del objetivo, esto es, que el sacrificio del derecho ha de ser proporcional al objetivo perseguido.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el requisito de la “necesidad en una sociedad democrática” es bastante amplia, pues son muy frecuentes los supuestos en los cuales, a pesar de entender que una concreta medida estaba prevista en la ley y perseguía un fin legítimo, no resultaba necesaria en una sociedad democrática. Sólo entre los casos más recientes pueden mencionarse en esta línea las sentencias del 19 de abril de 2001, caso *Peers contra Grecia*; 24 de julio de 2001, caso *Valainas contra Lituania*; 11 de diciembre de 2003, caso *Basan contra Italia*; 24 de febrero de 2005, caso *Jaskaukas contra Lituania*.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español —y en similares términos la del Tribunal Supremo— ha acogido los criterios derivados del Convenio europeo (que es de obligada utilización para interpretar los derechos constitucionales de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2) incorporando los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. De todas formas, como ya se ha apuntado, parece preferirse el término “proporcionalidad” al de “necesidad”, ya que aquél es un criterio general que el Tribunal Constitucional utiliza para la valoración de las medidas que puedan afectar a cualquiera de los derechos fundamentales, y que se interpreta como un equilibrio entre el sacrificio del derecho y el fin perseguido con la injerencia. Se entiende así que una medida está justificada sólo cuando supone un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario, y existe proporción entre la medida y el sacrificio.

En realidad, en ciertos casos parece deducirse que el requisito de proporcionalidad es un añadido al de necesidad, mientras que en otros supuestos se diría que la proporcionalidad sustituye en la interpretación

del Tribunal Constitucional (y acaso flexibiliza) el requisito de la necesidad, o bien tiende a englobar los requisitos de finalidad, idoneidad y necesidad; en esta línea, el TC ha afirmado que la observancia del principio de proporcionalidad supone que “la autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, del 5 de abril, FJ 8; 299/2000, del 11 de diciembre, FJ 2)” (STC 184/2003, del 23 de octubre, f. j. 9). En otros casos más bien parece que existe una proporcionalidad en sentido amplio, que incluye todos los requisitos mencionados, y una proporcionalidad en sentido estricto, que es en definitiva el equilibrio entre medio y fin, y que viene a distinguirse del requisito más estricto de la necesidad, como cuando ha afirmado que

[...] del principio de proporcionalidad, cuya vigencia hemos reafirmado en el ámbito de las intervenciones telefónicas (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3; 181/1995, fundamento jurídico 5; 49/1996, fundamento jurídico 3; 54/1996, fundamento jurídico 7 y 123/1997, fundamento jurídico 4.), se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio (STC 49/1999, del 5 de abril).

En fin, es a la proporcionalidad en sentido estricto a la que parece referirse el Tribunal Supremo cuando afirma que ésta “supone, en el tema que está en debate, que exista un correlato entre la medida, su duración, su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social” (Auto del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1992).

#### *4. La resolución judicial. Requisitos. Excepciones a la autorización judicial previa*

El artículo 18.3 de la Constitución española garantiza el secreto de las comunicaciones “salvo resolución judicial”, lo que viene a implicar la exigencia ineludible de intervención del juez para llevar a cabo una even-

tual interceptación de dichas comunicaciones. Ello es coherente con la idea, presente en el constitucionalismo contemporáneo, del Poder Judicial como garante de los derechos y como único legitimado para autorizar determinadas injerencias en los mismos. Y en definitiva, supone que será un juez quien, en cada caso concreto, deba analizar si se cumplen los requisitos hasta ahora apuntados (previsión legal, finalidad, necesidad), y cabe por tanto autorizar la interceptación.

Precisamente por ello, el requisito de la resolución judicial no puede entenderse cumplido con la mera contrastación del dato formal de la existencia de dicha resolución, sino que la misma debe cumplir determinados requisitos, que se derivan fundamentalmente de los requisitos ya conocidos para que la injerencia sea legítima, y que se han ido señalando por la jurisprudencia del TEDH, de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En síntesis, esos requisitos serían los siguientes:

1) Motivación de la resolución judicial. Es un requisito imprescindible teniendo en cuenta que es la vía para que puedan conocerse los requisitos y las circunstancias por las que resulta admisible la injerencia en el derecho fundamental. Por esa misma razón, el requisito de la motivación no puede entenderse cumplido por la mera existencia formal de una fundamentación en la resolución judicial, sino que es necesario que esa motivación incorpore determinadas exigencias y cumpla a su vez ciertos requisitos. En esta línea, la jurisprudencia ha señalado que:

- a) La motivación ha de ser expresa, si bien puede “integrarse” con la solicitud policial, cuando el conjunto resultante cumpla todos los requisitos de la motivación. En todo caso, el Tribunal Constitucional ha advertido frente a los formularios que no encierran verdadera motivación.
- b) La motivación debe expresar el criterio de proporcionalidad que justifica la intervención, esto es, el equilibrio entre la medida que se adopta y la finalidad perseguida.
- c) Debe precisarse el alcance de la medida, en qué va a consistir ésta, cómo se llevará a cabo y cuáles serán sus límites.
- d) En el caso de que la interceptación se acuerde en el curso de un proceso penal, la motivación debe exteriorizar los indicios existentes (y no meras sospechas), así como el delito o delitos que se persiguen y, en su caso, las personas sobre las que recaigan dichos indicios.

2) Establecimiento de un plazo. Este plazo empezará a contar desde la aprobación del auto judicial, no desde su ejecución y efectiva intervención (STC 205/2005, del 18 de julio).

3) La intervención debe referirse a personas concretas y determinadas, y respecto de delitos también concretos. No es admisible la disociación entre la autorización y la investigación posterior. Tampoco caben las autorizaciones genéricas, ni "es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización" (auto del TS de 18 del junio de 1992).

4) Una vez terminada la observación o intervención, debe comunicarse a los afectados.

Como se deduce de lo anterior, la resolución judicial que autoriza la interceptación se produce con carácter general de forma previa a que se produzca la efectiva interceptación, lo cual tiende a garantizar que no se produzcan extralimitaciones que impliquen lesión del derecho. Sin embargo, y de forma excepcional, se permite que la intervención judicial sea posterior en determinados supuestos. Son los siguientes:

1) La intervención o suspensión de las comunicaciones de los reclusos, prevista en los artículos ya mencionados de la legislación penitenciaria. Según esta legislación, esta interceptación puede acordarse de forma motivada por el Director del establecimiento, dando cuenta al juez de Vigilancia Penitenciaria. Sobre este particular, pueden verse las SSTC 128/1997, del 14 de julio, y 106/2001, del 23 de abril.

Con todo, ha de señalarse que existe a su vez una "excepción a la excepción", consistente en que las comunicaciones del recluso con el abogado (en las que además del secreto de las comunicaciones está en juego del derecho de defensa, tal y como ha reiterado la jurisprudencia) sí requieren una previa autorización judicial para ser intervenidas.

2) En el caso de suspensión de los derechos como consecuencia de la declaración de los estados de excepción o sitio, es posible una interceptación que podríamos denominar "preventiva" de las comunicaciones, si resulta necesario para el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público; en todo caso, se requiere que se comunique inmediatamente la misma por escrito al juez (art. 55.1 de la Constitución, Ley orgánica 4/1981, del 1 de junio).

3) En el supuesto de suspensión individual de los derechos relacionada con la investigación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE), cabe la intervención previa, acordada por el Ministro del interior

o el Director General de Seguridad del Estado, dando cuenta al juez, quien, de forma motivada, revocará o confirmará la resolución en el plazo de 72 horas (art. 579.4 LECrim).

#### **IV. Efectos de la interceptación ilícita**

Por tanto, toda interceptación que incumpla los requisitos que hemos ido señalando, será ilegítima en nuestro ordenamiento jurídico, suponiendo una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Ello implica una serie de consecuencias, como, en su caso, la sanción penal para los responsables de la interceptación, en los términos previstos en el Código penal.

Pero ahora interesa destacar principalmente una consecuencia procesal de trascendencia, como es la nulidad de cualquier prueba que hubiera podido obtenerse como consecuencia de la interceptación ilegítima. Esta consecuencia, que ha sido reiterada por la jurisprudencia (así, por ejemplo, SSTC 114/1984, del 29 de noviembre; 81/1998, del 2 de abril; 49/1999, del 5 de abril; 299/2000, del 11 de diciembre; 184/2003, del 23 de octubre), deriva, según el Tribunal Constitucional, de la posición preferente de los derechos fundamentales, de su condición de "inviolables", y de la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndoles efectividad, sus contravenciones (STC 49/1999, f. j. 12). Lo contrario implicaría, además, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y, en su caso, de la presunción de inocencia, si se produjera la condena penal basándose en una prueba que es inválida.

Más difícil resulta precisar los concretos efectos que esta invalidez puede tener sobre otras pruebas y sobre otros actos procesales que de alguna manera se vinculan a la prueba obtenida ilícitamente. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la nulidad de la prueba ilícita arrastra a aquellas otras que son consecuencia de la misma, pero que dicha consecuencia debe entenderse en términos de "conexión de antijuridicidad" más que como una mera relación natural de consecuencia, de forma que pueden resultar excepcionalmente admisibles aquellas pruebas que, pese a resultar del conocimiento adquirido a través de la prueba ilícita, son jurídicamente independientes de ésta (SSTC 86/1995, del 6 de junio; 54/1996, del 26 de marzo; 81/1998, del 2 de abril).

## **V. Las garantías del derecho al secreto de las comunicaciones**

Como derecho fundamental, reconocido en la sección 1ª. del capítulo II del título I, el derecho al secreto de las comunicaciones forma parte del bloque de derechos a los que la Constitución dispensa el máximo nivel de protección, contando con las siguientes garantías:

- 1) Debe ser desarrollado por Ley orgánica (arts. 53.1 y 81.1 CE).
- 2) La ley debe respetar su "contenido esencial" (art. 53.1).
- 3) Debe estar protegido por un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2).
- 4) Es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2).
- 5) Su reforma debe seguir el procedimiento agravado (art. 168 CE).

Además, y por su simple inclusión entre los derechos recogidos en la Carta Magna, el derecho se puede tutelar a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 53.1, 161.1ª.) y 163 CE), y por el Defensor del Pueblo (art. 54 CE). Por lo demás, como parte del sistema de derechos fundamentales, debe presidir la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, de manera que las normas deben interpretarse de la forma más favorable a su ejercicio.

En fin, más allá de la Constitución, otras leyes, y en particular el Código penal, establecen otras garantías específicas para este derecho, en las que, dadas las características de este trabajo, no podemos profundizar.

## **VI. Jurisprudencia**

### **A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- Sentencia del 6 de septiembre de 1978, caso *Klass contra Alemania*.
- Sentencia del 2 de agosto de 1984, caso *Malone contra el Reino Unido*.
- Sentencia del 24 de abril de 1990, caso *Kruslin contra Francia*.
- Sentencia del 24 de abril de 1990, caso *Huvig contra Francia*.

- Sentencia del 30 de julio de 1997, caso *Valenzuela Contreras contra España*.
- Sentencia del 25 de marzo de 1998, caso *Kopp contra Suiza*.
- Sentencia del 19 de abril de 2001, caso *Peers contra Grecia*.
- Sentencia del 24 de julio de 2001, caso *Valainas contra Lituania*.
- Sentencia del 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*.
- Sentencia del 11 de diciembre de 2003, caso *Basan contra Italia*.
- Sentencia del 24 de febrero de 2005, caso *Jaskaukas contra Lituania*.

#### B. Tribunal Constitucional español

- STC 114/1984, del 29 de noviembre.
- STC 86/1995, del 6 de junio.
- STC 54/1996, del 26 de marzo.
- STC 128/1997, del 14 de julio.
- STC 81/1998, del 2 de abril.
- STC 49/1999, del 5 de abril.
- STC 299/2000, del 11 de diciembre.
- STC 202/2001, del 15 de octubre.
- STC 106/2001, del 23 de abril.
- STC 70/2002, del 3 de abril.
- STC 123/2002, del 20 de mayo.
- STC 184/2003, del 23 de octubre.
- STC 205/2005, del 18 de julio.

## VII. Bibliografía básica

- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., "El derecho al secreto de las comunicaciones", en *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El régimen jurídico de las observaciones telefónicas en el proceso penal", en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., "Inviolabilidad y secreto de la correspondencia", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, Akal, 1989.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid, Colex, 1991.
- MARTÍN MORALES, M., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid, Civitas, 1995.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La intervención de las comunicaciones*. Pamplona, Aranzadi, 2000.
- RAFOLS LLACH, J., "Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones (tecnología e intimidad)*. Madrid, McGraw Hill, 1997.



## **Derechos humanos vs. democracia, sobre la legitimidad y naturaleza del control jurisdiccional de la legislación**

**Jorge Mena Vázquez\***

SUMARIO: Introducción. I. El control constitucional de las leyes: origen, legitimación, clasificación y función. 1. Planteamiento. 2. Antecedentes históricos del control judicial de la legislación. 3. Función del control judicial de la legislación. II. Críticas al control constitucional. 1. El control constitucional como institución antidemocrática. A. Raz y el bien común. B. Nino y la construcción de una democracia deliberativa. C. Dworkin y la lectura moral de la Constitución. D. La legitimidad del control-participación según Mauro Cappelletti. E. Los tipos de democracia aplicable al control constitucional. 2. El control constitucional como decisión subjetiva. 3. El control constitucional como decisión impráctica. III. Clasificación del control constitucional de leyes. 1. Sistema francés de control constitucional previo a la promulgación de la norma. 2. Sistema de control posterior a la promulgación de la norma. A. Control difuso o *judicial review* en Estados Unidos. B. Control concentrado. IV. Competencia y límites del control constitucional. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

### **Introducción**

**Y**a en 1980 el doctor Héctor Fix-Zamudio, en su libro *Tribunales constitucionales y derechos humanos*, señalaba la necesidad de “renovar y acrecentar el interés y preocupación de los juristas latinoamericanos y, en general, de Iberoamérica, en la búsqueda para establecer y perfeccionar los instrumentos jurídicos de tutela de los derechos del hombre en nuestra región”.<sup>1</sup> Este esfuerzo se realiza en esa línea de voluntad.

---

\* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

<sup>1</sup> Héctor Fix-Zamudio, *Tribunales constitucionales y derechos humanos*, p. 14.

En general, la lucha por los derechos ha dejado claro que son tres cuestiones sobre las que debemos avanzar, en primer lugar, la claridad conceptual de los derechos humanos; en segundo, el desarrollo adecuado de las instituciones procesales para su adecuada defensa, y, como consecuencia de las anteriores, buscar la coherencia y racionalidad en el orden jurídico.

En las últimas dos décadas, los derechos humanos en México se encuentran en un constante desarrollo, por un lado, el proyecto de reformas a la Ley de Amparo que los contempla y, por otro, la consolidación institucional por la que está pasando México, entre las cuales podemos destacar el cambio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un Tribunal Constitucional, la creación y legitimación de organismos autónomos como el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Banco de México.

En este contexto, los objetivos de la presente investigación son: a) analizar la competencia de los Tribunales Constitucionales para anular leyes en materia de derechos humanos, ello implica estudiar su legitimidad; b) examinar la actividad del control constitucional de leyes en otros países al anular leyes en materia de derechos humanos, especialmente, observar la manera en cómo esta facultad influye en la construcción conceptual de los derechos humanos en un orden jurídico específico; c) analizar el impacto de la argumentación en esa construcción en la racionalidad del orden jurídico, y d) estudiar el desarrollo conceptual de los derechos humanos en nuestro país utilizando un caso paradigmático.

La pregunta inicial del artículo es la siguiente: ¿cuál debe ser el papel del control constitucional de leyes en la construcción conceptual de los derechos humanos? De la cual se derivan otras, entre ellas: a) ¿es correcto que los Tribunales Constitucionales (en nuestro caso la Suprema Corte de la Justicia de la Nación) tengan competencia para ejercer el control constitucional de la legislación en materia de derechos humanos?; b) ¿cómo se realiza la facultad señalada en a)?; c) ¿cuál es la repercusión de la actividad del control constitucional en la construcción conceptual de los derechos humanos?

Como hipótesis podemos afirmar que existe un papel determinante de los Tribunales Constitucionales al ejercer la facultad de control constitucional de las leyes para construir conceptualmente los derechos humanos en un ordenamiento jurídico determinado, lo cual aplica también a México, si bien la facultad de control constitucional de las leyes es una facultad relativamente nueva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pode-

mos señalar que ésta tendrá un papel determinante en la protección de los derechos humanos.

Hay que tener en cuenta siguiendo a Ferrajoli que “las respuestas a  $\alpha$ ) cuáles son,  $\beta$ ) cuáles deben ser,...  $\delta$ ) qué son los derechos fundamentales, y ¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con que grado de efectividad son de hecho garantizados como fundamentales? pertenecen a [distintos] ...tipos de discursos”.<sup>2</sup> Dicho autor señala que “esos tipos de discursos corresponden a otras tantas disciplinas:  $\alpha$ ) la ciencia jurídica positiva...  $\beta$ ) la filosofía política,... $\gamma$ ) La teoría del Derecho...[la última pregunta] pertenece al ámbito  $\delta$ ) de la sociología del derecho y... de la historiografía jurídica”.<sup>3</sup> La dificultad metodológica del presente trabajo es que mezcla algunos argumentos de cada una de las ciencias referidas. No obstante lo anterior, podemos señalar que los métodos que principalmente se utilizarán será el analítico, el comparativo y el histórico, aunque también se empleará lo que se ha denominado teoría constitucional aplicada.<sup>4</sup>

La técnica de investigación es la documental.

El ensayo inicia señalando qué es el control constitucional de las leyes, para lo que se deberá especificar cuáles son orígenes, discutir su legitimidad, alcances y limitaciones.

Una de las limitaciones de este trabajo es que no es posible agotar todos los temas ni todas las problemáticas —si bien se profundiza en las que consideramos más importantes—, por eso las referencias serán sólo ejemplificativas para apoyar algún argumento.

## **I. El control constitucional de las leyes: origen, legitimación, clasificación y función**

### *1. Planteamiento*

En este apartado mi propósito será analizar qué es el control constitucional, para ello se estudiarán algunos antecedentes históricos, la legitimación del control constitucional de leyes, la forma en que se ha clasificado dicho control y la función que realiza. Se dejarán de lado temas como la inte-

---

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 290.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Wojciech Sadursky, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, núm. 2, p. 276.

gración y organización de los Tribunales Constitucionales, ya que desde la perspectiva de la construcción conceptual de los derechos humanos y la racionalización del orden jurídico,<sup>5</sup> no aportan elementos directos sobre la protección de los derechos fundamentales, aunque estamos conscientes de que sin ellos es imposible la defensa de los mismos.<sup>6</sup>

## 2. Antecedentes históricos del control judicial de la legislación

La mayoría de los autores concuerdan en que el inicio del control constitucional de las leyes (*judicial review of legislation*) se da formalmente en Estados Unidos<sup>7</sup> con el caso *Marbury vs. Madison*.<sup>8,9</sup>

No obstante lo anterior, es necesario realizar comentarios sobre algunos precedentes históricos del control constitucional de las leyes, para ello seguiremos al maestro Mauro Cappelletti, quien si bien reconoce que la aportación americana “ha iniciado una nueva y espléndida época”,<sup>10</sup> también señala que existen antecedentes dignos de mencionar:

El primer referente que menciona este autor se da en el derecho ateniense, que distinguía entre el *nomos*, o sea la ley en sentido estricto, y el *pséfisma*, o sea, para usar un término moderno, el decreto, la consecuencia de la contradicción entre un dictado por la Asamblea en contra de un valor *nomoi* era doble: “Por un lado, resultaba de ella una responsabilidad

---

<sup>5</sup> Para una introducción al tema de la racionalidad del discurso jurídico, *vid.* el libro *Teoría del discurso y derechos humanos*, del ilustre filósofo del derecho alemán Robert Alexy.

<sup>6</sup> Sin embargo, pueden consultarse los siguientes textos: Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, y Jorge Lozano Miralles, *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, ambos del Tribunal Constitucional español.

<sup>7</sup> Ver *infra* sobre la propuesta del *Jury Constitutionnel* realizada por Emmanuel Sieyès en Francia anterior al caso aquí señalado.

<sup>8</sup> James A. C. Grant sostiene que es una “aportación de las Américas a la ciencia política” (Grant, 1963, citado por Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional*, p. 43).

<sup>9</sup> Es preciso señalar que hay autores que no concuerdan con esta tesis, *vid.* Martín Diego Farrell en su libro *El derecho liberal* (pp. 112-114); este autor menciona que el control de leyes se inicia con el caso *Holmes v. Walton*, “donde la Corte Suprema de New Jersey anuló una ley de 1778 que autorizaba la incautación de bienes en tránsito desde o hacia las líneas británicas, y establecía que esos casos serían decididos por un jurado de seis miembros, en lugar de doce, como disponía el antiguo *Common Law* (Corwin, 1910, citado por M. D. Farrell, *op. cit.*, 112).

<sup>10</sup> M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 45.

penal a cargo de aquel que había propuesto el decreto [...] por el otro, se considera que derivase también la invalidez del decreto contrario a la ley (nomoi)",<sup>11</sup> el segundo se da en la edad media cuando era muy clara "la distinción entre dos órdenes de normas los puntos el *ius naturale*, normas superior e inderogable; y es el *ius positivum*, obligado a no estar en contraste con la primera".<sup>12</sup>

Esta influencia del derecho natural pasó a cristalizarse en las declaraciones de derechos americana (Declaración de Derechos de Virginia) y francesa (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano),<sup>13, 14</sup> esta última concebida como estandarte de la transformación de las "reglas de derecho que deben guiar al legislador"<sup>15</sup> o "límites absolutos al Poder Legislativo, límites establecidos por Dios y la naturaleza",<sup>16</sup> y, en ese momento, se realiza la transformación de las proposiciones de Locke: "de derechos objetivos en derechos subjetivos".<sup>17</sup>

No obstante, para Cappelletti, una de las preguntas más importantes, y apasionantes, es ¿cuál ha sido el precedente inmediato, o sea, el precedente en el cual más directamente puede haberse inspirado la institución norteamericana?, para lo cual responde que fue la supremacía del Parlamento inglés, las leyes de la colonia no debían ser contrarias al parlamento inglés, de ahí la fuerza de la *supremacía de la ley inglesa*;<sup>18</sup> no estoy de acuerdo con esa conclusión, creo que la respuesta correcta se encuentra también en la argumentación del jurista italiano cuando analiza la posición de Lord Edward Coke respecto de la supremacía del *Common Law* sobre

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>13</sup> Para ver la magnitud de la influencia del derecho natural es necesario comprender las aportaciones de Kant en la configuración de los derechos humanos, cf. Antonio Enrique Pérez Luño, "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. II.

<sup>14</sup> Peces-Barba señala que la positivación del *iusnaturalismo* racionalista dio lugar a dos movimientos racionales: la codificación en el derecho privado y el constitucionalismo en el derecho público, en ese sentido el autor señala: "Las Constituciones serán las sedes naturales de organización de los derechos y de sus garantías". Gregorio Peces-Barba Martínez, "El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución", en *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. I, p. 116.

<sup>15</sup> Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, p. 149.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> M. Cappelletti, *op. cit.*, pp. 53-56.

las leyes del propio parlamento inglés, de ahí que Raz señale: “otra alternativa [a especificar los derechos en el texto constitucional] es la invocación de doctrinas fundamentales del *Common Law*; aunque en un sentido formal la legislatura puede pasar por encima de este derecho, oficialmente se supone que no intentará hacerlo y por lo tanto los actos legislativos pueden ser ‘interpretados’ hasta volverlos irreconocibles a fin de que se adecuen a los derechos fundamentales (como es el caso del Reino Unido)”.<sup>19</sup>

### 3. Función del control judicial de la legislación

Hasta aquí podemos ver cómo la esencia del control judicial de la legislación es distinguir entre las normas de orden superior, llámese *nomoi* en los griegos, *ius naturale* en la edad media o Constitución en la edad moderna y otras de orden inferior que tienen que adecuarse a aquellas, llámese *pséfisma* con los griegos, *ius positivum* en la edad media, o legislación secundaria en nuestros días. La función del control radicaría en la búsqueda constante del respeto a esa jerarquía, no sólo formal sino de manera material.

## II. Críticas al control constitucional

No obstante la práctica de esta institución en muchos países, existe una fuerte corriente de pensamiento que ha criticado la institución en el país de origen, el juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Stephen Breyer, establece que las tres críticas clásicas en contra de la facultad de los jueces de control constitucional a la legislación son en que este proceso de decisión judicial es “antidemocrática, subjetiva e impráctica”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Joseph Raz, *La ética en el ámbito público*, pp. 68-69. Irónicamente en una nota Raz, de forma aguda, señala: “Lejos de mí sugerir que ambos tipos de protección de los derechos fundamentales logran los mismos resultados, mi única intención es señalar que a menudo la diferencia entre ellos resulta exagerada, especialmente por aquellos que ignoran el grado en que la Suprema Corte de los EEUU cede ante las tendencias legislativas del momento. En la práctica, la diferencia entre el control judicial de los tribunales en EE. UU. hace 100 años y la de los actuales puede muy bien ser mayor que la diferencia entre estos últimos y los tribunales británicos” (*ibid.*, p. 409).

<sup>20</sup> “undemocratic, subjective and impractical”. Stephen Breyer, “Judicial Review: A practising Judge’s Perspective”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, p. 165.

Cada una de estas críticas será estudiada por separado en los siguientes tres apartados, tomando en cuenta que la primera de ellas es la más extensa debido a ser la más estudiada y tal vez la más polémica.

### 1. *El control constitucional como institución antidemocrática*

El planteamiento del problema en este apartado será una objeción en contra del control constitucional: “que la legislación judicial (*judicial law-making*) es inaceptable porque no es democrática”.<sup>21</sup>

Es necesario hacer la precisión de que los argumentos que se esgrimirán en este punto son propios de la filosofía política (*vid. supra*), ya en última instancia podemos señalar que es responsabilidad del constituyente el incluirlo, en palabras de Sadursky: “Si la Constitución prevé el control judicial de la constitucionalidad —como la mayoría de los países europeos— el asunto es adjudicado a los autores de la Constitución, quienes son responsables de elegir esta elección institucional”.<sup>22</sup>

Un ejemplo de esta crítica lo debemos, entre otros, a algunos profesores de la prestigiosa Escuela de Derecho de Yale; el profesor Alexander M. Bickel ha denominado a esta facultad de control constitucional de leyes *The Counter-majoritarian Difficulty* en su libro *The Last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*.<sup>23</sup>

Este autor señala que “la realidad cuando la Suprema Corte declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, esto va en contra de la voluntad de los representantes de la gente de actualmente voto por ellos, el ejercicio de este control, no es a favor de las mayorías prevalecientes, sino en contra de ellas”.<sup>24</sup>

Igualmente, Roberto Gargarella lanza un reto interesante: “Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable

---

<sup>21</sup> Devlin, 1959, citado por M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 325.

<sup>22</sup> Traducción del autor de “if the constitution does provide for the judicial review of constitutionality—as most European countries—the concern is addressed to the constitution’s authors, who were responsible for making this institutional choice”. W. Sadursky, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, en *op. cit.*, p. 276.

<sup>23</sup> Alexander M. Bickel, *The Last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, pp. 16-22.

<sup>24</sup> Traducción del autor de “the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it”. A. M. Bickel, *op. cit.*, pp. 16-17.

que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, diciendo cómo se regula el aborto, diciendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales, y cómo no, etc.)".<sup>25</sup>

El análisis y alcance de estos cuestionamientos (y de su defensa) está limitado por las concepciones que tengamos sobre conceptos clave como democracia, separación de poderes, constitucionalismo, voluntad popular y representación; dichos conceptos ya son de suyo controvertidos.

Existen muchas teorías que intentan elaborar una respuesta coherente a esas interrogantes; cuatro de corte general,<sup>26</sup> me parecen ejemplificativas, por un lado, la teoría de Raz del bien común, la teoría de la constitución democrática deliberativa de Carlos Santiago Nino, la lectura moral de la constitución de Ronald Dworkin y la legitimidad del control constitucional según Mauro Cappelletti. Todas ellas tienen un lugar común: el control constitucional es necesario para el respeto a los derechos (aunque difieren en cuáles de esos derechos).

Abordaré otra más de Bruce Ackerman y Carlos F. Rosenkrantz, de carácter especial ya que parten de sistemas jurídicos específicos de tres países para mostrar un número idéntico de modelos de control constitucional.

## A. Raz y el bien común

Siguiendo al jurista Joseph Raz podemos señalar que una de las controversias históricas que se relacionan con el papel del control judicial de constitucionalidad se refiere a la cuestión de las relaciones entre los tribunales y la política. Dicho autor señala que la sabiduría ancestral nos indica que cuando dos respuestas son repetidamente puestas a prueba, y se prueba una y otra vez que no son completas, el error radica en la pregunta.<sup>27</sup>

Raz argumenta que los tribunales sí participan en la política; de hecho señala que la "responsabilidad con respecto a los derechos fundamentales coloca a los tribunales en el centro de la arena política, y convierte su compromiso político en esencial para su capacidad de cumplir sus funcio-

---

<sup>25</sup> Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, p. 265.

<sup>26</sup> Se hace la diferencia entre teorías generales y específicas, ya que las primeras no hacen referencia a ningún sistema jurídico, mientras la segunda sí.

<sup>27</sup> J. Raz, *op. cit.*, p. 69.

nes”;<sup>28</sup> desde su perspectiva los derechos fundamentales son parte esencial del bien común, y señala que: “La existencia de bienes comunes depende de un consenso generalizado. La relativa ausencia de conflicto de intereses del trasfondo de una tradición común convierten a los tribunales en el foro adecuado para la gestión de esta rama de la política”.<sup>29</sup>

Finalmente, podemos señalar que Raz da una imagen del poder judicial como conservador y radical al mismo tiempo; conservador “en su adhesión a los principios persistentes de la cultura política del país, que sólo cambian gradualmente”,<sup>30</sup> y radical “en cuanto a su disposición a capear las tormentas políticas, a enfrentar la impopularidad y la hostilidad de los grupos poderosos al mantenerse leales a tales tradiciones centrales, incluso en momentos en que los ciclos de la política vuelven a la mayoría, o a los poderes constituidos, ciegos a su valor”.<sup>31</sup>

Con base en lo anterior, podemos señalar que Raz apoya la actividad del control constitucional como un foro en el cual se discutan cuestiones del bien común como pueden ser los derechos fundamentales.

## B. Nino y la construcción de una democracia deliberativa

La descripción de Nino es también compleja y parte de un supuesto para él evidente, hay una contradicción de fondo entre lo que denominamos “democracia” y “derechos humanos”, la primera representa una concepción mayoritaria y el segundo es un tema que debe ser aceptado unánimemente: los jueces deben proteger los derechos humanos de todos y no sólo de las mayorías.<sup>32</sup>

El reto, según Nino, es construir una teoría que combine estos dos ideales (democracia y derechos humanos), llegando a la conclusión de que ello se puede hacer a través del constitucionalismo, el cual también debe contemplar el respeto a lo que este autor denomina “constitución histórica”;<sup>33</sup> este autor menciona que “el control judicial de constitucionalidad no se desprende lógicamente de la noción de supremacía constitu-

---

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>32</sup> Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, p. 25.

<sup>33</sup> *Idem.*

cional, éste podría desprenderse del reconocimiento de una constitución ideal de los derechos individuales”.<sup>34</sup>

Nino considera que el control constitucional en general no está sustentado; sin embargo, hay al menos tres excepciones: primero, la protección de las reglas del proceso democrático no se puede dejar al proceso mismo;<sup>35</sup> segundo, existe una autonomía moral que permite a las personas elegir de ideales de excelencia personal y de planes de vida basados en ellos, las leyes podrían imponer estos ideales y sería inaceptable imponer a todos una moral pública;<sup>36</sup> finalmente, los jueces pueden intervenir en forma justificada para invalidar una ley democrática a fin de proteger la convención constitucional que garantiza la eficacia de las decisiones democráticas mismas.<sup>37</sup>

Por ello, podemos considerar que Nino estaría en contra del control constitucional de la legislación salvo en los tres casos señalados, relacionados por supuesto con los derechos.

### C. Dworkin y la lectura moral de la Constitución

Dworkin propone que ante el lenguaje muy amplio y abstracto de los derechos individuales señalados en la Constitución, todos “nosotros —jueces, abogados y ciudadanos— interpretamos y aplicamos estas cláusulas abstractas en el entendido de que al hacerlo invocamos principios acerca de la moralidad política y de la justicia”,<sup>38</sup> de esta manera Dworkin se aleja

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 273. Nino señala que el proceso democrático intenta dar las reglas para llegar a una decisión racional, pero que si los vicios del proceso democrático son tan serios que la confiabilidad epistémica general sea menor que la reflexión aislada de un individuo, el efecto más importante de una teoría procesal del control judicial de la constitucionalidad es promover las condiciones que le otorgan al proceso democrático su valor epistémico (*ibid.*, pp. 276-277).

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 278-279.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 280-281. Concuera con ello Gargarella cuando señala: “Si se concentra la tarea del órgano de control en la custodia de los procedimientos democráticos, ello se debe a la vinculación que se establece entre: a) el respeto de los procedimientos democráticos y la promoción de la discusión pública; b) la discusión pública y la toma de decisiones imparciales (en cuestiones de moral pública), y c) la toma de decisiones imparciales (en cuestiones de moral pública) y el respeto a la autonomía de los individuos”. R. Gargarella, *op. cit.*, pp. 195-196.

<sup>38</sup> Ronald Dworkin, “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista de Derecho Constitucional*, núm. 7, p. 4.

de la doctrina originalista para interpretar la Constitución y enfatiza su posición en lo que Hart llamaría el aspecto interno del derecho.<sup>39</sup>

Para este autor, en respuesta a las críticas señaladas en este apartado, la “democracia significa un gobierno sujeto a condiciones —podríamos llamar a éstas las condiciones ‘democráticas’— del estatus igual para todos los ciudadanos”.<sup>40</sup>

Esta lectura moral explica por qué la fidelidad a la Constitución y al derecho demanda que los jueces hagan juicios actuales de moralidad política, y por lo tanto fomenta una exposición abierta de las bases verdaderas de la sentencia.<sup>41</sup>

Por tanto, el que los jueces puedan ejercer el control constitucional no es más que una delegación de la democracia para lograr el estatus igual de ciudadanos.

#### D. La legitimidad del control-participación según Mauro Cappelletti

El primer argumento de la defensa al control constitucional que establece Cappelletti se refiere a la gran crisis de legitimidad que tiene la institución de la representación en el mundo.<sup>42</sup>

Un segundo argumento complementario al primero señala que el nombramiento político por el Poder Ejecutivo (y en nuestro caso con aprobación del Senado) da una representación indirecta, la cual se refuerza con un constante diálogo a través de resoluciones bien motivadas y accesibles al público.<sup>43</sup>

El tercer argumento tiene como base que el control constitucional permite que los grupos políticos minoritarios tengan acceso real al poder, el control constitucional se vuelve una vía real para el acceso a las decisiones o un límite a ellas.<sup>44</sup>

Como cuarto argumento, señala la relación habitual entre los tribunales ordinarios y los Tribunales Constitucionales por medio de las cuestiones de constitucionalidad, les permite a los jueces estar en constante contacto con “personas vivas, hechos concretos y problemas reales de la existencia

---

<sup>39</sup> H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, pp. 110-111.

<sup>40</sup> R. Dworkin, “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, en *op. cit.*, p. 25.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>42</sup> M. Cappelletti, *op. cit.*, 326.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 327-328.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 328.

humana. En este sentido, la 'legislación judicial' tiene al menos el potencial de resultar muy democrática –fiel y sensible a las necesidades y deseos de la sociedad".<sup>45</sup>

Como quinto y último argumento, Cappelletti señala que la democracia no se reduce a la regla de las mayorías, también significa "participación, libertad y tolerancia".

#### E. Los tipos de democracia aplicable al control constitucional

Bruce Ackerman y Carlos F. Rosenkrantz dan una descripción de *Tres concepciones de la democracia constitucional*,<sup>46</sup> y, a partir de ellas, explican tres concepciones del control constitucional.

Las concepciones de la democracia que señalan estos autores son la dualista, monista y fundamentalista. La primera se refiere a que hay dos niveles de decisión, del pueblo y de gobierno, el país que ejemplifica esta práctica constitucional es Estados Unidos; el control constitucional lo que hace es preservar las decisiones del pueblo e impedir que éstas sean erosionadas por las decisiones del gobierno;<sup>47</sup> respecto de la teoría monista, los autores señalan que ejemplifica la tradición constitucional de Inglaterra, en la cual sólo hay decisiones de gobierno, en este caso cualquier control constitucional se toma por antidemocrático;<sup>48</sup> y, por último, la concepción fundamentalista de la democracia; tomando como ejemplo a la tradición constitucional alemana en esta concepción los derechos no pueden ser tocados ni por el pueblo ni por el gobierno, la consecuencia para el control constitucional es que no se violen los derechos, la diferencia con el dualismo es que éste pone su prioridad en el proceso democrático y el fundamentalismo en los derechos.<sup>49</sup>

La pregunta que nos salta en este análisis es ¿cuál de estas concepciones de democracia y de derechos tenemos en México?, la respuesta es compleja pero podemos señalar en principio que se trata de una dualista, ya que se tomaron muchos aspectos de la Constitución de Estados Unidos y que tenemos dos procedimientos distintos, uno para la reforma constitu-

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>46</sup> Bruce Ackerman y Carlos F. Rosenkrantz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, pp. 13-34.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 22-25.

cional y otro para la ley secundaria; pero observando más de cerca, es impresionante la diferencia en el número de reformas que han tenido, en México se ha reformado la Constitución en más de 500 ocasiones (contando reforma por artículo), mientras la de Estados Unidos cuenta con 17 enmiendas.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tuvo facultades hasta 1994<sup>50</sup> para declarar nula una ley general, por ello, podemos afirmar que en principio era una concepción dual pero en la realidad se trataba de un monismo en el cual el legislador es soberano e intocable.

Considero que la discusión se dirige hacia las problemáticas más profundas del derecho: ¿existe realmente una norma fundamental o regla de reconocimiento o constitución histórica?, ¿cuántas y cuáles teorías de la democracia se oponen o aceptan el control constitucional? (aunque, como sabemos de antemano, no pueden tener una única respuesta correcta).

## 2. El control constitucional como decisión subjetiva

Según el juez Breyer el solo hecho del lenguaje constitucional o la propia historia constitucional pueden cada uno ser un ejemplo de decisiones subjetivas limitadas de manera significativa.<sup>51</sup> No obstante lo anterior, según este autor hay que poner en perspectiva esta crítica y expone cinco características del razonamiento jurídico que deben ser tomadas en cuenta de manera integral.

La primera consiste en la posibilidad del juez constitucional de encontrar una mejor decisión tomando en cuenta los siguientes aspectos: precedentes, lenguaje, estructura, historia, propósito y consecuencias; la segunda es una visión de la Constitución como un todo coherente; la tercera, ver a la Constitución como un marco básico conceptual que presupone principios como el de *rule of law*, la responsabilidad democrática en la toma de decisiones, la protección de las libertades individuales, debido proceso legal, la igualdad de las personas, lo que permite una coherencia en discurso jurídico; la cuarta, tener en cuenta las consecuencias en el mundo "real" de la decisión; la quinta es que el juez debe tener en cuenta que sus decisiones son bases de decisiones posteriores.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Reforma al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 1994, con reformas el 22 de julio de 1996.

<sup>51</sup> S. Breyer, "Judicial Review: A Practising Judge's Perspective", en *op. cit.*, p. 158.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 158-160. El juez Breyer expone el caso *US Term Limits v. Thornton* como ejemplo de la aplicación de estos cinco criterios (*vid. ibid.*, pp. 160 y ss.).

Kelsen, desde el positivismo, señala que “si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de derecho positivo, sino que debieran serlo sólo porque son justos... entonces se trata de postulados que no son jurídicamente obligatorios”.<sup>53</sup>

### 3. *El control constitucional como decisión impráctica*

Con el calificativo de decisión impráctica, el juez Breyer la asocia con las posibilidades reales de ponerla en práctica administrativamente, y sus graves consecuencias si no se tiene conciencia de lo que ello implica; expone como ejemplo la cláusula de separados e iguales (“separate but equal”) que permitió en Estados Unidos durante mucho tiempo justificar la segregación racial en las escuelas por razón de color.<sup>54</sup>

Si bien estas dos consideraciones son importantes y es necesario tomarlas en cuenta a la hora de ejercer el control constitucional, también es cierto que no invalida la necesidad de tener un criterio de corrección para la ley y un elemento más de diálogo entre poderes e instituciones.

## **III. Clasificación del control constitucional de leyes**

Las diversas formas por las cuales se ejerce el control constitucional son básicamente dos: previo (control político del derecho) o posterior (control jurídico de la política) a la sanción de la norma, aunque la segunda puede subdividirse, a su vez, en dos más, denominados control difuso y control concentrado.

### 1. *Sistema francés de control constitucional previo a la promulgación de la norma*

El sistema francés fue el primero en proponer la incorporación de una especie de Tribunal Constitucional,<sup>55</sup> sin embargo, como señala Gargare-

---

<sup>53</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, p. 78.

<sup>54</sup> S. Breyer, “Judicial Review: A Practising Judge’s Perspective”, en *op. cit.*, pp. 164-165.

<sup>55</sup> Autores como Peces-Barba señalan que un precedente de esta idea se haya en Rousseau cuando define la institución del Tribunado como “conservador de las leyes y del poder legislativo”. G. Peces-Barba Martínez, “El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución”, en *op. cit.*, p. 104.

lla, “apenas concluida la revolución, la Asamblea Nacional decidió la abolición de las justicias señoriales, y poco después, en la ley del 16-24 de agosto de 1790, sostuvo explícitamente que los tribunales no podrían ‘tomar parte directa o indirectamente [...] en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo [...] bajo pena de prevaricación’”.<sup>56</sup> Según el jurista Michel Troper, dicha propuesta fue realizada por el destacado jurista E. Sieyès para ser incluida en la Constitución, la cual fue rechazada por el Constituyente francés por unanimidad.<sup>57</sup> Lo cual también es apoyado por un artículo de Edgar Carpio publicado con el título *Un antecedente del Tribunal Constitucional. El Jury Constitutionnaire (una lectura heterodoxa de Sieyès)*.<sup>58</sup>

El Consejo constitucional francés fue instituido por la Constitución de la Quinta República del 4 de octubre de 1958, y no se sitúa en la cúspide de ninguna jerarquía de tribunales judiciales o administrativos. En este sentido, no es un tribunal supremo (véase sitio web oficial del Consejo Constitucional Francés, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/es-pagnol/esp4.htm> —consultada el 29 de agosto de 2004).

---

<sup>56</sup> R. Gargarella, *op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>57</sup> Michel Troper, “Conferencia”, Seminario Eduardo García Máynez, notas y apuntes, 30 de septiembre de 2002. Así lo confirma Gargarella cuando señala: “el proyecto de Sieyès resultó unánimemente rechazado en la Asamblea. Allí se alertó, por un lado, sobre la posibilidad de que el Tribunal se convirtiese en un “coloso” [capaz de] arrasar todas las otras partes de la organización política”. R. Gargarella, *op. cit.*, p. 131.

<sup>58</sup> Edgar Carpio, “Un antecedente del Tribunal Constitucional: el dory Constitutionnaire”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, pp. 565-615. Carpio señala que esta propuesta fue resultado de un “bosquejo de ‘sistema’ constitucional que Siéyes maneja...” (*ibid.*, p. 568), las bases de este sistema lo comprenden: la diferencia entre el Poder Constituyente como representante del soberano y el Constituido, en donde la delegación del poder realizada por el primero al segundo no puede ser ilimitada (*ibid.*, p. 578); la idea de Constitución de Sieyès como soberana al interior del Estado (*ibid.*, p. 585); el *Jurie Constitutionnaire* puede caracterizarse como un mecanismo “cuasi jurisdiccional” de protección de la Constitución (*ibid.*, p. 594); si bien el *jurie Constitutionnaire* debía estar conformado por miembros del Poder Legislativo, del Poder Constituyente y la Convención, por lo cual no sería un órgano “dependiente del poder legislativo”, tendría como finalidad “la introducción de un órgano que se encargue de defender la Constitución” (*ibid.*, pp. 598-599), finalmente, siguiendo a Carpio, se puede señalar que sus atribuciones serían muy similares a las de un Tribunal Constitucional actual: ser Tribunal de casación del orden constitucional, proteger los valores que se encuentran en la Constitución y ser comisionado del Poder Constituyente encargado de la preservación, adecuación y mejoramiento del orden constitucional (*vid. ibid.*, pp. 606-615).

Como opina acertadamente Cappelletti, este control tiene una naturaleza política ya que “viene a insertarse en el proceso mismo de formación de la ley”.<sup>59</sup>

Actualmente algunos tribunales constitucionales ejercen esta facultad previa.

## 2. Sistema de control posterior a la promulgación de la norma

### A. Control difuso o *judicial review* en Estados Unidos

Este control consiste en que “*todos los órganos judiciales, inferiores o superiores, federales o estatales, tienen, como se ha dicho, el poder y el deber de no aplicar leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su juicio*”, el cual sumado a la característica del sistema *Common Law* del “*stare decisis*”<sup>60</sup> permite que la decisión sustentada por la *Supreme Court* se vuelva obligatoria.<sup>61</sup>

Cuestión que no analizaremos a fondo debido a que en México existe la mal llamada fórmula Otero, la cual impide que los efectos de una sentencia tengan efectos generales.<sup>62</sup>

### B. Control concentrado

El creador de este sistema fue el jurista Hans Kelsen, en sus primeros escritos, este autor señala que “el control de la legislación y de la administración por los tribunales dentro de la monarquía constitucional tiene una clara significación política. Realiza el deseo de tener dos ramas dentro del gobierno, allí donde la influencia del monarca prevalece todavía, pero siempre controlada por órganos independientes de él”.<sup>63</sup>

Sin embargo, es en su libro *La garantía jurisdiccional de la Constitución* cuando analiza a detalle su propuesta que después será la base para el sistema implementado en Austria.

---

<sup>59</sup> M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 30.

<sup>60</sup> Definición del *Diccionario Blackwell*.

<sup>61</sup> M. Cappelletti, *op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>62</sup> Mal llamada fórmula Otero, ya que la propuesta de este gran jurista se tomó fraccionada y no de manera completa como él la planteó.

<sup>63</sup> H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 334.

La gran preocupación de Kelsen era proteger la obligatoriedad de la Constitución y de sus contenidos, tanto formales como materiales; formales en cuanto a las facultades otorgadas a los órganos como materiales, como por ejemplo las restricciones que impone la propia Constitución cuando establece los derechos individuales.

#### **IV. Competencia y límites del control constitucional**

La pregunta que guiará este apartado es la siguiente: ¿se puede hacer la diferencia entre las materias que pueden ser revisadas por el control constitucional y aquellas que son de competencia exclusiva del poder legislativo?

Dworkin señala que el juez “se negará a sustituir su juicio por el de la legislatura cuando crea que la cuestión en juego es principalmente de política y no de principio”.<sup>64</sup>

El doctor Fix-Zamudio señala que los Tribunales o Cortes constitucionales realizan “una función jurisdiccional, inclusive cuando se trata de la impugnación de disposiciones generales, pues si bien en algunos ordenamientos sólo participan en el procedimiento de manera activa el promoviente, ya sea autoridad pública o particular, y no siempre se convoca al órgano legislativo demandado a comparecer, las controversias respectivas se entablan entre dos intereses jurídicos contrapuestos”.<sup>65</sup>

El doctor Fix-Zamudio describe a los *órganos autónomos constitucionales con funciones de carácter jurídico-político* como aquellos “especializados en la resolución de conflictos directamente constitucionales, estos, deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas fundamentales”.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> R. Dworkin, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, p. 279.

<sup>65</sup> Héctor Fix-Zamudio, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura de funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, p. 210.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 212.

## V. Conclusiones

Primera. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes nació en Estados Unidos con motivo de la sentencia *Madison vs. Marbury* en 1803.

Segunda. Existen dos grandes sistemas de control constitucional, anterior a la promulgación de la norma que es político y posterior, que es jurídico y dentro de éste hay el centralizado (modelo de Kelsen) y el descentralizado (modelo de Estados Unidos de América).

Tercera. Existen tres concepciones de democracia que corresponden a tres concepciones de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: el dualismo representado por los americanos, el monismo representado por Gran Bretaña y el fundamentalista representado por la República Federal de Alemania.

Cuarta. En el mundo ambos sistemas (concentrado y difuso) de control jurisdiccional se están fusionando; un ejemplo está en Europa, en donde en el ámbito interno tenemos Tribunales Constitucionales y en donde también los jueces locales son jueces comunitarios con la posibilidad de dejar de aplicar una ley si va en contra del derecho comunitario (control descentralizado).

Quinta. México es un país en el cual el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes fue posible gracias a al transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tribunal constitucional a partir de 1995, por lo que habría que esperar para ver resultados claros.

Sexta. Todos los autores analizados que defienden la legitimidad de los Tribunales Constitucionales dan como fundamento la función de protección de los derechos humanos (en mayor o menor medida).

## VI. Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce y Carlos F. Rosenkrantz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 204 pp.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, UNAM, 1991. 314 pp.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel

- Atienza e Isabel Espejo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 346 pp.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607 pp.
- , *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995. 138 pp.
- BICKEL, Alexander M., *The Last Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis / Nueva York, The Bobbs-Merrill Company, 1962. 303 pp.
- BREYER, Stephen, "Judicial Review: A Practising Judge's Perspective", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, pp. 153-165.
- BURT, Robert A., *Constitución y conflicto*. Trad. de Mary Belfo y Andrés D'Alessio. Buenos Aires, Eudeba, 2002. 518 pp.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional*. México, UNAM, 1987. 357 pp.
- CARPIO, Édgar, "Un antecedente del Tribunal Constitucional: el dory Constitutionnaire", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, Instituto de Derecho Público Comparado, 1999, pp. 562-620.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. de Claudia Ferrari. Barcelona, Gedisa, 1992. 328 pp.
- , "La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria", en *Cuestiones Constitucionales. Revista de Derecho Constitucional*, núm. 7. México, jul.-dic., 2002, pp. 3-52.
- FARRELL, Martín Diego, *El derecho liberal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. 203 pp.
- FERRAJOLI, Luigi et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta. 2001. 391 pp.
- FIX-FIERRO, Héctor, "Artículo 1o.", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. I. México, Cámara de Diputados / Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 5-89.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura de funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales", en *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 2002, pp. 201-238.
- , *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*. México, UNAM, 1980. 234 pp.

- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona, Ariel, 1996. 279 pp.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*. Trad. de Genaro R. Carrio. México, Editora Nacional, 1978. 332 pp.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Trad. de Adolfo Posada. México, UNAM, 2000. 176 pp.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán. México, UNAM, 2001. 107 pp.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. de Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1995. 448 pp.
- LAGO DE LA VEGA, Javier, *Cómo se hace una tesis doctoral. Manual de técnica de la documentación científica*. Madrid, Mayfe, 1958, 585 pp.
- LOZANO MIRALLES, Jorge, *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*. Trad. de María Luz Melón. Valencia, Universidad de Jaen, Dipartimento di Organizzazione Aziendale e Amministrazione Pubblica, Università degli Studi della Calabria, 2000. 349 pp.
- MACINTYRE, Alasdair, *Historia de la ética*. Trad. de Roberto Juan Walton. Barcelona, Paidós, 1994. 259 pp.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997. 303 pp.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución", en *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. I. Madrid, Dykinson, 2001. 454 pp.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. II. Madrid, Dykinson, 2001, pp. 451-482.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*. Barcelona, Gedisa, 2001. 442 pp.
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*. México, UNAM, IJ, 2002. 180 pp.
- SADURSKY, Wojciech, "Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, núm. 2, 2002, pp. 275-299.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*. México, UNAM, IJ, 2003. 280 pp.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 288 pp.
- TROPPER, Michel, "Conferencia", Seminario Eduardo García Máynez, notas y apuntes, 30 de septiembre de 2002.

## **El Protocolo Facultativo contra la Tortura en México**

***María Elena Lugo Garfias\****

### **Introducción**

La tortura es una violación a los derechos humanos y un delito en el que se atenta contra la integridad física y psicológica, al grado de conseguir en primera instancia la finalidad inmediata, que consiste en romper la fortaleza de la víctima, impidiendo su libertad de decisión y limitando la voluntad del torturado para que haga lo que el agresor quiere, para luego, obtener la finalidad mediata o legal, y que puede ser obtener información o una confesión, coaccionarla para que haga o deje de hacer algo o castigarla; no hay acción más bárbara e inhumana por el resultado que se obtiene y por el dolo con el que se comete.

Hablamos de una problemática actual, si no con las estadísticas de otros tiempos y con los métodos de tortura tan rudimentarios y capaces, literalmente, de destrozarse al individuo y por lo mismo tan llamativos, sí, que aún se practica y ahora, claro, con métodos que buscan no dejar huellas, como por ejemplo el uso de diversas sustancias que drogan al individuo para anular su capacidad de decisión; el porqué, puede deberse a la impunidad del delito, por el mero abuso de una persona sobre otra sometida y por la negligencia en el cumplimiento de las funciones investigadoras y persecutoras del delito.

#### *a) Acciones internacionales*

Ha habido preocupación por proteger al ser humano de tan terrible práctica, primero, en el ámbito del derecho internacional se prohíbe el some-

---

\* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

timiento a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en las Naciones Unidas, tanto en instrumentos declarativos y convencionales generales como especializados, en cuanto a los segundos se han previsto mecanismos de supervisión en el cumplimiento de su contenido, en la propia Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se establece el Comité contra la Tortura<sup>1</sup> que dará seguimiento de las acciones para lograrlo, además, si el Estado parte ha reconocido su competencia puede recibir comunicaciones con reclamaciones de incumplimiento de la Convención interestatales y, en su caso, individuales, únicamente de Estados partes involucrados, a su vez, también cuenta con mecanismos extra convencionales como los especialistas temáticos o por país que acuden a verificar la situación específica, en este caso el "Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la Tortura";<sup>2</sup> en cuanto a la competencia regional, la Organización de los Estados Americanos prohíbe inferir tortura en instrumentos declarativos y vinculatorios generales y especializados, siendo este último la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,<sup>3</sup> de cuyo cumplimiento, los Estados parte informan a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta, a su vez, conocerá de comunicaciones en las que se planteen violaciones a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que incluye la prohibición de la tortura en el artículo cinco, por parte de individuos o grupos, así como de aquellas presentadas por los Estados partes contra otro Estado parte si se ha reconocido la competencia de la Comisión para tal efecto;<sup>4</sup> finalmente cuenta con un órgano jurisdiccional que es la Corte Interamericana.

---

<sup>1</sup> Artículos 17 al 24 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México, 1921-2003*, t. I. México, CNDH, 2003, pp. 41-426.

<sup>2</sup> Consultado en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/7/b/tm\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/7/b/tm_sp.htm), el 4 de julio de 2006.

<sup>3</sup> S. T. Pedroza de la Llave y O. García Huante, comp., op. cit., p. 431.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 300.

## b) Acciones en México

En el derecho interno en México se han tomado medidas legislativas, reconociendo la garantía del inculgado de no sufrir torturas,<sup>5</sup> se ha tipificado como un delito;<sup>6</sup> en cuanto a las medidas judiciales, actualmente el criterio formado de casos concretos se refiere a la no admisión de una confesión obtenida mediante tortura, también ha habido sentencias en contra de torturadores; por lo que hace a medidas administrativas, con el trabajo de los Organismos Públicos de Derechos Humanos<sup>7</sup> se ha ido consiguiendo que cambien las prácticas y las políticas públicas en el sentido de que, por un lado, ha habido servidores públicos sancionados y por el otro, se ha tratado de prevenir con capacitación y sensibilización respecto del conocimiento sobre derechos humanos y acerca de que esa práctica constituye un delito sancionado, aunque no es fácil, es un vicio en la investigación procesal que ya ha durado tanto tiempo que tiene que ir erradicándose poco a poco y con mucho esfuerzo.

Como vemos, a partir de que se inicia la protección supranacional de los derechos humanos, comienza la lucha por erradicar esta práctica, identificada en los documentos generales como el derecho a no sufrir torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y establecida en instrumentos especializados por la delicada atención que requiere y la dificultad para ir consiguiendo resultados; lo anterior, debido a la necesidad de una cultura de respeto y porque para poder castigar a los torturadores es necesario comprobarla y se trata de un acto que se realiza en privado, el torturador o torturadores y la víctima.

Respecto de la investigación de la tortura y por la referida privacidad del delito, se fueron reuniendo grupos de expertos para identificar los elementos que pudieran comprobarla y conformar manuales y guías de investigación, el más conocido es el Protocolo de Estambul o "Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", que expone una metodología para la valoración, documentación e investigación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sufridos por las víctimas

---

<sup>5</sup> Artículo 20, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, CNDH, 2005, pp. 35 y 36.

<sup>6</sup> Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, consultada en [http://cndh-intranet/pj juridico/legislacion/asp/Leg\\_TituloArticulo.asp?Clave=13026](http://cndh-intranet/pj juridico/legislacion/asp/Leg_TituloArticulo.asp?Clave=13026), el 10 de julio de 2006.

<sup>7</sup> Vid. sus informes de trabajo.

y las consecuencias que les ha dejado, la enunciación de los elementos de carácter físico y psicológico que la identifican y cuyo dictamen se puede utilizar en procesos judiciales o administrativos.

Asimismo, el Protocolo de Estambul<sup>8</sup> ofrece un desglose respecto de los procedimientos para la investigación de la tortura y hace énfasis en la determinación de un órgano investigador, refiriéndose a que sería mejor que se tratara de un equipo y no de una sola persona, habla de una Comisión Especial que puede estar compuesta de profesionales jurídicos y médicos, pero debe haber uno principal que la dirija; por otro lado, hace alusión al trabajo de entrevista y también menciona a una Comisión de Encuesta, cualquiera de estas comisiones puede funcionar haciendo visitas a centros de reclusión.

Bien, aunque sólo se trata de sugerencias para la investigación de la tortura, en México se hizo un esfuerzo por adaptarlo no en cuanto al órgano investigador, pero sí particularmente en el área pericial en el ámbito federal,<sup>9</sup> capacitando al personal en la estructura que ya existía, para elaborar en lugar de un dictamen médico o un certificado médico, un “dictamen médico, psicológico especializado para casos de posible tortura y/o maltrato” que pusiera especial cuidado en que no pudiera manipularse la información una vez asentada en él y que fuera completa, atendiendo los elementos de la integridad física y psicológica que denotan la victimización de la tortura; también se creó un Comité de Monitoreo y Evaluación del Dictamen y un Grupo Consultivo del Comité de carácter más técnico, para asesorar sobre su contenido; como vemos se buscó perfeccionar la investigación en este tipo de casos, mediante la recolección de la evidencia contundente acerca del sufrimiento de tal delito, aunque sólo trascenderá si efectivamente se aplica, porque en los casos analizados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se ha observado que en algunas ocasiones los agraviados o víctimas del delito eran amenazados o así se sentían,

---

<sup>8</sup> Protocolo de Estambul, “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, consultado en [http://www.unhcr.ch/pdf/8istprot\\_spa.pdf#search='protocolo%20de%20estambul'](http://www.unhcr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf#search='protocolo%20de%20estambul'), el 12 de julio de 2006.

<sup>9</sup> Acuerdo A/057/2003 del procurador general de la República que establece las directrices institucionales que deberán seguir los agentes del Ministerio Público de la Federación, los peritos médicos legistas y/o forenses y demás personal de la Procuraduría General de la República para la aplicación del dictamen médico, psicológico especializado para casos de posible tortura y/o maltrato, consultado en [http://www.pgr.gob.mx/der\\_hum/dof\\_18-08-2003.pdf](http://www.pgr.gob.mx/der_hum/dof_18-08-2003.pdf), el 4 de julio de 2006.

por el temor a represalias, no olvidemos que fueron doblegados al grado de no actuar con la libertad que comúnmente lo hubieran hecho o simplemente estaban tan lastimados que no podían hacerlo, entonces, se ha presentado este tipo de práctica y no se denuncia en el momento, sino hasta que las víctimas salen del poder de los agresores.<sup>10</sup>

La estructura de protección para las víctimas de tortura en los ámbitos internacional e interno en el caso de México, que hemos mencionado hasta este momento, representa un gran esfuerzo, lo cual no quiere decir que el trabajo se haya terminado, no debieran buscarse nuevas formas de protección sino que sería mejor que los servidores públicos se abstuvieran de incurrir en esa violación a los derechos humanos, pero como el rezago cultural en prácticas reiteradas durante tanto tiempo es difícil de erradicar, y si la forma de conseguirlo es fiscalizar cada movimiento de ellos, por ello se recibe con agrado la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

## **I. El Protocolo Facultativo contra la Tortura**

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 77/1, del 18 de diciembre de 2002, entrando en vigor de forma general el 22 de junio de 2006; para México, fue firmado el 23 de septiembre de 2003, fue aprobado el 30 de marzo de 2005, fue ratificado el 30 de marzo de 2005, fue promulgado el Decreto de ratificación el 15 de junio de 2006 y entró en vigor el 22 de junio de 2006.

### *a) El preámbulo, prevención de la tortura*

El preámbulo del Protocolo<sup>11</sup> nos habla de que efectivamente se requiere de nuevas formas para cumplir con la Convención contra la Tortura, ade-

---

<sup>10</sup> Cf. Las Recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: 32/92, 87/92, 145/92, 176/93, 28/94, 74/94, 8/2001, 3/2002 y 33/2002.

<sup>11</sup> Decreto Promulgatorio del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea

más de que las mismas refuerzan la protección de las personas que por alguna razón se ven involucradas en detenciones ya sean lícitas o no, porque ante la inquietud de una autoridad que sabe que puede recibir fiscalizadores del cumplimiento de la ley y del trato que reciben los detenidos podría prevenirse esta práctica.

*b) El Subcomité para la Prevención y el Mecanismo Nacional, objetivo específico y principios de actuación*

En la parte I se establecen los principios generales en los primeros cuatro artículos, se señala un objetivo específico y consiste en establecer un sistema de visitas periódicas por medio de órganos internacionales y nacionales, el primero adscrito al Comité contra la Tortura y denominado Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el segundo, al que se refiere como Mecanismo Nacional de Prevención que puede ser único o múltiple.

El órgano internacional no existía con las características actuales ni el mandato expreso de visitas a centros públicos o privados de detención, sin embargo el Relator contra la Tortura, como específico en la materia, podría realizar tales actividades, aunque una sola persona no lograría cumplir con tal cometido y no sólo realiza visitas, por lo que la actividad no se encuentra duplicada sino especializada; por su parte el órgano nacional podría identificarse con parte de las actividades que hacen los Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, por medio de las Visitadurías Generales avocadas a atender las quejas de personas que se encuentran internas en centros de reclusión y menores infractores, en el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es la Tercera<sup>12</sup> y realiza visitas<sup>13</sup> a los centros de detención aunque no con la exclusiva finalidad de identificar casos de tortura o tratos o penas crueles, sino cualquier tipo de violación, por lo que tampoco se duplicaría sino que se complementarían.

---

General de las Naciones Unidas el dieciocho de diciembre de dos mil dos, en *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, jueves 15 de junio de 2006, pp. 4 y 5.

<sup>12</sup> Vid. Funciones de la Tercera Visitaduría General, "Manual de organización general de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos".

<sup>13</sup> Vid. artículos 39, fracción III, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y 112 del Reglamento Interno.

La importancia de las visitas al establecerse periódicamente contribuirá a la prevención y aunque es increíble que hoy en día pudiera presenciarse en flagrancia, se ha llegado a hacer por lo que también apoya la corrección, por ejemplo:

El único caso en que visitadores adjuntos de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México presenciaron y sorprendieron la tortura que se hacía al agraviado al hacer una visita a la agencia investigadora en el Centro de Justicia de Metepec, Estado de México, es el que se evidencia en la Recomendación 6/2002.

Cuatro personas sujetaban al agraviado que se encontraba acostado sobre una colchoneta, el cual tenía la cabeza parcialmente cubierta con una bolsa de plástico color blanco, dicha persona vestía sólo calzoncillos (boxers) a quien le vaciaban agua por boca y nariz con un vaso de unicel color blanco, una persona de complexión robusta que se encontraba sujetando los pies del agraviado, intentó sacar su arma de fuego que portaba en la cintura, luego de incorporarse, junto con los otros tres individuos, salió corriendo de las galeras, al intentar imprimir una placa fotográfica de estos hechos, otro de los elementos policiales sacó su arma de fuego y amagó al personal de actuaciones.<sup>14</sup>

Desafortunadamente, el personal que realizaba la visita también se vio en una situación de riesgo, pero se trata de un caso único y derivado de una visita inesperada.

En cuanto a los principios, se refieren los siguientes: la confidencialidad, es completamente indispensable que la persona que realiza la visita se conduzca de esta manera o pondrá en riesgo a la víctima de tortura; la imparcialidad, si bien es cierto que el argumento de haber padecido tortura se ha esgrimido para no afrontar responsabilidades y entorpecer la investigación por delitos realmente cometidos, hay que tener en cuenta que no es en todos los casos y por uno que no lo sea debe realizarse la investigación profesionalmente; la no selectividad debiendo atender todos los casos; la universalidad sin discriminación de ningún tipo, y la objetividad, después de analizar cierto número de casos el investigador puede identificarse con la problemática o volverse indiferente a la misma, por la carga

---

<sup>14</sup> Recomendación 6/2002, *Gaceta. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, año 9, núm. 53. México, ene.-feb., 2002, p. 19, consultada en [www.codhem.org.mx/](http://www.codhem.org.mx/), el 12 de noviembre de 2004.

de sufrimiento moral que implica y que le puede afectar, hay que buscar que esto no pase para cumplir con dicho principio, tal vez, por ello los mandatos son cortos.

El Protocolo de Estambul, además de los anteriores, también enuncia otros principios en la investigación legal de la tortura que sería importante considerar, tales como, la competencia, en el sentido de conocimiento sobre este tipo de violación a los derechos humanos y delito; la independencia, que en todo caso ya se exige en el Protocolo no como principio, pero sí para el funcionamiento tanto del Subcomité como del Mecanismo Nacional, y la prontitud y minuciosidad si se detecta un posible caso, particularmente, por lo que hace al registro de huellas físicas que tienden a desaparecer a diferencia de las psicológicas, así como por la protección de la propia víctima.<sup>15</sup>

El Protocolo Facultativo también dispone que el Estado parte permitirá las visitas, esto a diferencia de otros órganos internacionales que requieren invitación expresa, implica que una vez que se pongan de acuerdo en cuanto a la fecha de la visita podrá realizarse, igual tipo de determinación será para el Mecanismo Nacional y se refiere a lugares en donde se encuentren personas privadas de su libertad por orden de una autoridad judicial, administrativa o de otra índole, en lugares públicos o privados; ese tipo de órdenes sólo las instruyen las autoridades judiciales y administrativas, salvo que se detenga a un presunto delincuente en flagrancia, caso en el que puede hacerlo cualquier persona y deberá ponerse al detenido a disposición del agente del Ministerio Público de inmediato; en cuanto a los lugares, en el caso de los privados serían las casas de arraigo, aunque éstas tampoco se encuentran reguladas y sí es el tipo de sitio en donde recientemente se ha presentado algún caso de tortura,<sup>16</sup> aunque otro tipo de lugares privados suelen ser clandestinos y por ello desconocidos al momento de los hechos,<sup>17</sup> además de que implican detenciones no lícitas y que pretenden validarlas con las confesiones obtenidas por medio de la tortura.

---

<sup>15</sup> Protocolo de Estambul, "Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", pp. 17 y 18, consultado en [http://www.unhcr.ch/pdf/8istprot\\_spa.pdf#search='protocolo%20de%20estambul'](http://www.unhcr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf#search='protocolo%20de%20estambul'), el 12 de julio de 2006.

<sup>16</sup> Vid. Recomendación 8/2001, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

<sup>17</sup> Vid. Ricardo Hernández Forcada y María Elena Lugo Garfías, *Algunas notas sobre la tortura en México*. México, CNDH, 2004, p. 33.

### c) Integración del Subcomité

La parte II del artículo 5 al 10 nos habla de la conformación del Subcomité para la Prevención y dispone su integración con 10 miembros, así como un incremento a 25 cuando sean 50 los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido al mismo.

Califica al tipo de miembros que lo constituirán y exige se trate de personas de “gran integridad moral y reconocida competencia” en temas de justicia, administración penitenciaria, policial para luego generalizar en materias que tengan que ver con el tratamiento de personas privadas de su libertad, y son importantes tales requerimientos para que cuando se haga una visita se tenga idea general del funcionamiento de los centros de detención, aunque para el caso que nos atañe, sería más importante que el visitador fuera experto en la investigación de la tortura para contar con la sensibilidad que el contacto con víctimas de dolor y sufrimiento físico y psicológico requieren,<sup>18</sup> además de que con ello podrán cumplir con los principios que ya se enunciaron, porque aunque se trate de hacer visitas, emitir informes sobre lo advertido y elaborar recomendaciones respecto del trato recibido por los internos, también tendrán que hacerse respecto de casos concretos de tortura.

Se establece la distribución geográfica equitativa, la representación equilibrada de género, que no se repitan las nacionalidades, que las funciones sean a título personal con independencia e imparcialidad y que el Secretario General de las Naciones Unidas, cinco meses antes de la elección, hará la invitación a los Estados parte para que propongan sus candidaturas en un plazo de tres meses.

Respecto de la elección, establece que los Estados parte realizarán la primera, a más tardar seis meses después de la entrada en vigor, es decir, durante el segundo semestre de 2006, que será secreta, que el quórum de votación se constituye con dos tercios de los Estados parte y la calificación se hará por “el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados parte presentes y votantes”,<sup>19</sup> es

---

<sup>18</sup> Protocolo de Estambul, “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, pp. 26 a 33, consultado en [http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot\\_spa.pdf#search='protocolo%20de%20estambul'](http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf#search='protocolo%20de%20estambul'), el 12 de julio de 2006.

<sup>19</sup> Este error podría deberse a la traducción o uno de carácter tipográfico, se tomó textualmente de las siguientes fuentes, Decreto Promulgatorio del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,

decir, pide una mayoría simple y una calificada al mismo tiempo, aunque esto debiera aclararse, porque una es más rígida que la otra, también prevé algunas complicaciones como dos candidatos de la misma nacionalidad con las mismas posibilidades de ser elegidos y la renuncia o muerte de algún miembro.

El mandato será de cuatro años, aunque en la primera elección para la mitad de los integrantes será sólo de dos años, se dispone la reelección por una vez, contarán con una mesa por un periodo de dos años, elaborarán su propio reglamento y sesionarán simultáneamente con el Comité, al menos una vez al año, con esto último podrían cotejar sus resultados contra los informes escritos rendidos por los Estados parte y verificar la congruencia de los datos.

*d) Mandato del Subcomité y de los Mecanismos Nacionales (facilidades que otorga el Estado parte, las visitas, Recomendaciones e informes públicos)*

La parte III abarca del artículo 11 al 16, en los que se establece su mandato, en cuanto al Subcomité es muy claro, la realización de las visitas y la elaboración de Recomendaciones a los Estados parte en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y por lo que hace a los Mecanismos Nacionales de Prevención, la asesoría del primero para poder establecerlos, así como interacción constante para fortalecerlos, guiarlos en la evaluación de necesidades y medidas que se requieran en su Estado, hacer recomendaciones y observaciones a los Estados parte para reforzar su capacidad y el mandato, una especie de jurisprudencia, y finalmente, se prevé la cooperación entre organismos de Naciones Unidas, regionales y otros.

A su vez, el Estado parte facilitará el trabajo del Subcomité recibéndolo, dándole “acceso a todos los lugares de detención”, a toda clase de información que necesite, la libertad de entrevistar a quien considere necesario y en las condiciones que lo crea conveniente, salvo que el impedimento sea por una situación urgente o por seguridad, el contacto con

---

adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el dieciocho de diciembre de dos mil dos, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el jueves 15 de junio de 2006, Primera Sección, pp. 4 a 12, y consultado en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/166.pdf>, el 10 de julio de 2006.

los Mecanismos Nacionales y que éste analice las Recomendaciones que se le emitan e informe sobre las medidas que tomará al respecto.

El Subcomité sorteará un programa de visitas periódicas que notificará al Estado parte y efectuará otras de seguimiento si es necesario, en este punto en particular es muy importante que sólo se trate de las fechas y no de los lugares a visitar, sería mejor que éstos se decidieran al momento de iniciar la visita, porque de lo contrario puede haber desde maquillaje de los datos, hasta amenazas a los detenidos y particularmente a los que hayan sido víctimas de tortura.

Ningún Estado parte determinará sanciones para quien le informe de un caso de tortura, sean datos verdaderos o falsos, aunque en el último caso debe considerarse la atención que se proporciona, si es que llega a advertirse que sólo se quiere obstruir la impartición y procuración de justicia, desprestigiar a una autoridad o al Estado.

Las Recomendaciones del Subcomité se comunicarán al Estado parte de forma confidencial y al Mecanismo Nacional si se cree oportuno, el Subcomité rendirá un informe público anual y publicará el contenido de las recomendaciones y observaciones del Estado parte si éste lo pide, y de ser el caso, que el Estado parte no cumpla con las Recomendaciones, el Comité puede hacer una declaración pública o publicar el informe del Subcomité; como vemos, si bien sus Recomendaciones no son vinculatorias, cuentan con la publicidad como medio de presión para conseguir su cumplimiento en el ámbito internacional.

*e) Mecanismos Nacionales (naturaleza jurídica, características, mandato, facilidades del Estado, informes públicos, aplazamiento inicial del Estado para cumplir)*

La parte IV del artículo 17 al 23 trata sobre los Mecanismos Nacionales de Prevención y establece que se crearán un año después de la entrada en vigor, su ratificación o adhesión, en el caso de México en junio de 2007, con una naturaleza jurídica de entidades descentralizadas, designadas Mecanismos Nacionales de Prevención si se ajustan a los lineamientos dados por el Protocolo, tendrán independencia funcional y de su personal, habrá equilibrio de género y representación étnica y de grupos minoritarios entre sus miembros, se hará considerando los principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, es decir, los Principios de París, que describen la competencia, las atribuciones, la composición pluralista, las

garantías de independencia, las modalidades de su funcionamiento, así como algunos principios complementarios para aquellas instituciones con competencia cuasijurisdiccional, para realizar una actividad de promoción y protección de los derechos humanos independiente, autónoma económicamente, pública, con libertad de actuación y trabajando en coordinación con otros órganos defensores y protectores de los derechos humanos, como el *Ombudsman*,<sup>20</sup> lo cual ya se asienta en el Protocolo y debe considerarse en la estructura y reglamento del Mecanismo Nacional, sin olvidar su contacto con el *Ombudsman* mexicano que, como ya dijimos, tiene la facultad de realizar visitas, aunque no especializadas sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sí a centros de reclusión.

Las facultades básicas de los Mecanismos Nacionales consistirán en el examen periódico del trato a las personas privadas de su libertad, hacer recomendaciones, propuestas y observaciones a la legislación vigente o a los proyectos, con el fin de proteger a las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Para cumplir con su mandato, el Estado parte facilitará al Mecanismo Nacional toda la información que le requiera, el acceso a los lugares que necesite ir y a sus instalaciones y servicios, la libertad de entrevistar a las personas que se encuentren privadas de su libertad y el derecho a contactar y reunirse con el Subcomité.

El Estado parte no puede aplicar sanción a quien refiera información sobre tortura al Mecanismo Nacional, en virtud de lo ya comentado en este caso para el Subcomité; la información que dicho Mecanismo recoja como confidencial tendrá el carácter de reservada,<sup>21</sup> el Estado también deberá examinar las Recomendaciones e informar sobre las medidas que tomará para atenderlas y debe publicar y difundir los informes anuales del Mecanismo Nacional.

---

<sup>20</sup> Resolución 48/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, consultada en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/27/PDF/N9411627.pdf?OpenElement>, el 7 de julio de 2006.

<sup>21</sup> Situación que ya se encuentra contemplada en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental respecto de las dependencias enunciadas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de órganos administrativos desconcentrados, para el Mecanismo Nacional dependerá de la naturaleza jurídica que finalmente se le asigne.

Una vez ratificado el Protocolo, el Estado parte puede hacer una declaración aplazando el cumplimiento hasta por tres años y prorrogarlo por dos años más, recordemos que de entrada tendría que participar en el sorteo de las visitas del Subcomité y luego tiene el plazo de un año para establecer el Mecanismo Nacional.

*f) Gastos, formalidades de aceptación del Protocolo y protección a los integrantes del Subcomité*

En cuanto a las disposiciones financieras, los gastos del Subcomité corren por cuenta las Naciones Unidas y las del Mecanismo Nacional por cuenta del Estado parte.

No se admiten reservas al Protocolo, sí se admiten denuncias, así como propuestas de enmienda y entra en vigor al trigésimo día, una vez depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión ante el secretario general de las Naciones Unidas, para los subsiguientes Estados que depositen ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor al trigésimo día de que la presenten.

Los miembros del Subcomité en la realización de sus funciones en un Estado parte gozarán de las prerrogativas e inmunidades que requieran para ello, debiendo observar las leyes y reglamentos del Estado visitado.

## **II. Conclusiones**

1. El Subcomité y el Mecanismo Nacional serán órganos internacional y nacional, respectivamente, especializados en visitas a centros de detención para revisar el trato a internos e identificar posibles casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y en su caso emitir Recomendaciones al Estado parte que le ayuden a prevenir esta violación a los derechos humanos y delito y a proteger a personas privadas de su libertad.

2. Serán órganos independientes en sus funciones, autónomos financieramente y que si no ordenan si presionan a las autoridades responsables de violaciones a los derechos humanos de un Estado parte con la publicidad de sus Recomendaciones, aunque no olvidemos que las víctimas también pueden ir a instancias jurisdiccionales internas e internacionales, aún más cuando se ha detectado el caso.

3. Es trascendental que el lugar a visitar se determine al momento de iniciar las visitas y no con el calendario acordado previamente con el Estado parte, ya que un porcentaje de la fiscalización exitosa está en la sorpresa.

4. Finalmente, es importante que sus miembros sean investigadores en tortura para que cuenten con la sensibilidad que se requiere para identificar un caso de acuerdo con los lineamientos de este Protocolo Facultativo y considerando los del Protocolo de Estambul.

## **Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres<sup>1</sup>**

**Verónica de la Rosa Jaimes\***

*La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido [...], la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones.*

Fernando Rey Martínez<sup>2</sup>

**E**l artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”. No obstante, el Estado no debe limitarse a una igualdad formal que prohíba la discriminación por razones de género, sino que debe promover la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, capacitación, protección de la salud, ejercicio de poder y toma de decisiones en todos los niveles. De ahí la importancia de la entrada en vigor de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en un país como México, en el que las violaciones a los derechos humanos de las mujeres no sólo persisten, sino que aumentan con la pobreza que les afecta; los feminicidios, la violencia doméstica, el maltrato y los estereotipos forman parte de la vida cotidiana.

---

<sup>1</sup> Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 2 de agosto de 2006.

\* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

<sup>2</sup> Fernando Rey Martínez, “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en Andrés García Inda, coord., *Género y derechos humanos*. [España], Mira Editores, 2002, p. 79.

La exposición que sigue se concretará a presentar, en primer término, los antecedentes de Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, posteriormente, se describirán sus ejes principales y se analizarán los puntos que se consideran más relevantes, para concluir con algunos comentarios generales.

## **I. Antecedentes**

El 2 de agosto del 2006 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el decreto por el que se expide la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. El camino que tuvo que recorrer la aprobación de la referida ley ante el Congreso de la Unión fue el siguiente. La Ley referida se basó en una iniciativa presentada por los senadores Lucero Saldaña Pérez y Enrique Jackson Ramírez ante el pleno del Congreso el 9 de noviembre de 2004. La Comisión de Equidad y Género de la Cámara de Diputados fue la responsable de dictaminar, en primer término, la iniciativa, encontrando algunos puntos que consideró pertinente modificar; en tanto que las Comisiones Unidas de Equidad y Género, Gobernación y Estudios Legislativos del Senado de la República realizaron el dictamen como Cámara revisora. El 18 de abril de 2006, el pleno de la H. Cámara de Diputados aprobó el dictamen correspondiente con 377 votos a favor y cinco abstenciones; por su parte, el 27 de abril de 2006, el pleno de la H. Cámara de Senadores la aprobó también, con 83 votos a favor y uno en contra.

## **II. El diseño de la ley**

La Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, como lo señala su artículo 1o., fue creada con objeto de “regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, así como proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento<sup>3</sup> de las mujeres”. El instrumento en comento puntua-

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el *Diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española*, empoderamiento es un calco del verbo en inglés *to empower* que se utiliza para referirse a la concesión de poder a un colectivo desfavorecido socioeconómicamente para que,

liza que la igualdad entre hombre y mujeres implica la eliminación de toda forma de discriminación que se genere en cualquier ámbito de la vida por pertenecer a cualquier sexo. Asimismo, establece sus principios rectores: igualdad, no discriminación y equidad. Su protección se extiende a todos los hombres y mujeres que se encuentren en el territorio nacional.

Se trata de una ley general, es decir, de una ley que pretende dirigir la actuación de los tres ámbitos de gobierno respecto de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, así como las acciones conducentes de la política nacional en la materia. El fin de este tipo de ordenamientos jurídicos es inducir a los estados, al Distrito Federal y a los municipios, a que cuenten con sus propias leyes, así como dar fundamento a las políticas públicas. En el título II del ordenamiento se estipulan las competencias de cada uno de los ámbitos de gobierno en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

La ley también establece tres instrumentos de política en materia de igualdad. El primero, el Sistema Nacional para la Igualdad entre Mujeres y Hombres se define en su artículo 23, como:

El conjunto articulado de estructuras, relaciones funcionales, métodos y procedimientos que establecen las dependencias y las entidades de la Administración Pública Federal entre sí, con las organizaciones de los diversos grupos sociales y con las autoridades de los estados, el Distrito Federal y los municipios, a fin de efectuar acciones de común acuerdo destinadas a la promoción y procuración de la igualdad entre mujeres y hombres.

El Instituto Nacional de las Mujeres es el encargado de coordinar, a través de su Junta de Gobierno, aquellas acciones que el Sistema genere, así como de expedir las reglas de su organización y funcionamiento. Entre los objetivos del Sistema Nacional destacan el coadyuvar a la modificación de estereotipos que discriminan y fomentan la violencia de género y el desarrollo de programas y servicios que fomenten la igualdad. En el ámbito estatal, es obligación de las entidades federativas desarrollar sistemas estatales de igualdad entre mujeres y hombres, procurando su participación programática en el Sistema Nacional.

El segundo de los instrumentos es el Programa Nacional para la Igualdad entre mujeres y hombres, el cual es propuesto por el Instituto Nacional de

---

mediante su autogestión, mejore sus condiciones de vida, que es justamente el sentido que se le da en esta ley.

las Mujeres, y revisado cada tres años, tomando en cuenta las necesidades entre los distintos niveles de gobierno, así como las particularidades de cada región del país. Las entidades federativas también deben elaborar programas estatales de mediano y largo alcance, en los que deberán puntualizar objetivos, estrategias y líneas de acción prioritarias. Es obligación del Ejecutivo incluir en sus informes anuales los avances del Programa Nacional.

El tercer y último instrumento que plantea la ley es la observancia en materia de igualdad entre mujeres y hombres, misma que asigna a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). En su artículo 22 señala que la CNDH es “la encargada de la observancia en el seguimiento, evaluación y monitoreo de la política nacional en materia de igualdad entre mujeres y hombres”. La observancia debe ser realizada por personas de reconocida trayectoria, especializadas en la igualdad de género y consiste en recibir información sobre las medidas y actividades que realice la administración pública, evaluar el impacto que tengan en la sociedad las políticas aplicadas, proponer la realización de estudios e informes técnicos y difundir información sobre el tema.

En el título IV, la ley establece los objetivos operativos y las acciones específicas que deben marcar el rumbo de la política nacional en materia de igualdad. El primero de ellos es la igualdad entre mujeres y hombres en la vida nacional; entre las acciones para llevar a cabo este objetivo destacan: el establecimiento de fondos para la promoción en materia de igualdad; el impulso de liderazgos igualitarios, la promoción de la revisión de sistemas fiscales para reducir los factores que relegan la incorporación de las personas, en razón de su sexo, al mercado de trabajo, así como el diseño y la aplicación de lineamientos que aseguren la igualdad en la contratación del personal en la administración pública; el diseño de políticas y programas de desarrollo y de reducción de la pobreza con perspectiva de género; la vinculación de todas las acciones financiadas para el adelanto de las mujeres, y el establecimiento tanto de estímulos como de certificados que se otorgarán anualmente a las empresas que hayan aplicado políticas y prácticas en la materia.

El segundo de los objetivos es la participación y representación política equilibrada de las mujeres y los hombres; en este rubro la ley señala las siguientes acciones: favorecer el trabajo parlamentario con perspectiva de género; evaluar a través de la CNDH la representación equilibrada entre hombres y mujeres en los cargos de elección popular, así como fomentar la participación equitativa de mujeres y hombres tanto en el servicio civil de carrera como en altos cargos públicos.

El tercer objetivo es la igualdad de acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres, cuyas acciones principales son: promover el conocimiento de la legislación y jurisprudencia en la materia; integrar el principio de igualdad en el ámbito de la protección social; revisar permanentemente las políticas de prevención, sanción y erradicación de la violencia de género, y promover campañas de concientización sobre la participación equitativa de mujeres y hombres en la atención de personas dependientes de ellos.

Un cuarto objetivo es la eliminación de estereotipos establecidos en función del sexo, el cual se pretende lograr a través del desarrollo de las actividades de concientización sobre la importancia de la igualdad, así como la vigilancia de la integración de una perspectiva de género en todas las políticas públicas.

Finalmente, la ley se refiere al derecho a la información y a la participación social en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

### **III. Puntos relevantes**

De la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres se pueden resaltar dos puntos que resultan sumamente relevantes.

#### *a) Acciones afirmativas*

La igualdad sustancial, es decir, el mandato para los poderes públicos de eliminar los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos, es el estadio más reciente en el largo camino que ha recorrido el principio de igualdad a través de las constituciones modernas. Esta igualdad supone, o incluso exige, la implementación de medidas de acción afirmativa, las cuales generen prácticas que modifiquen el aspecto educativo y cultural de la sociedad.<sup>4</sup>

No existe consenso doctrinal sobre el contenido del término “acciones afirmativas”; no obstante, se considera que del Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa ha emanado un concepto por demás claro, que las considera como aquellas “estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que

---

<sup>4</sup> Miguel Carbonell, “Igualdad constitucional”, en Miguel Carbonell, coord., *Diccionario de derecho constitucional*. México, Porrúa / UNAM, IJ, 2005, p. 693.

permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.<sup>5</sup> Por lo que se refiere a la ley en comento, ésta define, en su artículo 5o., a las acciones afirmativas como “el conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres”. Estas medidas están destinadas a establecer igualdad de oportunidades ante desigualdades de hecho y su objetivo es lograr la igualdad entre un grupo dominante y un grupo vulnerado. Cabe mencionar que no buscan la igualdad entre los individuos, aun cuando se entiende que al lograr la igualdad sustancial de un grupo, se logra también la de los individuos que lo integran.<sup>6</sup>

Las acciones positivas deben tener los siguientes elementos:

- a) La medida diferenciadora que se refiere a un tipo de desigualdad y que debe ser transparente e inmodificable para el individuo que la porta y que sea considerado por la sociedad de forma negativa.
- b) Se reproduce bajo una situación especial de escasez, como es el caso de los puestos de trabajo.

No obstante que la doctrina coincide en que las acciones afirmativas son paliativos de carácter transitorio contra la discriminación, resulta atinado el énfasis que esta ley ha dado a dicha característica, al señalar expresamente que las acciones afirmativas son “medidas de carácter temporal”, ya que para ciertos sectores de la sociedad podrían implicar consecuencias negativas dados los costos individuales que imponen. Es precisamente debido a esta razón que es de suma importancia que dichas acciones se utilicen solamente en sectores estratégicos y sus presupuestos sean respetados escrupulosamente, a pesar de la complejidad técnica que ello suponga para quienes las apliquen.

Los argumentos que se suelen presentar en contra de las acciones afirmativas son básicamente cuatro. Primero: violan el principio de igualdad; sin embargo, la igualdad no puede considerarse totalmente simétrica y una idea de igualdad formal que no atienda a las discriminaciones que de hecho existen en la realidad, violaría los fines últimos de este principio. Segundo: no son neutrales y usan criterios prohibidos para diferenciar a las personas; la realidad es que no es posible ser neutral cuando los gru-

---

<sup>5</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones positivas”, en M. Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad*. México, CNDH, 2003, p. 239.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 239 y 240.

pos vulnerados lo son porque no cuentan con incentivos que les permitan competir en igualdad de oportunidades. Tercero: son paternalistas; no es que se considere a las mujeres como seres indefensos e incapaces, por el contrario, al considerar a las mujeres como capaces para desempeñar las mismas actividades que los hombres, es que se aplican acciones afirmativas. Cuarto: no respetan los criterios de mérito; el mérito no es en todos los casos un criterio justo para la distribución de beneficios sociales.<sup>7</sup>

En países como Argentina, la aplicación de las cuotas electorales de género, “especie dentro del concepto de acciones afirmativas”,<sup>8</sup> ha ampliado el acceso de las mujeres a ciertos cargos, como aquellos de elección popular, al grado de que en elecciones recientes ya no ha sido necesario utilizarlas. A pesar de esto, se insiste en el carácter temporal de las acciones afirmativas, especialmente en este ámbito, ya que:

En general, debe reconocerse que toda utilización de cuotas electorales presupone atribuir alguna relevancia a la representación como reflejo, esto es a la idea de que un órgano como el parlamento ha de estar compuesto de personas *representativas* de las distintas categorías y grupos sociales. Sin embargo, en cuanto a modelo puro y excluyente, la idea de la representación como reflejo se encuentra en tensión con la idea de la representación como mandato, pues privilegia tanto la necesidad de que las personas con función política sean *representativas*, que puede llegar a desdeñar u olvidar su función de *representantes*.<sup>9</sup>

Por lo que se refiere a otros países, como es el caso de Estados Unidos, aunque su jurisprudencia muestra un franco retroceso respecto de la aceptación de las acciones afirmativas, en ese país han producido modificaciones importantes en las pautas culturales. Al igual que en Europa, donde también parecen haber incidido en los comportamientos sociales.<sup>10</sup>

Así pues, se considera que para cumplir con los objetivos establecidos por esta ley, las acciones afirmativas serán de vital importancia, toda vez que al operar en un doble sentido no sólo removerán obstáculos, sino que

---

<sup>7</sup> M. Carbonell, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género”, en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, IIJ, ene.-jun., 2003, pp. 195-197.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>9</sup> Alfonso Ruiz Miguel, “La representación democrática de las mujeres”, en M. Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad*, p. 292.

<sup>10</sup> A. Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones positivas”, en *op. cit.*, p. 282.

promoverán condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en atención a la función social del Estado.<sup>11</sup>

#### b) El papel de la CNDH

El segundo tema que no puede dejarse de lado es el papel que desempeñará la CNDH en el cumplimiento de los objetivos de la ley. La política nacional en materia de igualdad es definida en el Programa Nacional, encauzada a través del Sistema Nacional, en tanto que la evaluación y el seguimiento de su observancia están a cargo de la CNDH.

Con el propósito de uniformar el marco legal sobre este punto, el 26 de enero de 2006 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el decreto por el que se adiciona la fracción XIV bis al artículo 6o. de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, otorgándole atribuciones para “la observancia del seguimiento, evaluación y monitoreo, en materia de igualdad entre mujeres y hombres”. Esta modificación a la ley señala también que la CNDH debe realizar las reformas o adiciones pertinentes en su Reglamento para establecer las funciones específicas del área.

El Consejo Consultivo de la CNDH, en su Sesión Ordinaria Número 211, que se celebró el 14 de febrero de 2006, adicionó un segundo párrafo al artículo 59 del Reglamento Interno, para crear un Programa que realizará las nuevas funciones asignadas por la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, el cual fue adscrito a la Segunda Visitaduría General, en la misma sesión de dicho órgano colegiado. Los acuerdos del Consejo fueron publicados el 7 de marzo de 2006 en el *Diario Oficial* de la Federación.

El programa mencionado tiene las siguientes atribuciones:

- I. Implementar un sistema de información que permita el seguimiento, evaluación y monitoreo de políticas aplicadas en la administración pública, relacionadas con el derecho de igualdades entre mujeres y hombres, a fin de estar en posibilidad de realizar las propuestas indispensables para hacer efectivo este derecho.
- II. Conocer de quejas por presuntas violaciones al derecho humano de igualdad entre mujeres y hombres.

---

<sup>11</sup> Karla Pérez Portilla, “Acciones positivas”, en Miguel Carbonell, coord., *Diccionario de derecho constitucional*, p. 603.

- III. Elaborar proyectos de recomendación y someterlos a consideración del visitador general a cargo del Programa.
- IV. Promover y difundir la cultura de respeto del derecho de igualdad entre mujeres y hombres.
- V. Proponer la implementación de acciones tendentes a eliminar la desigualdad entre mujeres y hombres.
- VI. Promover los derechos de igualdad entre mujeres y hombres a través de acciones de vinculación con personas físicas y morales de los sectores social, público y privado.
- VII. Proponer la celebración de convenios y acuerdos en esta materia.
- VIII. Las demás que le confieran las disposiciones legales, así como aquellas que le asigne el presidente de la Comisión Nacional.

Cabe destacar que el acuerdo de creación del Programa establece, a su vez, la obligación de capacitar en la materia a los servidores públicos adscritos al mismo.

#### **IV. Comentario final**

La Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres cuenta con los elementos necesarios para provocar un cambio de fondo; para lograr, por una parte, que se establezcan lineamientos que deriven en una igualdad real, no sólo jurídica, a través del desarrollo de una cultura jurídica distinta; y por otra, favorecer la instauración de políticas públicas que prevengan, atiendan y erradiquen la violencia hacia las mujeres y las niñas en nuestro país. Por otro lado, es importante no perder de vista que la aplicación de esta ley no sólo corresponde a la Federación, sino en buena medida a las entidades federativas, que serán quienes no solamente tendrán que crear normatividad al respecto, sino también implementar las medidas necesarias para que se cumpla. Así, este instrumento jurídico permitiría la uniformización en todo el país en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

Aún cuando la igualdad jurídica es uno de los pilares sobre los que toda sociedad democrática y pluralista debe asentarse, lograr una plena materialización del ideal de igualdad constitucional es, aunque necesario (de perseguir), imposible (de alcanzar).<sup>12</sup> No obstante, esta aspiración es

---

<sup>12</sup> Michel Rosenfeld, "Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional", en M. Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad*, p. 71.

una manera de superar los obstáculos que han impedido a las mujeres tener un mayor desarrollo en nuestra sociedad, una participación económica en condiciones equitativas, así como erradicar las prácticas de violencia y maltrato de las que son víctimas muchas mujeres mexicanas.

Queda el desafío para esta ley, que aun cuando deja en el aire las cuestiones presupuestarias, promete abrir camino hacia una igualdad sustancial, donde la aplicación práctica de la justicia se vea en todas las situaciones, y un avance significativo en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por nuestro país en la Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín, de 1995. Lo anterior, sin olvidar que los hombres y las mujeres son iguales como seres humanos pero tienen ciertas necesidades y aspiraciones distintas, por lo que será fundamental tomar en consideración la riqueza de la universalidad, pluralidad y diversidad humanas.

# Comentario jurisprudencial

## La jurisprudencia de la SCJN establece que la Declaratoria de Incompetencia emitida por la CNDH no es un acto de autoridad

Alfredo Islas Colín\*

Las disposiciones interpretadas son:

El artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 1o., fracción I, de la misma.

La tesis de jurisprudencia emitida por el Pleno de la SCJN tiene el siguiente rubro: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Es Improcedente el Amparo en contra de la Declaratoria de Incompetencia para Conocer de una Denuncia de Violación a Derechos Humanos, por No Ser un Acto de Autoridad.

### 1. Antecedentes

El litigio se inició cuando varios estudiantes, representados por Bernardo Bolaños Guerra, quien se ostentó como representante jurídico del movimiento, presentaron el escrito de queja de presunta violación a los derechos humanos ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el 10 de agosto de 1995, contra la Universidad Nacional Autónoma de México, al resolver esta Universidad no haberlos admitidos al ciclo escolar 1995-1996. Meses después, el *Ombudsman* nacional declaró el 10 de noviembre de 1995 ser incompetente para conocer de la denuncia por

---

\* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

violación a los derechos humanos presentada en contra de la Universidad Nacional. Posteriormente, de ser emitida dicha declaratoria de incompetencia de la CNDH, ésta fue impugnada ante el juez de Distrito competente, el cual resolvió se sobresea dicho juicio de amparo ya que se presentó, señala el juez de Distrito, causa de improcedencia, relativa a la falta de interés jurídico del actor. Al pasar el tiempo, la sentencia de este juicio de garantías fue revisada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual confirmó la sentencia recurrida respecto de la improcedencia, aunque no por la misma causa, sino por otra, la relativa a que la declaratoria de incompetencia emitida por la CNDH no es un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, por lo tanto, resuelve se sobresea el juicio de amparo.

## **2. Tesis de Jurisprudencia**

En estos términos, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó el 19 de noviembre de 1998 la tesis aislada con el número XCVII/1998, la cual obtuvo la votación idónea para integrar la tesis de jurisprudencia que a continuación comentamos. El ministro ponente de dicho asunto fue Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, y obtuvo un voto disidente del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, mismo que presentó, voto particular, que a continuación comentamos. El rubro y texto de la tesis de jurisprudencia es el siguiente:

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. ES IMPROCEDENTE EL AMPARO EN CONTRA DE LA DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UNA DENUNCIA DE VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS, POR NO SER UN ACTO DE AUTORIDAD.<sup>1</sup>

La resolución final que dicta la Comisión Nacional de Derechos Humanos en materia de quejas y denuncias que se formulan en contra de presuntas violaciones a los derechos humanos no tiene la naturaleza de “acto de autoridad”, ya que aunque se emita en el sentido de hacer recomendaciones, de lo dispuesto en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Esta-

---

<sup>1</sup> Amparo en revisión 507/96. Bernardo Bolaños Guerra. 12 de mayo de 1998. Mayoría de 10 votos. Núm. Registro: 194.951. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa y Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. VIII, diciembre de 1998. Tesis: P. XCVII/98. Página: 223.

dos Unidos Mexicanos, se desprende que no obliga a la autoridad administrativa contra la cual se dirige y, por ende, ésta puede cumplirla o dejar de hacerlo; luego, por sí misma no crea, modifica o extingue una situación jurídica concreta que beneficie o perjudique al particular. Asimismo, por sus efectos y consecuencias, la resolución emitida por la Comisión, en la que declara su incompetencia para conocer de una denuncia o queja, es equiparable a sus determinaciones finales, en razón de que, tácitamente, está concluyendo que no hará ninguna recomendación con base en los motivos y fundamentos jurídicos señalados en la propia declaración de incompetencia, que se dicte aun antes de llevar a cabo la investigación, por lo que tampoco puede considerarse esta otra resolución como un acto de autoridad. Por consiguiente, sobre el particular se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 1o., fracción I, de la misma, conforme a los cuales el amparo solamente procede en contra de actos de autoridad.

### **3. Síntesis de la tesis de jurisprudencia**

En esta tesis de jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se resalta lo siguiente:

- Que la resolución final que dicte el *Ombudsman* nacional por las quejas o denuncias que se formulen por presuntas violaciones los derechos humanos no tienen la naturaleza de “acto de autoridad”.
- Que la resolución final que dicte el *Ombudsman* nacional por las quejas o denuncias que se formulen por presuntas violaciones a los derechos humanos en el supuesto extremo a lo más que podrían llegar son a la emisión de Recomendaciones.
- Que las Recomendaciones emitidas por la CNDH no obligan a la autoridad administrativa contra la cual se dirigen y, por ende, ésta puede cumplirlas o dejar de hacerlo; luego, por sí mismas no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta que beneficie o perjudique al particular.
- Que las resoluciones de la CNDH sobre incompetencia para conocer de una denuncia o queja por sus efectos y consecuencias son equiparables a que no dictara dicho *Ombudsman* nacional Recomendación alguna.

—Que se actualiza la improcedencia del amparo debido a que no existe acto de autoridad por la emisión de Recomendaciones.

#### **4. Litis**

De la jurisprudencia transcrita y la ejecutoria del Amparo en revisión 507/96 de Bernardo Bolaños Guerra, sabemos que la litis consiste en determinar si la declaración de incompetencia de la CNDH viola derechos, esto es, si con dicha declaración emitida por el *Ombudsman* nacional se agravia al actor del juicio de amparo interpuesto.

#### **5. Causales de improcedencia**

En la ejecutoria citada se estudian los agravios relativos a las causales de improcedencia en los Considerandos tercero, relativa a la falta de legitimidad, y cuarto, relativa a que no es la declaratoria de incompetencia acto de autoridad, por lo que la ejecutoria del Amparo en revisión 507/96 señaló que se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 1o., fracción I, de la misma, conforme a los cuales el amparo solamente procede en contra de actos de autoridad. La motivación que dicha ejecutoria expone sobre el sobreseimiento del juicio de amparo es relativa a la CNDH como un *Ombudsman*, enseguida, el procedimiento seguido ante la CNDH por presuntas violaciones a los derechos humanos, y finalmente, las resoluciones finales emitidas en el procedimiento seguido ante dicho *Ombudsman*.

#### **6. La CNDH como un Ombudsman**

La ejecutoria analiza la institución del *Ombudsman* para después conocer los efectos de la declaración de incompetencia de presuntas violaciones a los derechos humanos.

De esta manera, los *Ombudsman* son, en sentido amplio, un organismo autónomo cuyo titular es designado por el Poder Legislativo o por el Ejecutivo o por ambos, que tiene como función la vigilancia de la actividad de la administración, la recepción de quejas de los administrados en con-

tra del funcionamiento de algunos servicios administrativos; él interviene para resolver las controversias en los plazos más breves, investiga para verificar la lesión a los derechos de los administrados y en vista de los resultados de las mismas dirige Recomendaciones, no vinculatorias, a las autoridades administrativas a efecto de restablecer las prerrogativas de los administrados. El titular de esta institución presenta informes, ya sea al Legislativo, al Ejecutivo o a ambos, sobre las reclamaciones y las investigaciones realizadas; también propone reformas de carácter legislativo o reglamentario con objeto de mejorar el funcionamiento de los servicios públicos.<sup>2</sup>

A su vez, el *Ombudsman* nacional, denominado Comisión Nacional de los Derechos Humanos, es una institución creada por el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; regulada por la Ley de la misma CNDH y su Reglamento Interno, cuyas disposiciones establecen que es un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios cuyo titular es designado por la Cámara de Senadores, el cual, tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. Este *Ombudsman* conoce de quejas por los actos u omisiones administrativas emitidas por servidores públicos federales que violen los derechos humanos, con excepción de los del Poder Judicial Federal, el cual, una vez instaurado el procedimiento administrativo para conocer de presuntas violaciones a los derechos humanos, ejerce funciones de investigación, en su caso de conciliación, y puede formular Recomendaciones las cuales no serán vinculatorias o documentos de no responsabilidad. Asimismo, tiene por función presentar informes, los cuales son los generales y especiales, que contienen un relato de sus actividades y sus resultados obtenidos, como los procedimientos instaurados, investigaciones y, en su caso, conciliaciones realizadas.

---

<sup>2</sup> Ver Héctor Fix-Zamudio, voz "*Ombudsman*", en *Diccionario jurídico*. 5a. ed. México, UNAM, IJ / Porrúa, 1992, pp. 2268 y ss.; Alfredo Islas Colín y José Luis Vázquez Alfaro, "Estudio comparado de la Comisión Nacional de Derechos Humanos con los *Ombudsmen* de once países de Europa del Oeste y Australia", en *Revista Iuris Tantum*. México, Universidad Anáhuac, Facultad de Derecho, 1996; en *L'Ombudsman Crééol*. París, Congreso Internacional de Latinoamericanistas, 1998, y en *Revista Iuris Tantum*. México, Universidad Anáhuac, 2001.

El artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el siguiente:<sup>3</sup>

Artículo 102. A. [...]

B. 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.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior formularán Recomendaciones públicas, no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por 10 consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos

---

<sup>3</sup> Es necesario explicar que el texto del apartado B del artículo 102 constitucional citado en el primer párrafo, que lo pusimos en cursivas, es el interpretado por el Pleno de la SCJN al momento de discutir el asunto en comento. Dicho texto no cambió con las subsecuentes modificaciones a esta disposición. Asimismo, los párrafos siguientes de esta disposición corresponden al texto vigente, que fue modificado mediante decreto de reforma y publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 13 de septiembre de 1999. La cita de los párrafos siguientes nos permiten comprender los organismos de protección de los derechos humanos no jurisdiccionales.

términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de esta Constitución.

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las Recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

## **7. La regulación del procedimiento seguido ante la CNDH por presuntas violaciones a los derechos humanos**

El procedimiento administrativo seguido ante la CNDH por presuntas violaciones a los derechos humanos se regula por el *artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el título III de la Ley de la CNDH, y el título IV del Reglamento Interno de la CNDH.*<sup>4</sup> Esto es, por una parte, la Ley de la CNDH contiene el título III, en el que reglamenta el Procedimiento ante la Comisión Nacional de los artículos 25 a 66, en los capítulos relativos a las Disposiciones Generales (C. I); los Acuerdos y Recomendaciones (C. II); las Notificaciones e Informes (C. III), y las Inconformidades (C. IV). Por otra parte, el Reglamento Interior de la CNDH regula en su título IV, también, pero ahora de manera específica, el mismo Procedimiento ante la Comisión Nacional de los artículos 75 a 147, y los capítulos siguientes: Disposiciones Generales (C. I); Presentación del Escrito de Queja (C. II); la Calificación del Escrito de Queja (C. III); la Tramitación del Expediente de Queja (C. IV); la Conciliación (C. V); las Causas de Conclusión de los Expedientes de Queja (C. VI); las Recomendaciones (C. VII), y los Documentos de No Responsabilidad (C. VIII).

---

<sup>4</sup> Citamos las disposiciones vigentes, tanto las disposiciones constitucionales como las legales, no obstante que no son las mismas que la autoridad jurisdiccional federal conoció al momento de resolver el presente asunto en comento, debido a las diversas reformas y a que las disposiciones vigentes tienen el mismo contenido, por lo que solamente en aquellos casos en los que la disposición no es distinta en su contenido a la vigente en lo fundamental citaremos la disposición vigente al momento de resolver la autoridad jurisdiccional federal, pero en tales casos la aclaración será expresa.

## **8. Características del procedimiento seguido ante la CNDH por presuntas violaciones a los derechos humanos**

Las disposiciones citadas que regulan este procedimiento establecen las etapas de inicio del procedimiento, tramitación, sustanciación, diligencias, conciliación y resolución. Este procedimiento tiene las características siguientes: es un procedimiento que se crea en oposición a los procedimientos tradicionales; está regulado de manera que pueda darse una respuesta rápida; se pretende que sea un procedimiento flexible, regido por los principios de inmediatez, concentración y rapidez, por lo que favorece el contacto directo con los quejosos, denunciantes y autoridades, para resolver, en la medida de lo posible, en plazos breves; dichos procedimientos se siguen “desde un punto de vista del público, esto es, de un punto de vista humano”,<sup>5</sup> pretenden dar respuesta inmediata a los ciudadanos, sin procedimientos lentos y sin formalidades que impidan obtener una justicia pronta y expedita, al grado que contribuya a la solución de los conflictos derivados por violaciones a los derechos humanos mediante sistemas alternativos de sistemas de justicia no jurisdiccional; pretenden contribuir al acceso a la justicia y por lo tanto a evitar la dilación en la administración de justicia.

## **9. La ejecutoria: la Declaratoria de Incompetencia de la CNDH no es acto de autoridad**

Es importante lo anterior, debido a que en la ejecutoria del Amparo en revisión 507/96 de Bernardo Bolaños Guerra, una vez que analizó el Pleno de la SCJN a la CNDH como un *Ombudsman*; después, el procedimiento seguido ante dicho *Ombudsman* por las quejas presentadas por presuntas violaciones a los derechos humanos, y luego los tipos y efectos de las resoluciones finales de dichos procedimientos como las Recomendaciones, afirma el Supremo Tribunal de Justicia que la declaratoria de incompetencia de la CNDH no es un acto de autoridad, en los términos siguientes:

---

<sup>5</sup> Bélgica, gobierno de. 1966, “Proposition de Loi tendant à instituer la charge de Procureur de la Nation (Senado de Bélgica), en “L’*Ombudsman* ou Commissaire du Parlement”. *L’information et les relations publiques officielles*, pp. 53 y s.

[...] En consecuencia, si en el asunto que nos ocupa, el acto que se reclama de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, consistente en la declaración de incompetencia para conocer de una denuncia, se traduce en una resolución mediante la cual se determina que no se va a formular recomendación alguna, tal hecho no lesiona la esfera jurídica de los promoventes del juicio de amparo, en virtud de que la decisión que en esa materia emite la multitudinaria Comisión, no obliga a ningún órgano del Estado a cumplirla y acatarla frente al gobernado, ni este último tiene la obligación inexorable y aun en contra de su voluntad de observarla en sus términos; luego, por sí misma no crea, modifica o extingue una situación jurídica concreta que beneficie o perjudique al particular y, por tanto, la situación en que se encontraba el sujeto no sufre alteración, aun cuando se elabore la Recomendación respectiva (si la autoridad administrativa realiza los actos que el organismo descentralizado le sugiere, dicho proceder lo lleva a cabo de *motu proprio*, mas no porque exista un ordenamiento jurídico que así se lo exija).

## **10. Cita de autores en ejecutorias**

Los ministros que formaron la mayoría del Pleno de la SCJN, en la ejecutoria en comento, llegan a la conclusión que la declaratoria emitida por la CNDH de incompetencia para conocer de presuntas violaciones a los derechos humanos no es un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, una vez que estudiaron el *Ombudsman* y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a la luz de transcripciones de diversos textos escritos por su más grande exponente, no solamente en México sino en diversos países de América Latina, el profesor Héctor Fix-Zamudio, respecto del comentario que realiza en la obra denominada *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada* (México, UNAM, IIJ, 1992). Lo anterior es importante, debido a que en el derecho jurisprudencial mexicano, la cita de doctrinarios nacionales recientes no es una práctica en la elaboración de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por lo que llamamos la atención a que de manera contundente la institución del *Ombudsman* y de la CNDH expuesta por el profesor Fix-Zamudio influyó de manera determinante para emitir el criterio en comento en lo relativo a la naturaleza jurídica tanto de la CNDH como de los efectos de actos que emite.

## **11. La argumentación analógica**

La interpretación utilizada por el Pleno del Alto Tribunal de la nación en la tesis de jurisprudencia en comento es la analogía, entre una forma de conclusión de las quejas, por una parte; con otras formas de conclusión de las quejas, como las Recomendaciones dictadas por el mismo *Ombudsman*, por otra parte, en los términos siguientes:

Asimismo, por sus efectos y consecuencias, la resolución emitida por la Comisión, en la que declara su incompetencia para conocer de una denuncia o queja, es equiparable a sus determinaciones finales, en razón de que, tácitamente, está concluyendo que no hará ninguna Recomendación con base en los motivos y fundamentos jurídicos señalados en la propia Declaración de Incompetencia, que se dicte aun antes de llevar a cabo la investigación, por lo que tampoco puede considerarse esta otra resolución como un acto de autoridad.

Este tipo de interpretación consiste en “trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado en el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero.... [Este tipo de interpretación] procederá cuando las normas cuando no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón o de supuestos”.<sup>6</sup>

Por lo que podemos observar cómo equipara el Supremo Tribunal los efectos de la Declaratoria de Incompetencia del *Ombudsman* respecto de la queja interpuesta por presunta violaciones a los derechos humanos con la no emisión de Recomendación.

## **12. Voto particular: la Declaratoria de Incompetencia es un acto de autoridad**

De manera opuesta al sentido del criterio jurisprudencial emitido por el Pleno de Alto Tribunal se expone en el voto particular que formula el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, en contra de la ejecutoria pronunciada por el Tribunal Pleno, en el amparo en revisión 507/96, el cual sostiene

---

<sup>6</sup> Francisco Javier Ezquiaga, “Argumentos interpretativos y postulados del legislador racional”, en Rodolfo Vázquez, comp., *Interpretación jurídica y decisión judicial*. 2a. ed. México, Fontamara, 2001, pp. 162-163.

ne que dicha declaratoria impugnada de incompetencia emitida por la CNDH, sí es un acto de autoridad, en los términos siguientes:

[...] existe la afectación de un interés jurídico suficiente para la procedencia del juicio de amparo, siempre que la autoridad se encuentre vinculada por la ley a realizar una determinada conducta en beneficio de un particular, independientemente de que esa conducta por circunstancias ajenas al órgano emisor no surta los beneficios prácticos esperados. En el presente caso es la Constitución la que vincula a la Comisión Nacional de Derechos Humanos a conocer de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, de todas, no sólo de las que ella quiera o le convenga...

[...]

[...]

El conocimiento de quejas contra actos y omisiones de naturaleza administrativa no es discrecional: inconstitucionalidad del artículo 35 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

El apartado B del artículo 102 constitucional al referirse a las atribuciones de los organismos de protección de los derechos humanos que establece el orden jurídico mexicano, textualmente dispone *“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”*. De la anterior transcripción se desprende que no existe motivo o razón constitucionalmente válido para que estos tipos de organismos dejen de conocer alguna queja contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, es decir, la Constitución no les otorga facultades discrecionales, sino que los vincula a conocerlas todas.

En virtud de lo antes expuesto es que considero inconstitucional el artículo 35 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos:

Artículo 35. La Comisión Nacional, por conducto de su presidente y previa consulta con el Consejo, puede declinar su competencia en un caso determinado, cuando así lo considere conveniente para preservar su autonomía y autoridad moral de la institución.

Es indudable la inconstitucionalidad de este precepto al otorgar a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos una facultad discrecional que contradice el texto de la Constitución, como ya quedó demostrado.

Ahora bien, no encuentro qué caso concreto podría afectar la autonomía y la autoridad moral de la institución. La autonomía se la da la Constitución y la ley reglamentaria, ¿cómo es posible entonces que en un caso concreto se afecte lo que sólo de la ley puede venirle? Si la actuación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sólo tiene por objeto el restablecimiento del “orden jurídico mexicano”, mientras no se desvíe del propósito que le marca la Constitución de estar al servicio de la legalidad vigente ¿cómo podría pensarse que en un caso o serie de casos concretos pudiera afectarse la “autoridad moral” de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si precisamente su “autoridad moral” consiste en defender la legalidad vigente, es decir, el Estado de Derecho?

### **13. Voto particular: la declinación de competencia de la CNDH**

Antes de desarrollar la institución de la declinatoria citada es necesario resaltar que para el voto particular se expone que estamos ante un caso de declinación de incompetencia, por el contrario en la ejecutoria, se presenta como un caso de incompetencia. Lo anterior es fundamental, ya que el ministro disidente expone esta institución de la declinatoria de competencia respecto del caso que nos ocupa, pero dicha declinatoria de competencia no se presentó en el expediente en estudio, sino de declaratoria de incompetencia. Además, es éste el tratamiento que realizan los ministros de la mayoría del pleno de la SCJN. En la ejecutoria en estudio.

En este sentido, el ministro disidente expone la declinación de competencia por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos respecto de presuntas violaciones a los derechos humanos, de conformidad con el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; los artículos 9 y 35 de la Ley de la CNDH, y el artículo 124, fracción X, del Reglamento Interno de la CNDH, en los términos siguientes:

El texto de los artículos 9 y 35 de la Ley de la CNDH son los siguientes:

TÍTULO II. Facultades de la Comisión Nacional.

Capítulo Único. Competencia en Materia de Presuntas Violaciones a Derechos Humanos.

Artículo 9. (Competencia)

En términos de lo dispuesto en los artículos 3o. y 6o. de la Ley, la Comisión Nacional tendrá competencia en todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren atribuibles a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 35. La Comisión Nacional, por conducto de su presidente y previa consulta con el Consejo, puede declinar su competencia en un caso determinado, cuando así lo considere conveniente para preservar la autonomía y autoridad moral de la institución.

De conformidad con los textos transcritos, nosotros consideramos, a diferencia del voto particular, y previa aclaración que en la ejecutoria no se trata sino como un asunto de incompetencia, que la declinación de competencia por las quejas presentadas por presuntas violaciones a los derechos humanos se justifica siempre y cuando se pretenda preservar la autonomía de la institución y su autoridad moral. Por lo que consideramos que es de tomar en consideración que dicha facultad de declinatoria de competencia en el procedimiento ante el *Ombudsman* se utiliza siempre y cuando se salvaguarden intereses superiores como el interés general o como la autoridad moral del *Ombudsman*, ya que éste no tiene facultades coercitivas para hacerse obedecer, sus resoluciones no tienen *imperium*, sino su autoridad reside en la fuerza moral de los servidores públicos que la integran y la dirige ante la opinión pública. Por lo que las quejas presentadas ante ella que pongan en peligro dicha autoridad moral, la ley autoriza al titular del *Ombudsman*, con previa consulta del Consejo, declinar de su competencia, debido a que la aceptación de dicha queja, ante un ambiente en donde la población esta dividida y la posible pérdida de la institución de su autoridad moral, se permite el ejercicio de dicha facultad.

#### **14. La competencia no se traslada con la declinación**

El ejercicio de la facultad de declinatoria de competencia del *Ombudsman* nacional no se transmite a otro órgano competente nacional, como en el caso de las acciones declinatoria, inhibitoria, la excusa y los impedimentos que existen en otras materias, como en el derecho procesal civil, penal o

administrativo.<sup>7</sup> Debido a que el órgano de control no jurisdiccional sobre presuntas violaciones a los derechos humanos cometidos por autoridades federales es la CNDH y no existe órgano competente no jurisdiccional para conocer de las quejas que denuncien estas presuntas violaciones. En todo caso podría conocer, pero en un ámbito internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el *artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, en los términos siguientes:

Capítulo VII. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sección III. Competencia.

Artículo 44.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

## 15. Conclusión

Es importante resaltar que tanto la ejecutoria como el criterio jurisprudencial en comento se refieren a la improcedencia del juicio de amparo, debido a que la declaración de incompetencia dictada por la CNDH determina el Pleno de la SCJN, no es un acto de autoridad, por lo que se incurre en una de las causales de improcedencia de juicio de amparo. Por el contrario, en el voto particular se hace referencia a que dicha declaratoria de incompetencia, sostiene el ministro disidente, sí es un acto de autoridad para efectos del amparo, y afirma que la disposición que regula la declinatoria de competencia debe ser declarado de inconstitucional. Asimismo, dicho ministro disidente considera que la afectación de autoridad moral del *Ombudsman* no justifica la declinación de competencia. Es necesario resaltar que la ejecutoria y la tesis en comento motivan el efecto de la declaratoria de incompetencia en la naturaleza jurídica del *Ombudsman*, en la fuerza de sus resoluciones fincada en la autoridad moral por el prestigio que tiene ante la sociedad. En nuestra

---

<sup>7</sup> En este sentido, el Código Federal de Procedimientos Penales, artículos 11 y 427 a 443; el Código Federal de Procedimientos Civiles, artículos 30 a 38; el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la declinatoria, los artículos 35, fracción I; 37; 58; 163; 164, y 167, entre otras disposiciones.

opinión, esta interpretación es la adecuada, debido a que no puede entenderse el efecto de la declaratoria de incompetencia sin relacionarlo con el órgano que lo emite, el *Ombudsman*, explicado por uno de los principales impulsores de esta institución en México, el doctor Héctor Fix-Zamudio, citado en la misma ejecutoria.



## **Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación**

**Luisa Fernanda Tello Moreno\***

Los avances científicos que en el campo de la genética humana se han venido dando en los últimos años han permitido que diversos asuntos legales encuentren solución con ayuda de pruebas científico-biológicas. Sin embargo, aun cuando el derecho acude con mayor frecuencia a la ciencia como herramienta que le permite acceder a verdades de tipo biológico a las cuales el ámbito jurídico no puede acceder por sí solo, la realización de este tipo de pruebas no ha encontrado una recepción decididamente abierta, ni una regulación general que permita definir y delimitar los supuestos en que dichas pruebas pueden ser efectuadas.

Ese es el caso de los análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico) como prueba pericial para la determinación de la filiación en los juicios civiles de reconocimiento o impugnación de la paternidad. A finales de 2006, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Contradicción de Tesis 154/2005-PS, que versaba sobre criterios contradictorios entre sí, en los que las partes actoras dentro de juicios de investigación de la paternidad, ofrecieron como medio probatorio la realización de la prueba pericial genética del ADN; en ambos juicios, las partes demandadas se rehusaron a la ejecución de la prueba, y habiéndose resuelto los casos con criterios divergentes, la Corte, resolvió cuál de ellos debía prevalecer.

Para efecto de analizar el presente caso, dividiremos este escrito en dos apartados, en el primero, brevemente se relatarán los casos confrontados, así como los argumentos y criterios en los que la Primera Sala

---

\* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

sustentó su decisión. En la segunda parte, se presentará una reflexión en la que expresamos nuestra opinión al respecto.

## **I. Tesis contradictorias sometidas a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Ante criterios divergentes sustentados por el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, ambos en materia civil, en los que se confrontó la posibilidad de que en los juicios de investigación de paternidad se realizara de manera coactiva la prueba genética del ADN, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió la Contradicción de Tesis 154/2005-PS.

### *1. Tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito en el Estado de México*

El primero de los casos controvertidos versó sobre un juicio de reconocimiento de paternidad en el que la parte actora ofreció como prueba la pericial genética del ADN. A pesar de que la prueba fue admitida, el demandado no compareció a la realización del análisis y se opuso a la toma de muestras, ante lo cual, fue apercibido en el sentido de que en el caso de mantener dicha negativa, se le impondría una multa. Inconforme con esa resolución, el demandado promovió un amparo indirecto cuyo resultado no le benefició, por lo que interpuso un recurso de revisión ante este Tribunal.

En su resolución, el Tribunal consideró el artículo 4o. de la Constitución, que contempla el derecho de los menores a la satisfacción de diversas necesidades, entre ellas, la alimentación; también hizo referencia al derecho de los niños a conocer su filiación como una prerrogativa de la cual deriva la posibilidad de que el derecho a la alimentación, entre otros, sea satisfecho. Sopesó los derechos constitucionales del demandado, entre ellos, el derecho a la intimidad que podría ponerse en riesgo en caso de realizarse en su persona una prueba genética con la cual se dieran a conocer aspectos y características personales ajenas al juicio. En virtud de que no se podía obligar al demandado al desahogo de la prueba conforme a lo dispuesto por los artículos 14 y 16 de la Constitución, ya que ese supuesto no se encontraba contemplado en la legislación estatal, y la coacción originaría una lesión irreparable a sus derechos fundamentales,

propuso armonizar los derechos de ambas partes, resolviendo que ante la renuencia del demandado a someterse a la prueba de ADN, resultaba procedente aplicar por analogía los preceptos del Código de Procedimientos Civiles de la entidad, referidos a la confesión ficta y al reconocimiento de documentos, y apercibirlo para que en el caso de oponerse al desahogo de la prueba se tendrían por ciertos los hechos imputados, salvo prueba en contrario.

## *2. Tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito en el estado de Nuevo León*

En el segundo caso, se dio la misma negativa del demandado para someterse a la prueba, con la diferencia de que fue apercibido en el sentido de que de seguir rehusándose al desahogo de la prueba se le decretaría un arresto por 36 horas. Contra dicha resolución el demandado promovió un amparo indirecto que le fue negado, por lo que posteriormente promovió recurso de revisión ante el Tribunal mencionado, en el que se confirmó la resolución recurrida. El Tribunal consideró que el arresto no constituye una pena infamante, sino una sanción por el incumplimiento del requerimiento judicial y que la realización de la prueba no implicaba, como el demandado argumentó, un acto cruel, inhumano o excesivo para ser estimada como una pena inusitada, además que su desahogo se originaba del derecho legítimo del menor que reclamaba el reconocimiento de paternidad. Consideró que aún cuando la práctica de la prueba implicara un método invasivo, dicha cuestión no podía anteponerse a dilucidar la identidad del menor, situación que constituye un derecho de la niñez, cuya protección trasciende al ámbito privado, por ser un asunto de interés público.

En este orden de ideas, el Tribunal consideró que en la escala de valores de los derechos en conflicto debía prevalecer el de mayor jerarquía, es decir, el derecho del menor a conocer su identidad sobre el derecho del supuesto progenitor a negarse a la realización del análisis de ADN, ya que la extracción de sangre implica un dolor mínimo y constituye un procedimiento común de la ciencia médica. No se consideró que dicho acto fuera violatorio de los artículos 14 y 16 de la Constitución, en virtud de que la posible afectación que pudiera sufrir el presunto progenitor en su derecho a la integridad física era de menor valor, comparado con el derecho e interés del menor a ser reconocido como hijo del demandado.

### 3. Resolución de la contradicción de tesis

La resolución sobre la contradicción de tesis se abocó a dilucidar en primer término, si en el caso de ofrecerse la prueba pericial genética del ADN y el demandado se negara a someterse a la misma, era constitucional o no la aplicación de las medidas de apremio y, de qué manera se podía garantizar el derecho del menor de edad a la filiación ante la negativa del demandado de someterse a la prueba pericial genética mencionada.

Para llegar a dicho resultado, la Primera Sala dividió el análisis del caso en cinco apartados, a saber: a) comenzó por establecer el derecho de los menores a conocer su identidad; b) estudió la posibilidad legal de que los menores de edad demanden de sus presuntos progenitores el reconocimiento de la filiación; c) realizó un estudio de las implicaciones de la prueba del ADN; d) analizó la constitucionalidad de la aplicación de las medidas de apremio para aquellos casos en que el presunto ascendiente se niegue a someterse a la práctica de dicha prueba, para finalmente, y e) determinar la manera en que deben de proceder los jueces ante la imposibilidad de ordenar las medidas de apremio referidas en los ordenamientos de naturaleza procesal civil.

#### a) El derecho de los menores a conocer su identidad

Este derecho, no incluido expresamente en la Constitución, es consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, por lo que se estableció su jerarquía de derecho fundamental, mencionándose que su importancia no radicaba solamente en la posibilidad de conocer a los ascendientes, sino en que a partir de dicho conocimiento se podía derivar la nacionalidad del niño, así como el derecho constitucional a que los progenitores satisfagan las necesidades básicas del menor en cuanto a la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento.

El derecho a la obtención de los satisfactores básicos para el desarrollo fue calificado como una extensión del derecho a la vida, concluyéndose que debido al principio del interés superior de la niñez, se debe garantizar el derecho de los menores a conocer su filiación, *toda vez que de esa circunstancia se deriva el derecho del infante a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna que permita su desarrollo.*

b) Los juicios de paternidad

Para analizar la posibilidad de que los menores de edad demandaran de sus presuntos ascendientes el reconocimiento de la paternidad, la Sala se remitió a los preceptos incluidos en los ordenamientos en materia civil de las entidades federativas en donde surgieron las tesis opuestas; legislaciones de las que se desprende dicha posibilidad y la viabilidad para que con ese fin se ofrezca cualquier medio de prueba, entre ellos, la pericial genética del ADN. Además, para fortalecer este presupuesto se citó una tesis de esa misma Sala, en la que se determina que dicha prueba no vulnera la garantía de audiencia.

c) Estudio sobre la prueba pericial genética del ADN

De un estudio de carácter general respecto de la prueba de ADN se desprendió que ésta constituye el método más *preciso, confiable y contundente* para el establecimiento de relaciones paterno-filiales, pues es la vía que posibilita de la mejor manera la determinación de la identidad de un individuo. Además, se aclaró que en la realización de la prueba no se analiza la totalidad del mapa genético de la persona sino únicamente la huella genética, por lo que no puede arrojar información personalísima sobre otros aspectos genéticos del sujeto ajenos a la materia del juicio en particular.

d) Constitucionalidad de la aplicación de las medidas de apremio

Respecto de la constitucionalidad de la aplicación de este tipo de medidas en caso de que los demandados se nieguen a someterse a la prueba del ADN, se resolvió que aún cuando las medidas son legalmente aplicables para hacer cumplir las determinaciones judiciales, no siempre resultan ser idóneas en la consecución del fin perseguido, pues en muchas ocasiones, ni aún ante la posibilidad de que dicha negativa tuviera como consecuencia la comisión de un delito de desobediencia, se conseguiría persuadir al sujeto de su negativa a someterse a la prueba.

En específico, respecto del uso de la fuerza pública como medida de apremio, se consideró que la misma se limita a la intervención de los cuerpos de seguridad del estado para presentar al individuo en el lugar en el que se ha de realizar la prueba, más no para ejecutarla.

Asimismo, se analizaron los argumentos generalmente esgrimidos en contra de la realización de la prueba pericial genética del ADN, ya que éstos suelen afirmar que la prueba vulnera los derechos de la persona a la intimidad, a la libertad personal e integridad física o las garantías establecidas en el artículo 22 de la Constitución, referido a la aplicación de penas inusitadas y trascendentales.

Al respecto, se determinó que el derecho a la intimidad no resulta vulnerado porque como se mencionó anteriormente, mediante la prueba pericial genética no se revela el mapa genético de la persona sino únicamente la huella genética, en la que sólo se incluyen algunos segmentos determinados de ADN para comparar los del hijo con los del presunto padre y establecer si son o no coincidentes. En ese sentido, se determinó que tampoco existía una violación a la autodeterminación informativa, pues el acceso del juez y las partes a los datos que la prueba arroja es justificado al versar únicamente sobre aspectos de la filiación controvertida.

En cuanto a las garantías establecidas en el artículo 22 de la Constitución, tampoco se encontró violación alguna, ya que dicho precepto se refiere a penas impuestas a sujetos cuya responsabilidad ha sido demostrada como resultado de un proceso, y en el supuesto que nos ocupa, la realización de la prueba pericial genética no constituye una pena sino un medio de prueba.

No obstante, se especificó que la constitucionalidad de la prueba puede ser impugnada en caso de acreditarse que la forma en que se ordena realizarla o su mismo desahogo pudiese violar cualquiera de los derechos mencionados previamente; por ejemplo, al admitirse una prueba emitida por una institución sin reconocimiento para efectuarla, que se pretenda obtener un tipo de información distinta a la normalmente recabada por medio de la huella genética o estuviera en riesgo la salud de la persona a la que se le pretende realizar, aunque en este último caso no se precisaron las circunstancias en las que la toma de la prueba pudiera afectar la salud de la persona.

Por lo tanto, se determinó la justificación de la utilización de medidas de apremio para la realización de la prueba y su constitucionalidad debido a que el presunto progenitor tiene la obligación de someterse a la misma sin poder excusarse argumentando la vulneración a sus derechos a la intimidad, a la privacidad genética o que la prueba implique una pena inusitada, infamante o trascendental.

Sin embargo, se reconoció el derecho del demandante a mantener su negativa a someterse a la prueba pericial genética aun a pesar de la emisión judicial de las medidas de apremio, considerándose que virtud de los

artículos 14 y 16 de la Constitución, que comprenden las garantías de legalidad y seguridad jurídica, respectivamente, la libertad de las personas para decidir en cuestiones que tengan que ver con su cuerpo e integridad personal se encuentra siempre y en todo momento protegida por el estado, a pesar de existir casos en los que el estado puede justificar la limitación de esos derechos.

Se estableció que el presunto progenitor tiene derecho a disponer de su cuerpo frente a intromisiones por parte de particulares o del mismo estado, teniendo la protección constitucional contra invasiones a su integridad física y personal.

En el ejercicio de ese derecho, sólo en cuanto a los juicios civiles de paternidad, puede negarse, a pesar de la imposición de las medidas de apremio, a la práctica y desahogo de la prueba pericial de ADN, pues en este tipo de casos efectivamente tiene el derecho a decidir sobre su libertad de movimiento y sobre su integridad personal.

Pero ante la posibilidad de que dicha negativa se mantuviera, se mencionó que la misma no significaba que el interés superior del niño se dejara al arbitrio del presunto padre, pues la oposición a someterse a la prueba tendría consecuencias jurídicas dirigidas a resguardar el derecho del menor de edad a conocer su propio origen e identidad.

Para resolver este punto específico de la contradicción de tesis, la Sala se remitió a los ordenamientos en materia civil controvertidos. En la normativa del estado de Nuevo León se especifica claramente que en el caso de que el presunto progenitor se niegue someterse a la prueba genética, se hará presumir la filiación atribuida por la parte actora, mientras que en el ordenamiento del Estado de México no se contempla una vía jurídica para este tipo de casos, dándose por ende, una laguna del derecho, misma que fue resuelta atendiendo a una interpretación extensiva y analógica de la ley; aplicándose preceptos relativos a la confesión ficta y al reconocimiento de documentos, que implican tener por confesa a la parte que siendo citada para absolver posiciones se rehúsa a declarar o no se presenta sin causa justificada a la diligencia y, dar por reconocido un documento cuando la persona citada para reconocerlo, no comparece.

e) Consecuencias jurídicas de la negativa del demandado a someterse a la prueba

La consecuencia jurídica prevista para la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial genética, estribó en tener por ciertos los hechos que se pretendían probar por medio de la misma; es decir, se estableció

que el juez ha de considerar la negativa a someterse a la prueba como si fuese una *confesión ficta y, como tal, deberá valorarla al momento de dictar la resolución correspondiente*. Se especificó que la *confesión ficta* atribuida por la negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba de ADN, debe apoyarse en otros medios de prueba para que de esta manera el conjunto de pruebas obtenidas tenga la eficacia necesaria para acreditar la paternidad.

En la argumentación jurídica empleada por la Corte se justifica la generación de la presunción de la filiación, *que servirá como un indicio de que existe la relación de parentesco entre el actor y el demandado, ante la negativa de éste para someterse a la prueba*. Sin embargo, más adelante se afirma que: [...] *ante la negativa u oposición del presunto padre para practicarse la prueba pericial de ADN, la consecuencia jurídica será que se presumirá la relación paterno-filial, salvo prueba en contrario*. Por lo que no queda claro si la negativa opera como un indicio a valorarse con los demás medios de prueba, o de manera inmediata implicará la presunción de la paternidad.

Como conclusión de la sentencia se desprende fundamentalmente, en resumen, que la aplicación de las mediadas de apremio es constitucional y se encuentra plenamente justificada en los casos en que ordenada la realización de la prueba pericial genética del ADN el presunto progenitor se niegue u oponga a someterse a ella; sin embargo, como medida de apremio, la fuerza pública sólo podrá ser utilizada para presentar a la persona a la que se le debe de tomar la prueba al lugar de realización de la misma, más no para forzarla a someterse a ella. Asimismo, si aún a pesar de la aplicación de las medidas de apremio, subsiste la oposición a someterse a la prueba, opera la presunción sobre la filiación, salvo prueba en contrario.

## **II. Comentario a la sentencia**

En principio, hemos de señalar la importancia derivada del análisis realizado por la Primera Sala de la Corte respecto de la efectividad de la prueba del ADN, pues el hecho de que la autoridad judicial se pronuncie respecto de la misma, abre la posibilidad de que ésta y otras pruebas relacionadas coadyuven al esclarecimiento de múltiples conflictos en los que se hace necesario acudir a criterios científico-biológicos para dilucidar verdades históricas y, por lo tanto, situaciones jurídicas.

Consideramos que el hecho de proteger la relación de filiación en aquellos casos en que el presunto progenitor se niegue a someterse a la realización de la prueba pericial genética del ADN es una medida enfocada a proteger el interés superior de la infancia, en el sentido de otorgar y garantizar a los menores de edad el derecho a los alimentos, incluyendo los cuidados y demás obligaciones que el cumplimiento de este derecho conlleva.

No pasa inadvertido que en un país como el nuestro existe un alto número de menores sin padres, y la irresponsabilidad de éstos en el cumplimiento de sus obligaciones a brindar a los infantes los satisfactores básicos en materia de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, necesarios para su desarrollo integral, ocasiona que los menores de edad se vean expuestos a múltiples peligros, carencias y riesgos que afectan su bienestar en general. Indudablemente, velar porque estas necesidades sean satisfechas, constituye un sentido de la justicia y beneficia el desarrollo de la niñez.

Sin embargo, consideramos que el establecimiento de una presunción dentro de un tema tan delicado como es la determinación de la paternidad, conlleva diversas implicaciones que deben ser tomadas en cuenta, de ahí que, tal vez, las restricciones para la realización de la prueba pericial del ADN puedan ser llevadas un poco más allá, en función, claro está, del interés superior del niño.

### *1. El derecho a la identidad del menor*

Aún cuando en el artículo 4o. constitucional, dentro del que se comprenden los derechos de la niñez no hace referencia al derecho a la identidad de los menores, el artículo 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>1</sup> establece como partes integrantes de este derecho el tener un nombre y los apellidos de los padres desde el nacimiento; ser inscrito en el Registro Civil; tener una nacionalidad; conocer su filiación y su origen, salvo en aquellos casos que las leyes lo prohíban, y pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus miembros. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup> establece en sus artículos 7o.

---

<sup>1</sup> Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 de mayo de 2000.

<sup>2</sup> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990, y publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 25 de enero de 1991.

y 8o., que los menores tienen derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres; comprometiéndose los estados a preservar su identidad, y cuando el menor sea privado de alguno de los elementos que conforman dicha identidad se deberá prestar la asistencia y protección adecuada con el fin de reestablecerla.

Parte fundamental del derecho a la identidad consiste en el derecho a conocer el propio origen; la identidad de la persona se fundamenta en la misma dignidad del ser humano, por lo tanto, no puede considerarse que el derecho al conocimiento del origen se base en la voluntad caprichosa del interesado. “Este derecho tiene ligámenes considerables con otros derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional, como es la intimidad y el respeto a la dignidad de la persona”.<sup>3</sup>

El derecho a la identidad del menor de edad se relaciona también con diversos aspectos de su personalidad, por ello es que algunos autores lo consideran un elemento indispensable para el libre desarrollo de la personalidad; dicho desarrollo no puede estimarse completo, si no se conoce quiénes son los verdaderos progenitores.<sup>4</sup>

En la contradicción de tesis, la Corte estimó que el *hecho de que un menor tenga la certeza de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica*. Por esta razón, entre muchas otras, no puede estimarse que el derecho a la identidad, entendido como el derecho a conocer el propio origen, conlleve como único objeto o como finalidad principal conocer a los ascendientes con el fin de poderles exigir los deberes asistenciales que como padres les competen, pues dependiendo del caso concreto, en ocasiones puede ser más importante la búsqueda del origen que obtener la satisfacción de las necesidades básicas.

Sin embargo, la Corte estimó como innegable el garantizar el derecho del menor a conocer la identidad de sus ascendientes, *toda vez que de esta circunstancia se deriva el derecho del infante a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna que permita su desarrollo*.

---

<sup>3</sup> Encarna Roca i Trias, “Adopción y datos biogenéticos: el Proyecto Genoma Humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad”, en *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, vol. IV. Bilbao, Fundación BBV, 1994, p. 222.

<sup>4</sup> Vid. Gabriel Cantero García, “El derecho a la propia identidad”, en *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, vol. IV. Bilbao, Fundación BBV, 1994, p. 157.

Aún cuando en la contradicción de tesis se analizó el derecho de los menores a su identidad, derivándose de él el derecho a la satisfacción de diversas necesidades y derechos, entre ellos, los alimentos, establecido en el artículo 4o., de constitucional, pareciera que el derecho que primó en el análisis fue este último, ya que al presumir una determinada paternidad es el derecho a la satisfacción de los alimentos el que resulta garantizado, pues al no contarse con una certeza biológica, no podemos afirmar que el derecho a la identidad, entendido como el derecho a conocer el propio origen, sea también garantizado.

El origen de una persona sólo puede ser determinado a través de una verdad biológica, y aún cuando la figura jurídica de la filiación no se basa necesariamente en un hecho biológico sino en situaciones jurídicas como el reconocimiento o la posesión de estado, en los juicios de investigación o reconocimiento de la paternidad debe pretenderse encontrar verdades históricas o biológicas que precisen dicha paternidad. En estricto sentido, el análisis genético de ADN constituye la única prueba certera y fehaciente para determinar la paternidad al sustentarse en los datos biológicos de las personas, con lo que se atiende a la verdad histórica de las cosas y no a presunciones que en algunos casos pudieran dar lugar a errores materiales.

A pesar de que la negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba pericial genética del ADN —aún habiendo sido apercibido de las consecuencias jurídicas de su negativa— arroje suficientes motivos lógico-legales para presumir la paternidad respecto del menor, es necesario mencionar que las motivaciones de la racionalidad humana escapan al derecho, y sería imposible afirmar que todo aquel que se niega a someterse a la realización de la prueba, aún a pesar del apercibimiento, es por ese simple hecho, el verdadero progenitor del menor de edad.

En muchos casos el presunto progenitor no tiene la certeza sobre la paternidad, acaso con su negativa sólo esconda el hecho de haber tenido relaciones sexuales con la madre del menor en un tiempo propicio para la concepción del niño, y la negativa a someterse al examen puede responder al temor sobre la posibilidad de ser el padre y no a la seguridad de serlo; por lo que en caso de mantener su negativa y presumirse la filiación, no existirá certeza sobre dicha paternidad, con lo que no se garantiza el derecho del menor a conocer su propio origen.

Es indudable que tan importante es el conocer el propio origen, como el obtener de los ascendientes la satisfacción de las necesidades básicas; sin embargo, consideramos que con esta resolución sólo se garantiza de

manera fehaciente la satisfacción de las necesidades y no siempre el conocimiento del origen biológico. En este sentido, estimamos que si, como la Corte mencionó, la certeza del menor de saber quién es su progenitor, constituye un principio de orden público, habría que dar un mayor peso a este valor con el fin de garantizar fehacientemente tanto el derecho a la satisfacción de los alimentos como el derecho a conocer el propio origen.

## *2. Los derechos fundamentales, las intervenciones corporales y la protección de la persona*

Los argumentos generalmente esgrimidos con el fin de justificar la negativa a someterse a las pruebas periciales genéticas de ADN, se refieren a que con la realización del análisis se vulneran los derechos a la intimidad, a la libertad de disponer sobre el cuerpo y la integridad personal o hasta a las garantías consagradas en el artículo 22 de la Constitución.

Al respecto, la Corte resolvió que la realización de la prueba de ADN no implica una violación al derecho a la intimidad porque con ella no se revela el mapa genético de la persona sino la huella genética, avocada únicamente a determinar si existe o no una relación de ascendencia entre el presunto progenitor y el menor de edad; también estableció que no se da violación alguna a la autodeterminación informativa, pues dado el caso, se justifica el hecho de que las partes en el juicio y el juzgador, tengan conocimiento sobre la información conclusiva del análisis. Respecto de las garantías incluidas en el artículo 22 constitucional, se determinó que la realización de la prueba no las afecta, pues no constituye una pena o sanción, sino un medio probatorio.

Sin embargo, la Corte no especificó si la realización de la prueba implica una vulneración al derecho a la libertad e integridad personales, pues aún al establecer que en virtud de los artículos 14 y 16 de la Constitución, *la libertad de las personas para decidir lo relativo a su cuerpo y a su integridad personal se encuentra, en todo momento, guarecida por el Estado, aun cuando existen casos en que el Estado puede justificar la limitación de estos derechos.* Y posteriormente mencionar que *el presunto padre tiene derecho a disponer de su propio cuerpo frente a injerencias de particulares o del Estado y la propia norma constitucional lo protege para no sufrir invasiones a su integridad física y personal;* no especificó las causas por las que en este supuesto el estado protege dicha libertad ni en que medida podría ser vulnerado este derecho en caso de imponer la ejecución de la prueba por medios coactivos.

Se estableció que el estado puede justificar la limitación del derecho a decidir en cuestiones relativas al propio cuerpo y a la integridad personal, aunque en este caso, protege dicha libertad de decisión. Entonces, ¿en qué casos si se puede limitar el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y la integridad personal y por qué? ¿La realización de la prueba implica una violación a la libertad sobre el propio cuerpo y al derecho a la integridad personal o solamente una limitación o restricción justificable del derecho?

Indudablemente, la realización de la prueba —que generalmente se realiza mediante la extracción de sangre— implica un método invasivo en contra del cuerpo, pero cabe señalar que dicho procedimiento es una práctica común de la medicina, al que la mayoría de las personas deben someterse en determinada ocasión. También, independientemente de cuestiones de naturaleza estrictamente médica, existen situaciones que implican el sometimiento a exámenes de sangre, como los análisis requeridos para entrar a algún trabajo, al inicio del servicio militar obligatorio, o la realización de los exámenes prenupciales para contraer matrimonio; eventos en los que por lo general no se objeta la práctica de la extracción sanguínea.

Podemos afirmar que los análisis de extracción de sangre, implican un método invasivo sobre el cuerpo que es susceptible de generar una molestia, sin embargo, dicha molestia es inofensiva y ha sido comúnmente considerada como aceptable; así lo estableció la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1979, al determinar que “una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1 del Convenio europeo (derecho a la integridad física)”.<sup>5</sup>

Si se considera que la molestia o invasión a la disposición del propio cuerpo motivada por la realización de una prueba de ADN configura una grave lesión al derecho personalísimo de disponer del propio cuerpo o a la integridad física, es necesario mencionar que este tipo de pruebas pueden ser realizados mediante procedimientos mucho menos invasivos, pues actualmente pueden llevarse a cabo proporcionando una muestra de saliva, de mucosa bucal o hasta un cabello, según la tecnología de la cual se disponga, por lo que consideramos que con la realización de la prueba

---

<sup>5</sup> Vid. Jaime M. Peris Riera, “El uso jurídico en la identificación genética: conflictos surgidos por la posible restricción de derechos fundamentales”, en *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, vol. IV. Bilbao, Fundación BBV, 1994, p. 219.

no se actualizaría una violación a ninguno de estos derechos, si acaso una mínima restricción motivada por causas de interés público.

### 3. Los juicios civiles de reconocimiento de la paternidad

Actualmente, las pruebas de ADN son utilizadas en diversos países y con múltiples finalidades, independientemente de las determinaciones de paternidad o maternidad; se recurre a ellas en materia de investigaciones criminales, identificación de personas, violaciones a los derechos humanos, abusos contra la libertad y malos tratos a menores, inmigración, desaparición de personas, secuestros, impugnación de testamentos, adjudicación de herencias y tráfico de recién nacidos.

La Corte determinó que en el ejercicio del derecho a disponer del propio cuerpo, *sólo por lo que se refiere a los juicios civiles de paternidad, puede negarse, a pesar de la imposición de las medidas de apremio, a la práctica y desahogo de la prueba pericial de ADN, pues en este tipo de casos efectivamente tiene el derecho a decidir sobre su libertad de movimiento y sobre su integridad personal.*

¿Por qué sólo en los juicios civiles de paternidad se permite la negativa a la práctica de la prueba pericial de ADN? ¿La disposición opera en función del interés superior del niño? ¿Tiene esto algo que ver con que en estos casos no exista una responsabilidad penal? ¿Para todos los demás casos no es factible permitir dicha negativa? ¿Por qué?

Para diversos autores, puede justificarse el someter coercitivamente a una persona a la realización de la prueba del ADN, entre otros motivos, tratándose de un juicio civil, porque la sujeción a un proceso implica que las partes asuman obligaciones y cargas, siéndoles exigibles determinados comportamientos;<sup>6</sup> consideran que el someterse a la prueba pericial requerida no implica más que una mínima colaboración en el proceso judicial, que ha de ser acatada.

La consideración anterior también puede obedecer a que en un juicio civil de investigación de la paternidad, ese es el asunto fundamental, como lo indica la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, bajo el rubro, PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O

---

<sup>6</sup> Fabio Enrique Bueno Rincón, *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2a. ed. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 138.

INTIMIDAD.<sup>7</sup> En esta tesis se determina que tratándose de la investigación de la paternidad, esa es la prerrogativa que ha de prevalecer en orden con la de intimidad o privacidad, porque la averiguación dirigida a saber quién es el progenitor del menor es lo predominante en el caso concreto, pues de ello se deriva la satisfacción de los derechos del menor a conocer su identidad y filiación y a obtener alimentos, casa, educación, vestido, entre otros.

Por otra parte y respecto de la posibilidad de coaccionar una voluntad para la realización de la prueba de ADN, resulta muy interesante analizar un fallo emitido por el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche, Argentina, en el que se determinó que la prohibición del uso de la fuerza para obtener una declaración se distingue de cuando el mismo cuerpo de la persona pueda constituir una evidencia material en un juicio, por lo que la prohibición sobre el coaccionar la libertad personal implica obligarlo a hacer algo y, no hay prohibición cuando el mismo sujeto es objeto físico de prueba, como en un examen genético.<sup>8</sup> ¿Podríamos considerarlo así en este caso?

No pasa inadvertido lo que la misma Corte señaló dentro del análisis de la presente contradicción de tesis, respecto de que el *hecho de que un menor tenga la certeza de quien es su progenitor constituye un principio de orden público*, y es que aún cuando dentro de los juicios civiles de reconocimiento de la paternidad incidan intereses privados, la filiación es una figura jurídica que trasciende dichos intereses, convirtiéndose en un asunto público. Como sabemos, los derechos fundamentales de las personas no son absolutos y pueden limitarse por razones de orden público, cuya importancia, de la mano del interés superior de la infancia, puede justificar la limitación de algunos derechos, en función de la determinación fehaciente de una paternidad controvertida.

No cabe soslayar que en los procesos de filiación, en los que el interés privado se une a la trascendencia social y pública de la filiación, el carácter dispositivo del proceso civil se impregna de tintes inquisitivos que exigen una profundización más aguda de las reglas procesales, tales como la buena fe

---

<sup>7</sup> Tesis II.2o.C.501 C, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XXII, noviembre de 2005, p. 911.

<sup>8</sup> *Vid.* Luis Mauricio Mizrahi, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 133.

de las partes o en deberes de rango constitucional, como prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso.<sup>9</sup>

#### 4. Confesión ficta, indicio y presunción

La confesión ficta se refiere a que se presumirán confesados los hechos que dentro de una demanda no sean contestados.

Aunque los conceptos de indicio y presunción en ocasiones son utilizados como sinónimos o se confunden entre sí, en el *Diccionario jurídico mexicano* se establece que la corriente jurídica mayoritaria considera que dichos conceptos se refieren a momentos distintos dentro de un proceso. Mientras que los indicios son “hechos, elementos o circunstancias que sirven de apoyo al razonamiento lógico del juez para lograr su convicción sobre la existencia de otros hechos o datos desconocidos en el proceso”,<sup>10</sup> y como tales, dan lugar a las presunciones; las presunciones judiciales, por su parte, equivalen a las “consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido”.<sup>11</sup> Es decir, a partir de los indicios (hechos conocidos) se derivan las presunciones.

La Corte argumentó en su análisis a la contradicción de tesis, que el hecho de que el demandado no se sometiera a la prueba del ADN, debería de ser considerado por el juez como una confesión ficta y que la misma debe administrarse con otros medios de prueba, para que éstos en conjunto, tengan eficacia para acreditar la paternidad; sin embargo, posteriormente estableció que si a pesar de aplicar medidas de apremio para realizar la prueba, no se logra vencer la negativa del demandado para su realización, *debe operar la presunción de la filiación controvertida, salvo prueba en contrario*. Lo anterior resulta contradictorio, es decir, ¿hay que valorar la negativa a someterse a la prueba de ADN con los demás medios probatorios para poder presumir la paternidad o dicha negativa sencillamente, da lugar a la presunción de la paternidad?

Aunque en muchos países se regulan de manera similar los juicios de filiación en el caso de existir negativa por parte del presunto progenitor

---

<sup>9</sup> Aída R. Kemelmajer de Carlucci, “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, vol. IV. Bilbao, Fundación BBV, 1994, p. 181.

<sup>10</sup> Héctor Fix-Zamudio, voz “Indicio”, en *Diccionario jurídico mexicano*. 4a. ed. México, Porrúa / UNAM, IJ, 1991.

<sup>11</sup> *Idem*.

para someterse a la prueba del ADN; es decir, no lo obligan de manera coactiva a que se someta a la prueba, la presunción de la paternidad no opera de manera inmediata; la negativa a someterse a la prueba es considerada solamente como un indicio a considerarse con los demás medios probatorios.

En España, el Tribunal Supremo determinó que la negativa de someterse a la prueba biológica dentro del juicio de reconocimiento de la paternidad, no puede considerarse como una confesión ficta, sino como un indicio valioso para posteriormente poder declarar la paternidad pretendida, enfatizando que el hecho de que alguien se negara a la realización de la prueba, no tiene un solo significado, por lo que solamente constituye un elemento más dentro de los medios probatorios y no una confesión ficta.<sup>12</sup>

Para algunos autores, adoptar la figura de la presunción implica encontrarse ante una regla tasada que obliga al juez, como un juicio lógico determinado por una norma y que el Tribunal debe de acatar, salvo prueba en contrario. Por esta razón, precisan que la negativa a someterse a la prueba ha de ser considerada como un indicio, y que éste sólo puede constituir una pauta en la valoración de las demás pruebas y no la prueba misma, pues el indicio no puede equipararse a una confesión ficta. No obstante, coinciden en que al indicio generado por la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial genética se le pueda otorgar un valor probatorio más alto que a los demás, constituyendo así un indicio grave.<sup>13</sup>

Generalmente se cuida que las presunciones no operen de manera inmediata, se le otorga a la negativa el carácter de indicio, porque: "Las presunciones representan sólo una técnica jurídica que tiene una buena dosis de naturaleza artificiosa, pues se traduce en admitir como verdadero, aquello que no es más que una posibilidad".<sup>14</sup> Es decir, poseen una naturaleza ficticia, y en este sentido, consideramos que atribuir la paternidad de un menor a una persona, sin determinar con certeza si es el verdadero progenitor o no, sólo con la posibilidad de que lo sea, constituye un acto que puede poner en entredicho el derecho del menor a conocer su propio origen.

---

<sup>12</sup> Vid. Francisco Lledó Yagüe, "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas", *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, vol. IV. Bilbao, Fundación BBV, 1994, pp. 36-37.

<sup>13</sup> Vid. L. M. Mizrahi, *op. cit.*, n. 8, p. 98.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 111.

## 5. Conflicto de derechos

El sector de la doctrina que avala la ejecución coactiva de la prueba, justifica su punto de vista en el deber ser, que exige que en un conflicto entre derechos prevalezca el interés social en juego; considera que el hecho de presumir la paternidad ante la negativa del demandado a someterse a la realización de la prueba, “frustra una posibilidad real y concreta de conocer la verdad biológica y que se priva al más débil de la prueba más contundente que se encuentra fuera de su alcance y dependiendo solamente de la voluntad de la otra parte”.<sup>15</sup>

También se argumenta que aunque ejecutar la prueba de manera compulsiva implique ejercer cierto grado de violencia sobre las personas, dicha acción resulta necesaria para lograr una paz jurídica y evitar que la voluntad de los particulares domine sobre la jurisdicción, ya que el sistema de indicios y presunciones era válido para los tiempos en que la ciencia no tenía respuestas para determinar la paternidad.<sup>16</sup>

Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional español, en las causas dudosas, la ejecución compulsiva de los análisis se impone definitivamente sin vacilación, si las pruebas recabadas son suficientes para determinar que la demanda no es frívola o abusiva, pero insuficientes para declarar el vínculo filiatorio reclamado.<sup>17</sup>

Es indudable que en este asunto se materializa un conflicto entre el derecho del menor a conocer su identidad —a tener certeza sobre la misma— y la libertad del supuesto progenitor a decidir sobre su propio cuerpo e integridad personal y por lo tanto, rehusarse a la realización de la prueba; asunto polémico y controvertido que seguramente suscitará argumentos a favor y en contra de uno y otro derecho, pero esto no es suficiente para llegar a una decisión adecuada y justa.

En los casos en los que se presenta una colisión entre derechos es deseable armonizar los derechos confrontados hasta la medida de lo posible, sin embargo, en un asunto como en el que nos ocupa, para no dejar sin protección el derecho a la identidad del menor, resulta inevitable buscar una vía jurídica que lejos de suprimir o censurar algún derecho en beneficio de otro, los evalúe y pondere justamente, debiendo dilucidar cuál

---

<sup>15</sup> Aníbal Ávalos Guzmán, *La filiación en los albores del siglo XXI*. México, Porrúa, 2005, p. 80.

<sup>16</sup> L. M. Mizrahi, *op. cit.*, n. 8, p. 129.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 140.

de ellos resulta superior o más valioso, o si es constitucional restringir algún derecho fundamental en función de una finalidad concreta y, en ese sentido, resolver el conflicto de derechos.

Conforme a la estructura de la ponderación de derechos de Robert Alexy, Bernal Pulido explica la manera en que dicha ponderación de derechos fundamentales constituye una forma de aplicar principios y resolver los conflictos que puedan presentarse entre los derechos o principios.<sup>18</sup> Esta estructura de ponderación se integra por tres elementos, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

La ley de la ponderación se refiere a que en tanto mayor sea el grado de no satisfacción de uno de los derechos, mayor debe de ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta ley contiene un procedimiento de tres pasos:

- 1) Determinar el grado de afectación de un derecho.
- 2) Determinar la importancia de la afectación del derecho que se opone en el conflicto.
- 3) Determinar si la importancia de de la afectación del derecho opuesto justifica la afectación o la no satisfacción del otro derecho.

Para determinar los enunciados anteriores, hay que remitirse a tres variables distintas, a saber:

- a) El grado de afectación de los derechos, definido mediante una escala de tres niveles, en la que los grados de afectación de los derechos corresponde a afectaciones *leves*, *medias* o *intensas*; atribuyéndoseles los valores de 1, 2 y 4, respectivamente.
- b) El peso abstracto de los derechos, referido a que los derechos en conflicto posean la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho que los emite. En este aspecto se especifica que tratándose de dos derechos constitucionales con una misma jerarquía normativa, uno de ellos puede tener un mayor peso en abstracto, como por ejemplo, el derecho a la vida sobre el derecho a la libertad. Cabe señalar que los valores atribuidos al peso abstracto de los derechos son los mismos a que se refiere el inciso anterior, relativo al grado

---

<sup>18</sup> Vid. Carlos Bernal Pulido, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>, 26 de enero de 2007.

de afectación de los derechos; es decir, los derechos tienen un peso abstracto *leve, medio o intenso*, con valores atribuibles de 1, 2 y 4, respectivamente.

- c) La certeza en las apreciaciones empíricas, se traduce en la afectación que la medida concreta proyecta sobre los derechos relevantes; lo anterior es explicado por el autor al indicar que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los derechos en conflicto pueden tener distintos grados de certeza. A estas certezas se les atribuyen las calificaciones de *seguro, plausible y no evidentemente falso*, a las que se les atribuyen los valores de 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$ , respectivamente.

Para valorar lo anterior se establece la *fórmula del peso*, que determina que el peso de un derecho A en relación con un derecho B, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre la afectación del derecho A, su peso abstracto y la certeza de las apreciaciones empíricas relacionadas con su afectación; y la afectación del derecho B en concreto, su peso abstracto y la certeza de las premisas empíricas relacionadas también con su afectación.<sup>19</sup>

La fórmula puede representarse de la siguiente manera:

$$\text{Peso A} = \frac{\text{afectación A} \times \text{peso abstracto A} \times \text{certeza empírica A}}{\text{afectación B} \times \text{peso abstracto B} \times \text{certeza empírica B}}$$

Utilizaremos este criterio de ponderación para el caso que nos ocupa, en el que el derecho a la identidad del menor será A, y el derecho a la libertad e integridad personal del presunto progenitor es B.

Análisis de A (derecho a la identidad)

- a) Catalogaremos la afectación al derecho a la identidad como intensa (4), debido que la falta de realización del examen de ADN evita que haya certeza respecto a la filiación del menor, con lo que su derecho a la identidad no sería satisfecho, atrayendo innumerables consecuencias sobre su dignidad y desarrollo personal.

---

<sup>19</sup> Vid. C. Bernal Pulido, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en *op. cit.*, n. 15, p. 24.

- b) Para determinar el peso abstracto del derecho, tomamos en cuenta que si bien, el derecho a la identidad de los menores no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, su numeral 4o., ordena que el estado provea lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la infancia; y el derecho a la identidad en específico se relaciona directamente con la dignidad del menor. El derecho a la identidad, a su vez, se encuentra contemplado por la Convención de los Derechos del Niño —que como tratado internacional forma parte de la Ley Suprema de la Unión—, Convención que además establece el Principio del Interés Superior del Niño, en todos los asuntos relativos a los menores de edad; en ese sentido consideramos que su peso abstracto es intenso (4).
- c) En cuanto a la certeza de la premisa empírica sobre la afectación del derecho, la definimos como segura (1), en virtud de que sin la realización de la prueba de ADN, no existirá una verdad biológica que determine fehacientemente la paternidad y por lo tanto, la identidad del menor.

#### Análisis de B (derecho a la libertad e integridad personal)

- a) Calificamos la afectación al derecho de libertad e integridad personal como media (2), debido a que aunque existe una restricción al derecho, ésta no supone ningún riesgo, daño o peligro para el presunto progenitor; si acaso una ínfima molestia que como extracción de sangre, ha sido calificada como aceptable por la Comisión Europea de Derechos Humanos. Aparte, hemos de considerar que la realización de la prueba de ADN, ni siquiera implica una punción venosa, puede ser realizada con una muestra de saliva, de mucosa bucal o incluso con un cabello, por lo que la restricción al derecho es instantánea, de carácter no permanente, no deja huella ni supone un procedimiento traumático. La restricción causa efectos solamente sobre la voluntad de las personas, y en el ámbito jurídico son muchas las ocasiones en que la voluntad de los sujetos ha de adecuarse a lo ordenado por la ley y el estado en función del interés público o el bien común.
- b) En cuanto al peso abstracto del derecho a la libertad e integridad personal le otorgamos un valor intenso (4), ya que se trata de un derecho de los llamados personalismos.

c) En tanto la certeza de la premisa empírica sobre la afectación del derecho, la consideramos como segura (1), pues el obligar a alguien a someterse a una prueba de ADN contra su voluntad, implica una restricción al derecho a la libertad e integridad personal.

En ese sentido tendríamos que:

$$\text{Peso de A} = \frac{4 \times 4 \times 1}{4 \times 2 \times 1} = \frac{16}{8} = 2 \quad \text{Peso de B} = \frac{4 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{8}{16} = 0.5$$

Por lo tanto, el peso de A, con relación a B, tiene una afectación de 2, mientras el peso de B, con relación a A, es afectado en 0.5, por lo que el derecho a la libertad e integridad personal del presunto progenitor, afectado en 0.5, no justifica la incertidumbre respecto del derecho a la identidad del menor de edad, afectado en 2, siendo este último el derecho que ha de prevalecer en la valoración del caso concreto.

En otro orden de ideas, también para determinar la constitucionalidad de una restricción a los derechos fundamentales, algunos órganos como el Tribunal Constitucional español consideran adecuado someter los conflictos suscitados al análisis del principio de proporcionalidad o proporcionalidad de los sacrificios en la limitación de de un derecho fundamental,<sup>20</sup> con lo que se pretende analizar si existe proporción entre la intromisión a los derechos fundamentales y la finalidad a la que dicha intromisión ha de servir.<sup>21</sup> El principio de proporcionalidad implica tres requisitos, a saber: 1) que la restricción sea idónea para alcanzar el fin legítimo perseguido; 2) que sea necesaria o imprescindible para lograr dicho fin y, 3) que el sacrificio a realizarse con motivo de alcanzar dicho fin, no sea desmedido en comparación con la gravedad de los hechos.

En este sentido, consideramos que la prueba pericial genética del ADN es idónea para determinar si existe o no una relación de paternidad, la misma Corte la ha calificado como el método más preciso, confiable y contundente para el establecimiento de las relaciones paterno-filiales; es imprescindible para determinar con certeza la identidad del menor —si lo anterior no se desprende de alguna otra prueba dentro del juicio— y no supone un sacrificio grave para la libertad e integridad personal de quien se ha de someter a la misma.

---

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencias 26/1981 y 13/1985.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia 7/1994.

En Alemania, por ejemplo, existe la obligación de las partes a tolerar los exámenes de ADN con el fin de dilucidar la verdad biológica dentro de los juicios de paternidad; el examen se realiza de manera coercitiva, obedeciendo a los principios de necesidad y racionalidad.<sup>22</sup>

El principio de necesidad establece que sólo se realizarán pruebas médicas o biológicas por la fuerza, cuando las mismas tengan una importancia decisiva y constituyan una prueba necesaria para esclarecer los hechos, es decir, cuando al agotar los medios de prueba no se pueda determinar la filiación, y ésta sólo pueda resolverse con los resultados de la prueba. Por su parte, el principio de racionalidad se refiere a que las personas están obligadas a soportar las pruebas biológicas, siempre que su realización no conlleve la consecuencia de provocar un perjuicio para su salud física o psíquica. Ésta es otra manera de restricción de un derecho fundamental que obedece no a un capricho si no a la búsqueda de una solución que implique el mayor grado de justicia posible dentro de un proceso y certeza sobre la resolución judicial.

## **Consideración final**

Creemos que someter coactivamente a una persona a la prueba de ADN es una decisión que debe ser valorada en cada caso concreto con el objeto de no restringir la libertad personal de manera indiscriminada. Sin embargo, en aquellos casos en que no exista claridad suficiente sobre la paternidad controvertida se hace indispensable la realización de la prueba, atendiendo al principio del interés superior del niño y con el fin de que tanto su derecho a la identidad como su derecho a percibir alimentos por parte de sus ascendientes sean garantizados.

Lo anterior, porque habrá casos en los que la simple negativa del demandado para someterse a la prueba pericial no arroje suficientes elementos para determinar la paternidad y no sería deseable dejar el caso inconcluso ni presumir una paternidad no certera. Consideramos que si en ocasiones las medidas de apremio o hasta la posible comisión de un delito de desobediencia no bastan para vencer la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, la determinación de presumir la paternidad tampoco lo conseguirá en todos los casos.

---

<sup>22</sup> María Corona Quesada González, "Las pruebas de ADN en los procesos de filiación", en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVII, fasc. II. Madrid, abr.-jun., 2005, p. 569.

Con el fin de poder aplicar este tipo de pruebas —aún en contra de la voluntad de la persona— resulta necesario desarrollar disposiciones legislativas en las que se regulen, definan y delimiten los supuestos en que estas pruebas deban de ser realizadas; no sólo respecto de los juicios civiles de investigación de la paternidad o maternidad, porque el campo de investigación de la genética humana se abre a muchas posibilidades de utilización y el día de mañana las mismas pruebas pueden ser fundamentales en otros ámbitos como el derecho a la salud o el derecho penal y debemos prepararnos para enfrentar y resolver este tipo de cuestiones, logrando que la ciencia sea en verdad un instrumento coadyuvante para el derecho y la justicia.

## Comentario bibliográfico

Roberto HERRERA CARASSOU, *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México, Siglo XXI Editores, 2006. 229 pp.

La migración es un fenómeno social complejo por lo que implica desde la motivación, decisión, proceso y consecuencias para los involucrados, así como la respuesta del entorno a estas acciones. Vivimos en sociedad y lo que hacemos no sólo nos repercute directamente, sino indirectamente a todas las personas, y tal manifestación material es la que motiva su estudio y da pie a la teorización al respecto.

Para hablar de la migración hay que conocerla y la única forma es tomando muestras empíricas, aunque en este caso serán parciales o bien correspondientes a la corriente migratoria tratada, porque sus características pueden cambiar tan sólo por el lugar en el que se recogen, sea un país de origen, tránsito o destino.

Aunque no puede tratarse sólo de estadística, ¿cuántos salen? No lo sabemos. ¿Cuántos son deportados? Nos enteramos al recibirlos. ¿Cuántos lo logran solos? ¿Cuántos son víctimas del tráfico? Es muy importante estudiar la teoría de la migración y que la argumentación racional nos permita, además de la observación, construir una explicación de los hechos vitales, pero desde una visión global, como lo sugiere el doctor en sociología Roberto Herrera Carassou, al concentrar lo que se ha escrito al respecto.

El autor establece el propósito de su investigación en el prólogo, al señalar que se “necesita un recuento histórico, un inventario actualizado del conocimiento teórico existente sobre el estudio de las migraciones”, refiriendo desde el inicio de su trabajo los enfoques desde los que es estudiada la migración: microanalítico como estudio de casos y macroteórico en el contexto histórico estructural. Claro que lo mejor sería poder analizar la migración con un modelo global de la problemática, pero no puede ser así; además, el propio autor refiere que sólo pocos creen posible una teoría general de las migraciones.

Por lo anterior, sí es importante establecer una conceptualización precisa que evite confusiones y conocer la migración en general en la historia como parte del

motor de la evolución en el hombre, así como el cambio de los dos últimos siglos en relación con la historia de la economía, lo cual complementaría parte del sustento histórico-estructural.

Saber sobre las causas, individuales, colectivas o estructurales el cambio social, la modernización, la decisión individual, el modelo histórico estructural, el materialismo histórico, el migrante como mercancía, la industrialización, la movilidad transicional, el desequilibrio funcional, la atracción expulsión, los ciclos económicos, la movilidad laboral, el desarrollo, aspectos demográficos, las leyes de Ravenstein y los obstáculos. ¿Por qué subsisten?

En el proceso migratorio, además que la toma de decisión para migrar y las características de los migrantes como selectividad o diferenciales, hace falta referirse a la victimización de los migrantes por la delincuencia particular y pública, de la violación a sus derechos humanos, de la asistencia pública que les corresponde y de la privada que reciben, de la violencia, del racismo y de sus excusas, de la manipulación de que son objeto para justificar no sólo crisis económicas, sino hasta de seguridad pública y nacional, y sin embargo, la inmigración laboral a Estados Unidos de América no es regulada, sino reprimida, porque abarata más el costo, aunque desafortunadamente también fomenta el tráfico de personas.

Entre las consecuencias se señalan los impactos psíquico y social, escasamente trabajados, que en lo individual y familiar, los traumas recibidos en el proceso migratorio a la larga pueden acarrear mayores problemas psicosociales y de salud, que significan cargas económicas que los países receptores no quieren y sí fomentan con sus medidas de control, así como la asimilación cultural, la marginalidad, los efectos económicos, demográficos y políticos, en lo estructural, tanto para el país de destino como para el de origen.

El trabajo cumplió su objetivo, nos ha presentado la teoría trabajada en torno a la migración, a lo que agregaríamos lo comentado en el apartado del proceso, por lo que su lectura es necesaria para todos aquellos interesados en el tema que deseen considerar la mayoría de sus aspectos al referirse al mismo.

María Elena LUGO GARFIAS  
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

# Comentario bibliográfico

Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2006. 214 pp.

En 1991, el célebre jurista alemán Dieter Grimm publicaba su libro *Die Zukunft der Verfassung*, que la editorial Trotta editaría 15 años después, traducido al español, con el título de *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, obra que a pesar de la distancia mantiene su vigencia.

El profesor Grimm nació hace casi 70 años en Kassel, ciudad alemana situada a 200 kilómetros de Francfort. Estudió derecho y ciencia política en las universidades de Friburgo, Berlín, París, Harvard y Francfort, en esta última obtuvo el grado de doctor en Derecho, con la tesis *La solidaridad como principio jurídico*. Se desempeñó como investigador en el Instituto Max Planck de Historia Jurídica Europea, al cual debe mucho de su formación académica, ya que brindó a su visión una dimensión histórica y tridimensional basada en el derecho, la ciencia política y enfoques empíricos e históricos, misma que le ha impedido ver a la jurisprudencia como una ciencia aislada de la realidad.\* De 1987 a 1999 fue magistrado en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la Primera Sala, la de los derechos fundamentales, por lo que conoce a profundidad la realidad cotidiana de la ley fundamental. Ha sido también profesor de Derecho público en diversas universidades y desde 2001 fue nombrado rector del *Wissenschaftskolleg* (Colegio de Ciencias) de Berlín.

El constitucionalista alemán nos presenta en este libro una serie de seis estudios sobre la Constitución y los derechos fundamentales cuyo hilo conductor es su desarrollo histórico, pero siempre con la visión puesta en el devenir; no en vano, la traducción literal del título original de esta obra es *El futuro de la Constitución*. Grimm ofrece en este libro una visión sustancial del constitucionalismo,

---

\* "To Be a Constitutional Court Judge", A Conversation with Dieter Grimm, en <http://www.nyulawglobal.org/events/dfls/DFLSGrimm.htm>, consultada el 29 de agosto de 2006.

construyendo una teoría de la Constitución donde los derechos fundamentales son el eje en torno a los cuales deben girar los fines del Estado y sus obligaciones a largo plazo, con independencia de cualquier interés particular. Los problemas que lo inquietan se presentan de manera recurrente a lo largo de la obra, pero se abordan siempre desde distinta perspectiva. De los seis estudios: “Constitución”, “Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno”, “Los derechos fundamentales en relación con el origen de la sociedad burguesa”, “El concepto de constitución en el desarrollo histórico”, “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?” y “El futuro de la constitución”, se destacan cuatro por su relevancia.

En primer término, el estudio denominado “Constitución”, en el cual Dieter Grimm parte de dicho concepto, para detenerse posteriormente en el surgimiento y propagación de la Constitución, como unidad inseparable tanto de la función limitadora del poder como del contenido de los derechos fundamentales. Al referirse a su función y singularidad, enfatiza su carácter como conjunto de normas jurídicas situadas a distancia de la realidad, lo que le permite servir —al mismo tiempo— como regla de comportamiento y juicio a la política; siempre sobre una base consensual histórica, por lo que sólo puede proporcionar las normas básicas del proceso político y nunca ser una herramienta de juridificación total de la política. De ahí que la Constitución no pueda cambiar la realidad en forma inmediata, pero sí influir indirectamente al legalizar o no las relaciones de poder existentes, con del propósito de fortalecerlas o debilitarlas, puesto que para Grimm la legalidad en sí misma es un factor de poder. De especial importancia resulta, para el célebre jurista alemán, la pretensión de validez de la Constitución, la cual recae en la efectividad que ésta logra frente a las relaciones fácticas de poder, ya que algunas Constituciones se limitan a reproducir las relaciones de poder existentes, en tanto que otras pretenden ser guías de conducta. Evidentemente, el tipo de Constitución depende del grado de desarrollo de la sociedad, así como del modelo predominante de legitimidad. Destaca, por otra parte, el papel de los tribunales constitucionales que, con sus interpretaciones, se han convertido en el factor más importante de mutación constitucional, al atribuir un significado distinto a las normas constitucionales aun cuando su texto permanece idéntico. Finalmente, el autor se refiere al cambio y la crisis de los derechos fundamentales, que se transforman radicalmente en objetivos a perseguir y en proyectos de justicia, sin que ello los prive de la función para la que fueron creados: limitar el poder del Estado. Sin embargo, pagan su ampliación de funciones con una pérdida de validez, ya que, por una parte, hacen precisa la intervención del Estado para el cumplimiento de los programas, pero por otra, sólo pueden determinar dicho cumplimiento de manera limitada, ya que al alcanzar la actividad estatal un grado de complejidad tan alto no es posible preverla de manera completa.

En otro de los estudios, “El nacimiento del constitucionalismo moderno”, Grimm busca una explicación en el pasado dirigida hacia el presente y el futuro. Para ello pone énfasis en el aspecto histórico, con el objetivo de analizar las razones que permitieron que la Constitución pudiera introducirse en las sociedades de finales del siglo XVIII y convertirse en poco tiempo en una cuestión central. Asimismo, se enfoca en dar respuesta a una serie de cuestionamientos sobre si realmente la Constitución puede mantenerse bajo condiciones distintas a las que hicieron posible su surgimiento hace 200 años. Para Grimm, es así, pero no por su eficacia sino debido a la carencia de opciones que legitimen y limiten el poder político. No obstante, para el jurista alemán, el principal problema radica en que la evolución ha redundado en que la capacidad reguladora del derecho constitucional se ha visto disminuida frente al poder estatal, lo que da lugar a que se cuestione su aptitud para resolver problemas. Esto debido, por un lado, a la naturaleza altamente compleja de la sociedad actual y al nuevo modo de la actividad estatal, ahora planificadora, directiva y ejecutiva, y, por el otro, a la incapacidad de tener un control jurídico pleno, ya que las normas no pueden anticiparse del todo a los constantes y vertiginosos cambios de los supuestos jurídicos. Para el cumplimiento de una buena parte de sus tareas, el Estado carece de instrumentos específicamente estatales como la coacción, por lo que depende de métodos de motivación indirectos, quedando ésta en manos de actores privados. Los grupos sociales privilegiados participan en la ejecución de las funciones estatales y empujan nuevamente al sistema a regresar al viejo orden de los centros de poder dispersos e independientes. De este modo, afecta, a su vez, el poder vinculante de la Constitución, que ya no abarca a todos los titulares de las decisiones, por lo que su vinculación con el poder se vuelve concreta y particular.

El tercero de los estudios al que se hace referencia es el titulado “Los derechos fundamentales en relación con el origen de la sociedad burguesa”, donde Grimm establece, en primer término, la distinción entre las libertades jurídicamente protegidas y los derechos fundamentales. Para continuar con una amplia descripción de las diferencias entre las antiguas formas de protección jurídica y los catálogos de los derechos fundamentales de las constituciones modernas; hecho lo anterior, considera necesario precisar si los derechos fundamentales realmente deben ser considerados una expresión de los intereses y las ideas burguesas. Para el profesor alemán, sólo es posible hablar de una conquista netamente burguesa si se comprueba la existencia de una relación interna entre burguesía, libertad individual y protección de la libertad por los derechos fundamentales, lo cual se acentúa, toda vez que no existe un modelo uniforme de la sociedad burguesa y del papel que desempeñan los derechos fundamentales. Grimm juzga que de la respuesta que, desde un punto de vista histórico, se dé al cuestionamiento anterior, dependerá el rol actual de los derechos fundamentales, así como su importancia en el futuro. El autor realiza un recorrido histórico por los comienzos de la historia moderna de los derechos fundamentales, a través de Inglaterra, Estados Unidos, Francia,

Alemania y Polonia, como ejemplos representativos de las sociedades burguesas de la época. Concluye que, pese a todos los avatares que se describen, los derechos fundamentales mantienen intacto su prestigio, no tanto debido a su contenido como a su función; ya que es justamente mediante sus distintas funciones e interpretación como los derechos fundamentales pueden desempeñar su rol, al adaptarse a la cambiante actividad estatal y a las nuevas amenazas a la libertad sin permanentes modificaciones en los textos, ya que estos derechos *actúan como señal de alarma de los déficit de libertad del derecho válido y como principio dinámico de reajuste del derecho.*

En el último de los estudios a comentar, "El futuro de la Constitución", el autor centra sus reflexiones en torno a la debilidad de la Constitución frente las políticas del Estado de bienestar. Parte de este planteamiento para dilucidar hacia dónde va la Constitución, y si su debilidad se debe a un déficit de adaptación o a que el derecho constitucional no representa un medio adecuado para la implantación del Estado de bienestar. Grimm considera que es necesario partir del origen de la Constitución, es decir, adentrarse en las razones de su aparición, para saber si existe un vínculo entre éstas y las condiciones en las que surgió el Estado de bienestar. El autor analiza, por una parte, las transformaciones que dieron lugar al nacimiento de la Constitución moderna y, por la otra, la progresiva construcción de una nueva clase de Estado, que generó no sólo nuevas tareas, sino también nuevos actores y herramientas. Una vez elaborado el diagnóstico anterior, Grimm estudia sus repercusiones desde tres ámbitos: la necesidad, el objeto y los fines de la regulación constitucional; la primera se mantiene vigente, en tanto que los dos últimos, sin duda, han variado. El jurista alemán concluye este estudio con dos reflexiones. Primera: que si bien el derecho constitucional se encuentra impotente frente a la posibilidad de regular a todos los titulares del poder público y ámbitos de la actividad estatal, *la renuncia a la Constitución sería una pérdida en términos de paz social y cambio controlado.* Segunda: referida al papel de los derechos fundamentales, los cuales deben entenderse no sólo como un medio de defensa contra la autoridad estatal, sino como *principios objetivos que obligan al amparo universal de la libertad-jurídico fundamental y establecen su actividad organizadora de la sociedad sobre los principios jurídico-fundamentales.*

De *Constitucionalismo y derechos fundamentales* se puede recoger no solamente una sustancial contribución con su teoría sobre la Constitución y los derechos fundamentales, sino, desde el punto de vista metodológico, una visión que refleja claramente la perspectiva tridimensional a la que se hacía alusión más arriba, al ofrecer una mirada histórica con tintes profundamente sociológicos. Se trata sin duda de un texto que constituye una herramienta fundamental para estudiar y entender el desarrollo histórico de las Constituciones, así como su porvenir.

Mención aparte merece el "Estudio preliminar" de Antonio López Pina, catedrático de Derecho constitucional y gran conocedor de la dogmática alemana, quien hace, por una parte, un esbozo tan preciso como bienvenido de la teoría y

práctica del antiguo magistrado como defensor de la Constitución. Por la otra, traza también una descripción del *personaje Grimm*, quien aun cuando por momentos puede ser lapidario, muestra siempre una *extraordinaria capacidad razonadora, argumentativa y persuasiva*, además de definirse a sí mismo como liberal y beligerante jurista.

Un comentario más antes de terminar. La traducción del texto al español realizada por los catedráticos españoles Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, se lee con fluidez y claridad, lo cual se agradece. En suma, lo cierto es que el texto de Dieter Grimm nos recuerda que ya es hora de replantear la manera de pensar la Constitución, los derechos fundamentales y el papel del Estado en las sociedades actuales.

VERÓNICA DE LA ROSA JAIMES  
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH



# Bibliografía

---

## Bibliografía sobre democracia y derechos humanos

**Eugenio Hurtado Márquez\***

- ACOSTA, MARCIAIRE, "DEMOCRACIA, GOBERNABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS", EN *Foro Nacional sobre Derechos Humanos*. México, CNDH, 1998, pp. 45-57.
- Álvarez López, Ignacio, "Derechos humanos y democracia (procesos electorales)", en *Gaceta*. Villahermosa, Tab., núm. 8, enero-junio de 2002, pp. 25-40.
- Álvarez Montero, José L., *El amparo en materia política. (Los derechos fundamentales de los gobernados desde la perspectiva democrática del Estado mexicano en tránsito a la modernidad)*. Jalapa, Universidad Veracruzana, 1991.
- AMERICAS WATCH, *Una guerra desesperada: los derechos humanos en el Perú después de una década de democracia y violencia*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990, 70 pp.
- Andrade Sánchez, Eduardo, "Mecanismos de participación en las democracias iberoamericanas", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 1-4.
- Arias Sánchez, Óscar, "La democracia y los derechos humanos", en *Revista*. Monterrey, N. L., núm. 1-2, agosto de 1993, pp. 71-78.
- Arnaiz Amigo, Aurora, "Tipología de la sociedad política latinoamericana en la búsqueda de sus democracias", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 25-45.
- Ávila Ortiz, Raúl, "Derecho electoral y derechos humanos de tercera generación en América Latina", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 41-76.
- Barbieri, M. Teresita de, "Derechos humanos para la democracia", en *Debate Feminista*. México, vol. 1, marzo de 1990, pp. 46-52.

---

\* Director Editorial, Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, AGUSTÍN, "EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA EN MÉXICO", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 47-62.
- Basave Fernández del Valle, Agustín, *Teoría de la democracia. Fundamentos de filosofía democrática*. Monterrey, Universidad de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, 2003, 203 pp.
- Benes, Eduardo, *Democracia de hoy y de mañana*, trad. de Pedro Bosch-Gimpera. México, Ediciones Minerva, 1941, 237 pp.
- Benhuméa González, Laura, "Derechos humanos, paz y democracia", en *Encuentro: Gobierno y Sociedad*. Toluca, núm. 2, marzo de 2001, pp. 11-16.
- Bortolomei, María Luisa, "Los derechos humanos desde una perspectiva integral, la lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina", en *Justicia y Paz. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 33, enero-marzo de 1994, pp. 236-243.
- Bruno, Ángel, Marcelo Cavarozzi y Vicente Palermo, comps., *Los derechos humanos en la democracia*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1985, 108 pp.
- Buch, Charlotte, "Feminismo, democracia y derechos humanos", en *Fem*. México, núm. 125, julio de 1993, pp. 6-10.
- Cafiero, Juan Pablo, "Estado, democracia y derechos humanos", en *Hechos y Derechos*. Buenos Aires, núm. 2, verano 1995-1996, pp. 49-51.
- CAMARGO, PEDRO PABLO, *Derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1996.
- Carbonell, Miguel, "Democracia y representación en México: algunas cuestiones pendientes", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 71-90.
- Cardus, Salvador, "Nationalism, Democracy, and Human Rights", en *Human Rights Review*. Nueva Jersey, vol. 2, núm. 1, octubre-diciembre de 2000, pp. 104-108.
- Castillo Velasco, Jaime, *Democracia y derechos humanos*. Santiago de Chile, Pehuén / Icheh, 1986, 291 pp.
- Cerdas Cruz, Rodolfo, "Democracia y derechos humanos", en *Estudios básicos de derechos humanos I*. San José, Costa Rica, IIDH-Comisión de la Unión Europea, 1994, pp. 295-311.
- Cerdas Cruz, Rodolfo, "Democracia y derechos humanos: tareas pendientes en Centroamérica", en *Anuario de Estudios Centroamericanos*. San José, Costa Rica, vol. 20, núm. 2, 1994, pp. 15-26.
- Chipoco Caceda, Carla, "La defensoría del Pueblo, la defensa de los derechos humanos y la promoción de la democracia en el Sistema Interamericano", en *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*. Lima, Perú, núm. 3, mayo de 2001, pp. 61-77.

- CIURLIZZA, JAVIER, "LA BÚSQUDA PERMANENTE DE CONSENSO INTERNACIONAL: DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y GOBERNABILIDAD". EN *Boletín*, Lima, Perú, núm. 45, junio de 1995, pp. 50-59.
- Comisión Andina de Juristas, *Democracia, derechos humanos y administración de justicia en la región andina*. Lima, CAJ, 1994.
- Comisión Andina de Juristas, *Democracia y derechos humanos en el contexto económico latinoamericano*. Lima, CAJ, 2000.
- Concha Malo, Miguel, "Los derechos humanos como precondition de la democracia, el desarrollo y la paz", en *Justicia y Paz. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 34, abril-junio de 1994, pp. 43-47.
- Córdoba Triviño, Jaime, "Democracia y derechos humanos", en *Su Defensor*. Bogotá, Colombia, núm. 26, septiembre de 1995, pp. 4-8.
- Córdoba Triviño, Jaime, "Democracia y derechos humanos", en *Perfiles Liberales*. Bogotá, Colombia, núm. 47, mayo-junio de 1996, pp. 20-23.
- Correas, Óscar, "Democracia y derechos humanos en América Latina (apuntes)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Granada, núms. 26-27, 1986-1987, pp. 1-12.
- Couffignal, Georges, comp., *Democracias posibles. El desafío latinoamericano*, trad. Beatriz E. Cagnolatti. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, 281 pp.
- Covarrubias Dueñas, José de Jesús, "Las comunidades autóctonas en México. Democracia y representación en el marco autonómico", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 91-112.
- Delgado Ocando, José Manuel, "Democracia liberal y filosofía del derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XI, núms. 41-42, enero-junio de 1961, pp. 155-162.
- Dermizaky Peredo, Pablo, *Constitución, democracia y derechos humanos*. Sucre, Editorial Judicial, 1999.
- Días, Clarence y David Gillies, *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Montreal, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, 1993, 47 pp.
- Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*. 9a. ed. Madrid, Taurus, 1998, 203 pp.
- Díaz, Elías, "La universalización de la democracia: los hechos y los derechos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Granada, núm. 36, 2002, pp. 45-62.
- Dieterlen, Paulette, "Derechos humanos y tradición republicana", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. IV, *Ética y derecho electoral en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 1353-1371.
- Duhalde, Eduardo Luis, "A propósito del artículo 534 del Código de Justicia Militar: democracia, derechos humanos y obediencia debida", en *Hechos*

- y *Derechos*. Buenos Aires, núm. 2, verano 1995-1996, pp. 43-48.
- Fernández Santillán, José, "Derechos humanos y democracia", en *Este País*. México, núm. 59, febrero de 1996, pp. 30-34.
- Fix-Fierro, Héctor, "Los derechos políticos en el ordenamiento mexicano", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XLV, núms. 203-204, septiembre-diciembre de 1995, pp. 59-92.
- Fix-Fierro, Héctor, "Los derechos políticos en el reforma electoral de 1996", en Patricia Galeana, comp., *El camino de la democracia en México*. México, AGN / Cámara de Diputados / UNAM, 1998, pp. 275-282.
- Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*. 2a. ed. México, UNAM, 2006, 126 pp.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Derecho, Constitución y democracia", en *La Revista del Colegio*. México, vol. 1, núm. 2, diciembre de 1989, pp. 171-216.
- Flores, Imer B., "Democracia y participación: consideraciones sobre la representación política", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 195-238.
- García Espinosa de los Monteros, Dilcy Samantha, "La cultura de los derechos humanos para la consolidación de la democracia mexicana", en *Bien Común y Gobierno*. México, núm. 92, agosto de 2002, pp. 41-44.
- GARCÍA LAGUARDIA, JORGE MARIO, "MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA", EN *Derechos y Humanos*. México, núm. 3, enero-junio de 1997, pp. 14-19.
- García Laguardia, Jorge Mario, *Derechos humanos y democracia*. México, CNDH, 1997, 203 pp.
- García Laguardia, Jorge Mario, "El significado de la Constitución. Democracia y derechos humanos. Una perspectiva histórica", en *El significado actual de la Constitución. Memoria del Simposio Internacional*. México, UNAM, 1998, pp. 299-308.
- García Laguardia, Jorge Mario, "Derechos políticos, democracia y observación electoral", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. IV, *Ética y derecho electoral en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 1317-1326.
- Gargallo, Francesca, "Democracia, sociedad y derechos humanos de las mujeres", en *Fem. México*, núm. 123, mayo de 1993, pp. 4-6.
- Garza Rivas, Eduardo, "Libertad de expresión, democracia y derechos humanos", en *Boletín Informativo*. Ciudad Victoria, Tamps., núm. 9, abril de 1994, pp. 13-21.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Constitución y democracia en América Latina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Madrid, 2000, pp. 55-77.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y democracia en América Latina", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*

- rez. Granada, núm. 33, 1999, pp. 133-150.
- Gérard, Philippe, "Derechos humanos y democracia", en *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid, vol. 3, 2002, pp. 261-279.
- González Uribe, Héctor, "Evolución constitucional y democracia en Iberoamérica", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 203-227.
- Griffith, Ivelaw L., "Political Change, Democracy, and Human Rights in Guyana", en *Third World Quarterly*. Londres, vol. 18, núm. 2, junio de 1997, 267-285.
- Griffith, Ivelaw L. y Betty N. Sedoc-Dahlberg, eds., *Democracy and Human Rights in the Caribbean*. Boulder, Colorado, Westview Press, 1987, 285 pp.
- Gutiérrez, María Trinidad, "Acerca de la libertad sexual, la democracia y los derechos humanos", en *Justicia y Paz*. *Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 39, junio-septiembre de 1995, pp. 7-9.
- Jelin, Elizabeth y Eric Hershberg, *CONSTRUIR LA DEMOCRACIA: DERECHOS HUMANOS, CIUDADANÍA Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA*. Caracas, Nueva Sociedad, 1996.
- Jiménez Sánchez, José Joaquín, "Democracia y derechos humanos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Granada, núm. 35, 2001, pp. 189-212.
- Lampe, Armando, "Democracia electoral y derechos humanos", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI*. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, t. IV, *Ética y derecho electoral en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 1391-1396.
- Langlois, Anthony J., "Human Rights without Democracy? A Critique of the Separationist Thesis", en *Human Rights Quarterly*. Baltimore, vol. 25, núm. 4, noviembre de 2003, pp. 990-1019.
- LeFur, Delos, "La democracia y la crisis de Estado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XI, núms. 43-44, julio-diciembre de 1961, pp. 535-576.
- Lins, Mario, "Principios básicos para una concepción científica de la democracia", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. México, t. X, núms. 37-40, enero-diciembre de 1948, pp. 39-70.
- López, Mario Justo, "La democracia", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XXVI, núms. 103-104, julio-diciembre de 1976, pp. 257-270.
- Madrazo, Jorge, "Los derechos humanos son el basamento del progreso de la sociedad, de la modernidad, la libertad, la democracia y la paz", en *Seis años de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes*. México, CNDH, 1996, pp. 40-53.
- Madrid Hurtado, Miguel de la, *Constitución, Estado de Derecho y democracia*. México, UNAM, 2004, 241 pp.
- Madrigal Guerrero, Susana e Ignacio Hurtado Gómez, "Derechos humanos y democracia en el México de hoy:

- reflexiones", en *Boletín CEDH*. Morelia, núm. 20, septiembre-diciembre de 2000, pp. 19-22.
- Magendzok, Abraham, "Dilemas y tensiones en torno a la educación en derechos humanos en democracia", en *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, núm. 14, julio-diciembre de 1991, pp. 53-64.
- Martí B., Luis Felipe, "Los derechos humanos y la representación política", en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coords., *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México, UNAM, 2006, t. I, pp. 553-593.
- Martínez Bullé Goyri, Víctor M., "El camino de la democracia en el México actual", en Patricia Galeana, comp., *El camino de la democracia en México*. México, AGN / Cámara de Diputados / UNAM, 1998, pp. 87-99.
- Matarollo, Rodolfo, "Impunidad, democracia y derechos humanos", en *Justicia y Paz. Revista de Derechos Humanos*. México, núm. 33, enero-marzo de 1994, pp. 9-16.
- Mayorga, René Antonio, *Democracia y gobernabilidad en América Latina*. Caracas, Nueva Sociedad, 1992, 187 pp.
- Mergier, Anne Marie, "Democracia, justicia y derechos humanos, reclama a México el Parlamento europeo", en *Proceso*. México, núm. 900, enero de 1994, pp. 61-63.
- Monshpouri, Mahmood, *Democratization, Liberalization and Human Rights in the Third World*. Boulder, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1995, 192 pp.
- MURRAY, SANTIAGO, "LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO", EN J. JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ, COMP., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 271-281.
- Nava Go mar, Salvador O., "El Estado constitucional: sinonimia positivada entre Constitución y democracia (triple relación)", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Madrid, 2003, pp. 13-31.
- Nava Treviño, Félix Ponce, "Democracia y representación. El balotaje en la elección presidencial en México", en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 299-320.
- Navarrete, Tarsicio, "Defensa de los derechos políticos", en *Justicia y Paz. Revista de Derechos Humanos*. México, año VI, núm. 22, abril-junio de 1991.
- NIKKEN, PEDRO, "DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA EN VENEZUELA", EN *Boletín*. Lima, Perú, núm. 35, diciembre de 1992, pp. 48-52.
- Olea, Héctor R., "Evolución constitucional y democracia en México", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 321-338.
- Orlin, Theodore S., "Book Review: Freedom's Ordeal: The Struggle for

- Human Rights and Democracy in Post-Soviet States”, en *Human Rights Quarterly*. Baltimore, vol. 21, núm. 3, agosto de 1999, pp. 831-836.
- Orozco Henríquez, J. Jesús y Juan Carlos Silva Adaya, *Los derechos humanos de los mexicanos*. México, CNDH, 2002, 89 pp.
- Pan, Jorge, “Los servicios legales en la democracia constitucional: el trabajo de IELSUR en derechos humanos”, en *Portavoz*. Bogotá, Colombia, núm. 41, diciembre de 1994, pp. 11-13.
- Paniagua Corazao, Valentín, *Constitución, democracia y autocracia*. México, UNAM, 2004, 254 pp.
- Paniagua Corazao, Valentín, “Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Madrid, 2005, t. I, pp. 109-122.
- Pérez Chaliní, Manuel Santiago, “Transición de la democracia y derechos humanos: ‘derechos humanos para el siglo XXI’”, en *Expresión*. Tlaquepaque, Jal., núm. 9, enero-junio de 1994, pp. 6-10.
- Preciado Hernández, Rafael, “Significación actual de la democracia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XXII, núms. 87-88, julio-diciembre de 1977, pp. 637-642.
- Ramírez Topete, Raúl G., “Los fundamentos de la democracia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. VI, núm. 27, enero-junio de 1956, pp. 153-168.
- Reding, Andrew, *Democracy and Human Rights in México*. Nueva York, World Policy Papers, 1995, 68 pp.
- RÍOS GARCÍA, RICARDO DE LOS, “EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA EN IBEROAMÉRICA”, EN *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 389-407.
- Roccatí Velázquez, Mireille, “Los derechos humanos y la democracia en México”, en *Conciencia Mexicana, Reflexión Colectiva, Económica y Social*. México, núm. 5, enero-marzo de 1998, pp. 64-70.
- Rodríguez Elizondo, José, *Democracia y derechos humanos en América Latina*. Madrid, Instituto de Cooperación Latinoamericana, 1989, 46 pp.
- Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. México, UNAM, 2002, 180 pp.
- Sánchez, Luis Carlos, “Evolución constitucional y democracia en Iberoamérica”, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 1987, t. I, pp. 427-451.
- Salinas, Darío, “Los derechos humanos como problema de la democracia en América Latina”, en *Umbral XXI*, México, núm. 1, 1989, pp. 37-41.
- Silva Adaya, Juan Carlos, “Defensa integral de los derechos políticos propios de la democracia participativa”, en J. Jesús Orozco Henríquez, comp., *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. III, *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM, 1999, pp. 1223-1247.
- Soares, Mario, “Democracia y derechos humanos en el siglo XXI”, en *Gaceta*

- CDHDF. México, núm. 12, diciembre de 2002, pp. 72-76.
- Soberanes Fernández, José Luis, "Derechos humanos y democracia en México", en *Encuentro: Gobierno y Sociedad*. Toluca, núm. 2, marzo de 2001, pp. 77-82.
- Squella, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. México, Fontamara, 1995, 110 pp.
- Terán Mata, José Manuel, "La democracia en México", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XXV, núms. 97-98, enero-junio de 1975, pp. 263-270.
- Thompson, José, "Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina". en *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, núm. 34-35, enero-junio de 2002, pp. 79-103.
- Torre López, Egidio, "Democracia y derechos humanos", en *Boletín Informativo*. Ciudad Victoria, Tamps., núm. 20, marzo de 1997, pp. 64-68.
- Torre Martínez, Carlos de la, "Justicia social, democracia y derechos humanos en América Latina", en Luis T. Díaz Müller, coord., *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras Jornadas sobre Globalización y Derechos Sociales*. México, UNAM, 2006, pp. 99-124.
- Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?* 2a. ed. Montevideo, Fondo de Cultura Económica, 1995, 307 pp.
- Ulloa, Ana Lilia, "Democracia sustancial y el coto vedado de los derechos humanos", en *Isonomía*. México, núm. 10, abril de 1999, pp. 191-218.
- VALADÉS, DIEGO, "LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MEXICANOS EN ESTADOS UNIDOS", EN *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 365-403.
- Valdés Rivero II, Mariana, "Democracia y derechos humanos: ¿derechos y democracia humana?", en *Bien Común y Gobierno*. México, núm. 79, julio de 2001, pp. 73-78.
- Vega, Pedro de, "En torno a la crisis de las ideas de representación y de legitimidad en la democracia actual", en José Luis Soberanes, Diego Valdés y Hugo A. Concha, eds., *La reforma del Estado. Estudios comparativos*. México, UNAM / Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, 1996, pp. 11-46.
- Venegas Trejo, Francisco, "La democracia como ambición política de los pueblos", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, t. XXVI, núms. 103-104, julio-diciembre de 1976, pp. 341-356.
- Villagrán Kramer, Francisco, *Defensa de la democracia y de los derechos humanos en el plano regional y subregional*. Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 1993, 32 pp.
- Villagas, Abelardo et al., *Democracia y derechos humanos*. México, UNAM / Miguel Ángel Porrúa, 1994, 177 pp.
- Volio Jiménez, Fernando, "Derechos humanos, democracia y educación", en *Perfiles Liberales*. Bogotá, Colombia, núm. 34, 1994, pp. 86-88.
- Zalaquette, José, "Procesos de transición a la democracia y políticas de

derechos humanos en América Latina", en Lorena González Volio, ed., *Presente y futuro de los derechos hu-*

*manos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. San José, Costa Rica, IIDH, 1998.



# Nuevas publicaciones

**Mayo-agosto 2006**

**Programa Nacional de Promoción y Difusión de los  
Derechos Humanos de las Personas Adultas  
Mayores. Sesiones informativas  
(segunda reimpresión)**

ISBN: 970-644-485-8

México, CNDH/Inapam, 2006, 44 pp.



**Programa Nacional de Promoción y Difusión de los  
Derechos Humanos de las Personas Adultas  
Mayores. Programa y Guía de aplicación  
(segunda reimpresión)**

ISBN: 970-644-486-6

México, CNDH/Inapam, 2006, 40 pp.





**Programa Nacional de Promoción y Difusión de los Derechos Humanos y Transmisión de Valores de las Personas Adultas Mayores a los Menores y Jóvenes que Reciben Tratamiento en Internación. Sesiones informativas (segunda reimpresión)**

ISBN: 970-644-479-3

México, CNDH/Inapam, 2006, 40 pp.



**Programa Nacional de Promoción y Difusión de los Derechos Humanos y Transmisión de Valores de las Personas Adultas Mayores a los Menores y Jóvenes que Reciben Tratamiento en Internación. Programa y Guía de aplicación (segunda reimpresión)**

ISBN: 970-644-480-7

México, CNDH/Inapam, 2006, 44 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Programa (segunda reimpresión)**

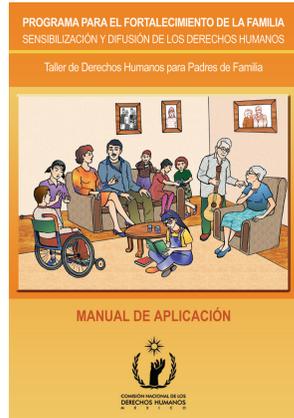
ISBN: 970-644-490-4

México, CNDH, 2006, 24 pp.

**Programa para el Fortalecimiento de la Familia.  
Sensibilización y Difusión de los Derechos  
Humanos. Taller de Derechos Humanos para  
Padres de Familia. Manual de aplicación  
(segunda reimpresión)**

ISBN: 970-644-491-2

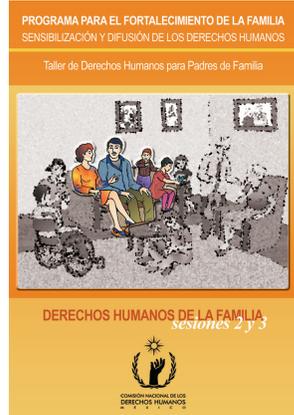
México, CNDH, 2006, 16 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia.  
Sensibilización y Difusión de los Derechos  
Humanos. Taller de Derechos Humanos para  
Padres de Familia. Sesiones 2 y 3  
(segunda reimpresión)**

ISBN: 970-644-492-0

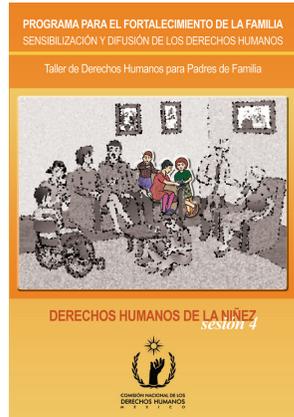
México, CNDH, 2006, 24 pp.

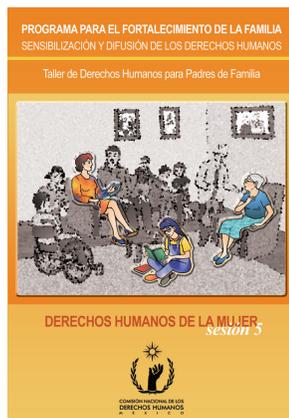


**Programa para el Fortalecimiento de la Familia.  
Sensibilización y Difusión de los Derechos  
Humanos. Taller de Derechos Humanos para  
Padres de Familia. Sesión 4 (segunda reimpresión)**

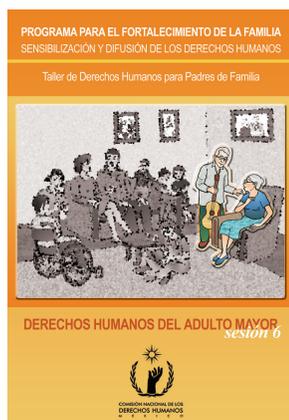
ISBN: 970-644-493-9

México, CNDH, 2006, 36 pp.

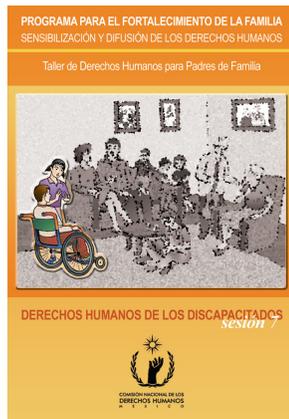




**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Sesión 5 (segunda reimpresión)**  
ISBN: 970-644-494-7  
México, CNDH, 2006, 22 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Sesión 6 (segunda reimpresión)**  
ISBN: 970-644-495-5  
México, CNDH, 2006, 24 pp.



**Programa para el Fortalecimiento de la Familia. Sensibilización y Difusión de los Derechos Humanos. Taller de Derechos Humanos para Padres de Familia. Sesión 7 (segunda reimpresión)**  
ISBN: 970-644-496-3  
México, CNDH, 2006, 16 pp.

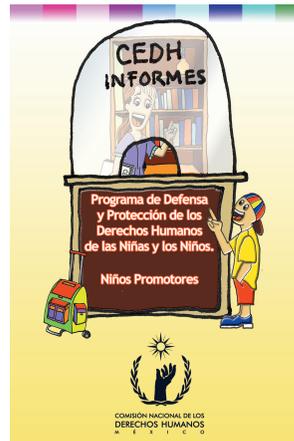
**Programa de Defensa y Protección de los Derechos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores. Manual de aplicación (sexta reimpression de la segunda edición)**

ISBN: 970-644-498-X  
México, CNDH, 2006, 16 pp.



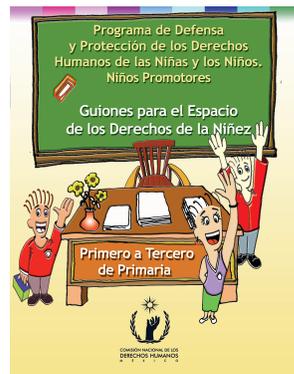
**Programa de Defensa y Protección de los Derechos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores. Programa (sexta reimpression de la segunda edición)**

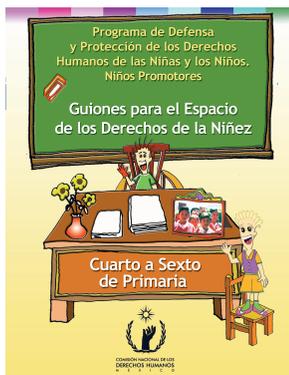
ISBN: 970-644-499-8  
México, CNDH, 2006, 16 pp.



**Programa de Defensa y Protección de los Derechos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores. Guiones para el Espacio de los Derechos de la Niñez. Primero a Tercero de Primaria (sexta reimpression de la segunda edición)**

ISBN: 970-644-500-5  
México, CNDH, 2006, 32 pp.





**Programa de Defensa y Protección de los Derechos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores. Guiones para el Espacio de los Derechos de la Niñez. Cuarto a Sexto de Primaria (sexta reimpresión de la segunda edición)**

ISBN: 970-644-501-3

México, CNDH, 2006, 34 pp.

*Derechos Humanos México*, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en agosto de 2007 en los talleres de REPRODUCCIONES Y MATERIALES, S. A. de C. V., Presidentes núm. 189-A, col. Portales, C. P. 03300, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

