Derechos fundamentales
De la igualdad

TOMO II

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

DIEGO VALADÉS
JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
ROGELIO FLORES PANTOJA
J. DANIEL CHÁVEZ SÁENZ
Coordinadores

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo II

Derechos fundamentales

De la igualdad

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica

Créditos editoriales

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
J. Daniel Chávez Sáenz
Rogelio Flores Pantoja
Coordinación editorial

Tania Mariel Farfán García
María del Carmen Jasso Juárez
Cuidado de la edición

Estephanía Martínez Pineda
Formación en computadora

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo II

Derechos fundamentales.
De la igualdad

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
Rogelio Flores Pantoja
J. Daniel Chávez Sáenz
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2026

Primera edición: septiembre 2025

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado

Tomo II

Derechos fundamentales. De la igualdad

DR © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN Obra completa: 978-607-642-694-4
ISBN Tomo II: 978-607-642-854-2

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Obra completa: 978-607-8908-24-0
ISBN Tomo II: 978-607-8908-28-8

Las opiniones de las y los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de las instituciones editoras.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Eric Gudiño Torres
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Linda Luz Luna Rangel
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Leonardo Lomelí Vanegas



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Mónica González Contró

Secretario Académico
Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

Contenido

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado 15
José Ma. Serna de la Garza

Acceso a la justicia

El plazo razonable de los procesos judiciales. Un requisito en pos del real acceso a la justicia y un refuerzo al principio de igualdad 19
Martín Julián Acevedo Miño

Paridad de género en la representación política. Un tema pendiente 35
Martha Helia Altabe

Acceso a la justicia e igualdad: tres aspectos a reflexionar. . . 43
Claudia Arriaga Villamil

El acceso a la justicia en Perú y la reciente ley de la justicia itinerante para las personas en condición de vulnerabilidad 69
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra

La tutela judicial efectiva vista desde los derechos humanos 85
Julio Cabrera Dircio

Factores que complejizan la moderación de contenido en las plataformas digitales y el acceso a la justicia 99
Francisco Chan Chan

El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia a través del juicio de amparo. Análisis del amparo directo en revisión 5465/2014 de la Primera Sala de la SCJN . . . 115
María Elisa Franco Martín Del Campo

La justiciabilidad de los derechos ante el análisis del "coste-beneficio" en la etapa ponderativa: ¿un temor crítico con mayor asidero práctico? 133
María Paula Garat

Los derechos de acceso a la justicia y al uso del propio idioma en la justicia constitucional peruana 149
Nadia Paola Iriarte Pamo

Nuevos ámbitos de actuación de la supremacía constitucional en el siglo xxi (Globalización, Estados soberanos y contra-límites) 163
Eduardo Jiménez
Raúl Ricardo Alfonsín

Detención policial sin orden judicial: una problemática común a la región. 193
Facundo Leguizamón

El derecho a la presunción de inocencia, su regulación en el sistema internacional de protección de derechos humanos y el derecho constitucional mexicano. 207
Sergio Arnoldo Morán Navarro

Inclusión y diversidad en el contexto del constitucionalismo para la democracia del siglo XXI 223
Marina del Pilar Olmeda García
Fernando Manuel Castro Figueroa

Corte IDH: la construcción doctrinal del proyecto de vida . 245
Willy Rodrigo Paz Supo

Hacia el afianzamiento de un derecho fundamental"el acceso a la justicia y las Reglas de Brasilia" 259
Joaquín Pablo Reca

El derecho a la tutela *ejecutiva* en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 273
Sofía Reca Milanta

Perspectiva de género igualitaria en la impartición de justicia en México 295
Roselia Rivera Almazán

El acceso a la justicia como requerimiento del Estado constitucional y democrático de derecho 311
Efrén Rivera Ramos

La justiciabilidad de los derechos humanos en México, avances, retos y perspectivas 323
Ricardo Jesús Sepúlveda I.

Integración de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala: calidades constitucionales para su legitimación 339
Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza

El derecho de acceso a la justicia de las mujeres en México: juzgando con perspectiva de género 357
María Minerva Zapata Denis

Estado laico y derechos sobre el cuerpo

El proceso histórico del reconocimiento de los derechos de las mujeres 369
Rosa María Álvarez

La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Breves reflexiones sobre los discursos de odio 387
Marcela I. Basterra

El indigenismo: la relación entre movimientos sociales y cambios constitucionales 409
Asja Bucciarelli

La laicidad como garantía del derecho legal al aborto en México. 425
Pauline Capdevielle

El aborto sale del clóset. Derechos, mujeres y Estado 443
Laura Julieta Casas

El papel de los tribunales constitucionales en la comprensión del laicismo: la experiencia turca 463
Selin Esen

La protección constitucional del aborto en Francia y España: entre el constituyente y el activismo del juez constitucional 481
Camilla Feliz de la Cruz

Aproximaciones al concepto de justicia reproductiva en México. 499
María del Pilar González Barreda

La autonomía de la voluntad núcleo esencial de los derechos sobre el cuerpo y la dignidad como límite infranqueable 513
María del Pilar Hernández

Igualdad, género y justicia. ¿Cómo entender la brecha a 10 años de la tipificación del femicidio en Ecuador? 531
María José Luna Lara

Legislación revelada, el verdadero contrato social y el Estado laico. Análisis histórico 549
Carlos Ruz Saldívar

Derechos reproductivos y desigualdad. La historia de un vergonzoso fallo 571
Lina Vega Abad

Lenguaje claro, libertad de expresión, medios y redes sociales

Del lenguaje claro al reconocimiento del derecho de las personas a comprender. 587
Raúl Arroyo

Libertad de expresión y discursos de odio. Un análisis de los fundamentos. 611
Ignacio Colombo Murúa

Tensiones dialécticas en torno a la libertad de expresión. . . 625
María de los Ángeles Guzmán García

Libertad de expresión y el uso y regulación de nuevas tecnologías en la materia electoral 645
Rubén Jesús Lara Patrón

La ardua tarea de conciliar el régimen normativo de protección de datos personales latinoamericano —de origen europeo— con la consolidada posición jurídica nacional e interamericana en materia de libertad de expresión y derecho a la información 661
Laura Marcela Serrano

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado

José Ma. Serna de la Garza

La presente obra reúne los ensayos de distinguidas y distinguidos constitucionalistas de 23 países, quienes fueron convocados para reflexionar sobre el constitucionalismo para la democracia en el siglo XXI. El objetivo general de este trabajo colectivo es presentar cuáles son los temas, debates, polémicas y preocupaciones de quienes se dedican hoy día a examinar las cuestiones constitucionales en el ámbito iberoamericano. Asimismo, la obra busca ser una aportación de la línea de investigación institucional sobre Derecho constitucional iberoamericano comparado, que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La convocatoria dirigida a las y los expertos nacionales e internacionales que participan en este trabajo colectivo incluyó cuatro temas generales: Derechos fundamentales; Justicia constitucional; Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas); y Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática.

Para los efectos de su publicación, lo ideal hubiera sido organizarlos en cuatro tomos (es decir, un tomo por cada tema gene-

ral). Sin embargo, debido al gran número de ensayos y a la disparidad en cuanto a la cantidad de trabajos presentados dentro de cada tema general, el comité editorial decidió agruparlos en siete tomos.

El Tomo I reúne los ensayos que dentro del tema general de los Derechos fundamentales se refieren al bienestar de las personas (Alimentación, Ambiente y energía, Conocimiento, desarrollo y empleo, así como a la Salud, seguridad y protección social). Además, este tomo incluye los ensayos referidos a la igualdad y al Acceso a la educación y la autonomía universitaria

Todavía en relación con los derechos fundamentales, el Tomo II incluye los trabajos relativos al Acceso a la justicia, el Estado laico y derechos sobre el cuerpo, así como al Lenguaje claro, libertad de expresión, medios y redes sociales.

Por su parte, el Tomo III contiene los ensayos sobre la Justicia constitucional específicamente referidos a la organización de ésta, en tanto que el Tomo IV incluye los relativos a los medios de control constitucional, y el Tomo V los referidos a la Justiciabilidad de los derechos y la Tipología de las sentencias de los tribunales constitucionales. Asimismo, este tomo también incluye los trabajos referidos al tema general sobre Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas), el cual incluye temas específicos como el federalismo fiscal, el gobierno municipal y la gobernabilidad metropolitana.

Todavía en relación con el tema general de Federalismo y descentralización, el Tomo VI contiene los trabajos sobre las fórmulas de distribución de competencias, e incluye también los ensayos que, dentro del tema general de regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática, se refieren a la democracia digital.

Por último, el Tomo VII contiene los trabajos relativos a las formas de gobierno y gobernabilidad democrática, discutiendo y analizando temas relativos a los sistemas presidenciales, los sistemas parlamentarios y los sistemas híbridos.

Esta obra colectiva fue concebida y ve la luz en momentos particularmente difíciles para el constitucionalismo, no solamente en iberoamérica, sino en el mundo entero. Esto es así, porque

en muchos países han surgido propuestas de gobierno que se alejan de los valores esenciales del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y sus garantias, la separación de poderes y la democracia basada en elecciones libres, auténticas, competitivas y equitativas.

Manifestación de lo anterior es que en muchos ámbitos académicos se habla y se discute sobre conceptos tales como la democracia degradada, el constitucionalismo abusivo, el retroceso democrático, la democracia iliberal, el autoritarismo legalista, entre muchos otros términos y calificativos con los que se busca capturar lo que está sucediendo en no pocos países en la actualidad, en algo que parece conformar una verdadera crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho. Asimismo, esta crisis parece ser global, lo cual es indicativo de que pudieramos estar ante un problema estructural de dicho modelo de Estado.

Las personas lectoras de esta amplia y extensa obra colectiva podrán constatar cómo a lo largo de sus páginas se va construyendo una especie de imagen sobre el estado que guarda el constitucionalismo en iberoamérica en la primera mitad de la década de los veinte del siglo XXI. Lejos de haber unanimidad, lo que se podrá apreciar es la existencia de posturas diversas, aproximaciones metodológicas diferentes, visiones distintas sobre cuáles son los problemas y cuáles son las posibles soluciones para enfrentarlos. Por ello es que este trabajo constituye un ejemplo del pluralismo que es esencial en cualquier sociedad que se precie de ser democrática. Pluralismo, diálogo, deliberación, tolerancia a la diferencia, respeto de la "Otredad", son los valores que han inspirado la elaboración de esta obra colectiva, como una aportación al debate global sobre el presente y el futuro del constitucionalismo.

Ciudad Universitaria, 3 de octubre de 2025

El plazo razonable de los procesos judiciales. Un requisito en pos del real acceso a la justicia y un refuerzo al principio de igualdad

***

The reasonable timeframe of judicial proceedings: a requirement for genuine access to justice and a reinforcement of the principle of equality

*Martín Julián Acevedo Miño**

> "El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales".
>
> Corte IDH, caso *Fornerón vs. Argentina*.

Sumario: I. Introducción. II. ¿De que hablamos cuando hablamos de plazo razonable? III. El concepto de plazo razonable en los casos en los que la Republica Argentina fue demandada. IV. Conclusión.

I. Introducción

Cuando hablamos de tutela judicial, referimos a la protección jurisdiccional, considerando la disponibilidad de herramientas que

* Pontificia Universidad Católica Argentina.

tiene la persona que, siguiendo los caminos institucionales y jurídicos destinados a proteger los derechos fundamentales y la resolución de conflictos de naturaleza diversa, busca el real y efectivo resguardo de ellos. Para dicho cometido, el rol del Estado como emisor de normas jurídicas, pero también como administrador de justicia, resulta fundamental. Nos preguntaremos si la falta de protección por excesiva duración de los procesos judiciales atañe a una cuestión de diseño normativo (constitucional o infra constitucional) o si, por el contrario, responde a otros factores gravitantes.

Nuestro abordaje pretende examinar una etapa de la protección jurisdiccional: la duración de los procesos, particularmente desde el derecho supranacional, teniendo presente que generalmente los tiempos en los que se desarrollan los procesos judiciales no son los que la sociedad demanda o necesita, pero entendiendo que ese reclamo social trasciende la mera disconformidad de un grupo más o menos importante de ciudadanos para transformarse en una exigencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Esa tutela forma parte de la noción de debido proceso, que abordaremos como garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas. Dicha garantía se ha definido como "un límite a la actividad estatal, [un] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos".[1]

La República Argentina ha sido condenada en sede trasnacional por inobservancia del plazo razonable, por ejemplo, en procesos de familia y de responsabilidad civil del Estado. De cada uno de los pronunciamientos en los que nuestro país ha sido parte, surgen mandatos para el Estado argentino para adecuar los procesos judiciales a los estándares del SIDH, ya que, como se ha sostenido, la demora prolongada puede llegar a constituir por sí

[1] García Ramírez, Sergio, "El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El debido proceso, Criterios de la jurisprudencia interamericana,* Ciudad de México, Porrúa, 2012, p. 22.

misma una violación de las garantías judiciales.[2] Cada caso analizado contiene particularidades que enriquecen el estudio de los estándares del sistema y los mandatos para el Estado demandado.

La garantía del plazo razonable aparece como un concepto jurídico indeterminado,[3] por lo que, para delimitarlo, es preciso como primera medida hurgar en el significado de los vocablos, la letra de la Convención y luego en la interpretación de los tribunales. Calificada doctrina local entiende, sin embargo, que "un proceso desenvuelto en los límites de un período razonable depende de numerosas contingencias, donde anidan múltiples proyecciones que impiden definir un tiempo para todos como si esta fuera la mejor solución".[4] De todas maneras, es preciso tener presente que cuando utilizamos el adjetivo "razonable", estamos en presencia de un estándar en sí mismo (en algunos ordenamientos traducido como una norma) que sustancialmente es un principio. Siguiendo a Dworkin[5] podemos afirmar que la existencia del término "razonable" hace que la aplicación de la norma que lo contenga dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la misma, y de tal manera hace que se asemeje más a un principio.

Para continuar el análisis que nos proponemos es preciso tener presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.1 contiene un claro mandato donde identificamos una referencia temporal. El texto convencional dice

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

---

2 *Ibidem*, p. 67.

3 La Corte IDH considera que "no es un concepto de sencilla definición" en *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, ap. 77.

4 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El Debido Proceso, Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rubinzal Culzoni, 2019, t. II, p. 195.

5 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., Barcelona, Ariel S. A., 1989, p. 79.

La Real Academia de la Lengua Española[6] define al "estándar" como algo que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. En este estudio decidimos indagar sobre esos patrones o parámetros que nos indican si el plazo de duración de un proceso judicial ha sido razonable, considerando dicho extremo como una de las condiciones de acceso a la justicia y parte del debido proceso.

Si sostenemos que la falta de cumplimiento de dichos patrones constituye un obstáculo que impide que el justiciable pueda gozar de la protección jurisdiccional, corresponde la delimitación conceptual de lo que consideramos "plazo razonable", teniendo especialmente en cuenta las consideraciones que sobre ello ha hecho la jurisprudencia. Tal precisión constituye un elemento fundamental para los Estados parte del sistema en orden a identificar cuáles son los déficits que marca la instancia de revisión interamericana a través de los pronunciamientos de sus órganos y, con esa información, delinear políticas públicas que propendan al cumplimiento de la referida garantía.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de plazo razonable?

Como lo hemos mencionado, el Tribunal regional ha referido al acceso a la justicia como una disposición imperativa que no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un plazo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo.[7] El propio Tribunal realiza una precisión conceptual en cada sentencia en la que ha abordado el tema, partiendo de la idea de plazo razonable como concepto que no es de fácil definición.[8]

Cuando pretendemos delimitar el vocablo "plazo" a la temática que nos ocupa, nos remitimos al concepto de término o tiem-

6 RAE, *https://dle.rae.es/est%C3%A1ndar?m=form*

7 Andreu, Federico *et al*., Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario, Eudeba, 2014, p. 213.

8 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*..., *cit*.

po señalado para la realización de algo. El proceso es una serie de actos realizados por las partes y por el juez y los plazos procesales son los lapsos dentro de los cuales deben ser realizados los actos procesales, es decir, el margen de tiempo dado para practicarlos.[9] El cumplimiento o incumplimiento de los plazos acarrea consecuencias jurídicas, consolidando situaciones que pueden traducirse en figuras tales como la preclusión, la caducidad o la prescripción. Autores ya clásicos del derecho procesal han apuntado acertadamente que "[e]l fenómeno jurídico, como todo producto de la vida, ocupa un lugar en el espacio y en el tiempo, factores ambos que el derecho no puede, por consiguiente, dejar de tomar en cuenta para regular su eficacia y sus efectos". Agregando que "[p]or el transcurso del tiempo el derecho se transforma [...] y también por el transcurso del tiempo el derecho se extingue".[10]

Definido el sustantivo "plazo" y su relevancia en el mundo del derecho, resta definir el adjetivo que lo acompaña. En tal sentido, no es tarea fácil definir lo razonable desde un abordaje jurídico. El vocablo remite al concepto de mesura o de moderación. También se puede asociar a la "prudencia", esa virtud que indica qué es lo que conviene o no conviene hacer. No faltará quien sostenga que la razonabilidad del Derecho es algo que se vincula más al sentido común que a sesudos ejercicios intelectuales de personas especialmente preparadas e inteligentes.[11] El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha entendido a lo razonable como lo justificado, lo no arbitrario, para designar proporción, por ejemplo, entre tiempo y proceso.[12]

En estudios que abordan la temática desde la limitación constitucional que implica, el principio de razonabilidad es presenta-

---

9 Leguisamón, Héctor Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 2a. ed. ampliada y actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2017, t. I, p. 228.

10 Alsina, Hugo, *Tratado teórico — práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar SA, t. I, 1963, p. 735.

11 Martínez, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco, "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2011, pp. 200.

12 Bazán, José Luis, y Madrid Ramírez, Raúl, "Racionalidad y razonabilidad en el Derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, Santiago de Chile, 1991, pp. 179-188.

do como un principio general del derecho. Esto significa, en primer lugar, que goza de juridicidad: es obligatorio en la aplicación del derecho en general. En otras palabras, el operador jurídico debe buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, en su aplicación y control. En segundo lugar, significa que forma parte del ordenamiento jurídico independientemente de que sea o no declarado en forma expresa.[13] De ello se sigue que, el principio de razonabilidad, o proporcionalidad, así entendido, opera como un límite constitucional al poder del Estado, y como un criterio de control de las normas de modo que su contenido sea conforme a derecho y que los derechos fundamentales no se vean afectados o alterados en su contenido esencial.[14] Podemos recordar también que otros autores han sostenido que el referido principio de razonabilidad se traduce en la elección de la alternativa más racional y más justa o equitativa de todas las posibles para obtener el fin deseado.[15] Calificada doctrina local ha sostenido que el control de razonabilidad constituye un instrumento eficaz dentro del sistema para evaluar la adecuación de la respuesta dada, tanto desde la ley, la reglamentación o la sentencia, a las normas, principios, valores e intereses en juego respecto de los derechos reconocidos en el texto constitucional.[16] En otras palabras, "si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir, contrario a lo carente de sustento —o que deriva solo de la voluntad de quien produce el acto, aunque esa voluntad sea colectiva—, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente".[17]

---

13 Sapag, Mariano A., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Revista Dikaion,* vol. 22, núm. 17, Bogotá, Universidad de la Sabana, diciembre de 2008, p. 182.

14 *Idem*.

15 Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, t. I, p. 193.

16 Cayuso, Susana, "La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales", *Pensamiento Constitucional,* año VI, núm. 6, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 388.

17 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 327.

Lo antedicho refuerza la línea argumental que venimos desarrollando: la actividad jurisdiccional del Estado tiene límites temporales, más allá del cumplimiento formal de las pautas establecidas en los códigos de procedimientos. La tutela que a través de esa actividad el Estado otorga a los ciudadanos se desplegará en un lapso determinado, pero si ese período se elonga injustificadamente estamos en presencia no solo de un mero incumplimiento sino de una respuesta del sistema al justiciable que no es racional ni equitativa y que constituye la violación de un derecho a causa, precisamente de esa demora.

III. El concepto de plazo razonable en casos en los que la República Argentina fue demandada

3.1. Los antecedentes

Existen relevamientos de jurisprudencia internacional que dan cuenta del desarrollo que los órganos de derechos humanos han hecho de una serie de criterios que se aplican indistintamente a casos de cualquier naturaleza en los cuales se argumente que el transcurso del tiempo y la dilación en la resolución de las causas han afectado el derecho al debido proceso del denunciante. En esos criterios o pautas ninguno de los sistemas a nivel internacional ha desarrollado estándares con tratamiento diferencial a la noción de plazo razonable según se aplique en la sustanciación de una acusación penal o en la determinación de derechos de naturaleza civil, laboral o de otra índole,[18] aunque en algunos casos gravitan las circunstancias particulares de los derechos en juego, como se verá más adelante. De todas maneras, es dable dejar en claro que referimos a las dilaciones en la tramitación que impactan en el acceso a la efectiva protección jurisdiccional y que "el derecho al acceso a la justicia no significa que la potencial decisión tenga que ser favorable, sino que el recurso sea observado con las debidas garantías del debido proceso legal, con independencia del resultado".[19]

---

18 Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *El debido proceso legal: análisis desde el sistema interamericano y universal de derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, t. I, 2013, pp. 419 y 420.

19 Corte IDH. *Caso Spoltore vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C, núm. 404, párr. 48 del voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ha constituido indudablemente el modelo principal para la redacción de la Convención Americana de Derechos Humanos, dos catálogos fundados sobre los derechos civiles y políticos, que contienen normas de principio más que verdaderas reglas. En los años 60 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[20] decidió el caso *Neumeister vs. Austria*, en el que tuvo oportunidad de considerar la extensión temporal del proceso que implicó la detención del señor Fritz Neumeister.[21] En el procedimiento, la Corte Europea contextualizó las particularidades del proceso judicial y lo contrastó con la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Más cerca en el tiempo, la Corte Interamericana al considerar también las vicisitudes de un proceso elongado en el tiempo, se remitió a los precedentes europeos diciendo que para definir el plazo razonable

> se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales,

y citó entre los precedentes europeos a *Ruiz Mateos vs. España* de junio de 1993.[22]

Más allá del valor que les asigna la Corte Interamericana a los antecedentes europeos, hay quienes consideran que, durante décadas, la Corte europea ha sido reacia a elaborar medidas correctivas específicas contra la duración indebida de los procesos judiciales, a pesar de tener a su alcance una disposición "latente" en el artículo 13, bajo el ropaje del derecho a un recurso legal efec-

20 European Court of Human Rights (ECHR).

21 ECHR, *Neumeister vs. Austria*, app no 1936/63 (A/8), 1968.

22 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*..., *cit.*, párr. 77.

tivo. La determinación típica de la Corte Europea en tales casos contenía una conclusión tradicional, por lo que una vez que se advertía una violación a la garantía del "tiempo razonable", cuyo estándar se encuentra en el artículo 6 de la Convención europea, apartado 1, no había un examen separado de una presunta violación del derecho a un recurso efectivo en virtud del artículo 13.[23]

Hace casi dos décadas, al considerar la petición del ciudadano polaco Andrzej Kudła,[24] el Tribunal de Estrasburgo tuvo la oportunidad de determinar si el mencionado artículo 6 de la Convención Europea era *lex specialis* respecto al artículo 13 del mismo cuerpo normativo. La Corte Europea consideró que la correcta interpretación del artículo 13 es que esa disposición debe garantizar un recurso efectivo ante una autoridad nacional por un presunto incumplimiento del requisito del artículo 6, inciso 1 para escuchar un caso dentro de un tiempo razonable.

3.2. Los casos argentinos

El propósito de este trabajo de investigación se circunscribe al análisis de los estándares que refieren al plazo razonable, como parte de la noción de debido proceso, en los casos en los que la República Argentina fue condenada, entre otras razones, por la inobservancia de las prescripciones de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana como por ejemplo en el precedente *Bayarri*.[25] Allí la Corte prefirió dejar a un lado el análisis de la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. Los casi trece años de prisión preventiva a los que fue sometido el señor Bayarri la llevaron a concluir que existió un retardo notorio en el proceso referido carente de explicación razonada. La elongación exagerada,

---

23 Drzewicki, Krzysztof, "Improving domestic remedies with particular emphasis on cases of unreasonable length of proceedings", *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2009, p. 88.

24 ECHR, *Kudła vs. Poland*, sentencia del 26 de octubre de 2000.

25 Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187.

en ese caso, constituyó un elemento contundente para condenar al Estado. En esa oportunidad la Corte dijo "con motivo de la falta de una resolución pronta y definitiva de la denuncia penal presentada en este caso por hechos de tortura y privación ilegal de la libertad se afectó el derecho de la víctima a la debida protección judicial" y agregó

> [e]ste derecho comprende no solo el acceso del ofendido a los procesos penales en condición de querellante, sino el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo mediante mecanismos efectivos de justicia. Asimismo, tomando en cuenta tanto el notorio retardo en la investigación y en el proceso referido, sin que exista explicación razonada, como el reconocimiento de hechos formulado por el Estado, la Corte estima que Argentina violó los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri.[26]

Es preciso tener en cuenta que la Corte Interamericana debe realizar una compleja valoración del caso concreto para apreciar la observancia o inobservancia del debido proceso conforme la Convención Americana. Esto tiene implicaciones en cuanto al alcance de la revisión y a las pruebas eficaces. Por lo que toca al primer extremo, "(e)l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba se ajustó a la Convención".[27]

En otros casos emblemáticos para la República Argentina, como el del señor Danilo Furlán en el fuero civil argentino, con diez años de trámite para una sentencia de primera instancia (a la que debían seguir las instancias de apelación ordinaria), o el reclamo del señor Fornerón, en un trámite de filiación con más de diez años en su tramitación, o el *caso Mémoli*, que motivó la sustanciación de una causa civil y otra penal también elongadas

[26] *Ibidem*, párr. 117.

[27] García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 25.

en el tiempo, se abrió la posibilidad de que la Corte Interamericana formulara apreciaciones sobre los procesos judiciales en Argentina, en lo que respecta a su duración. También, más cerca en el tiempo, en los casos de los señores Perrone y Preckel, donde se debatieron cuestiones administrativas que luego se judicializaron por un largo período o el caso del señor Jenkins, en los que a partir de una irrazonable detención en el marco de una causa penal, se originó un reclamo por daños y perjuicios contra el Estado, o el caso del señor Spoltore, donde la Corte abordó la extensión de un proceso laboral donde se debatió una indemnización emergente de enfermedad profesional. Hay un elemento común en los pronunciamientos que siempre debemos tener presente: la Corte Interamericana remarca inveteradamente en sus precedentes que "si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve",[28] impartiendo de ese modo un mandato claro a los Estados en general, y en particular, en los casos mencionados, a la República Argentina.

Como decíamos, las condenas no quedan en el pasado. Hace algunos pocos años, en el mes de octubre de 2019, el país volvió a ser condenado por violación a la garantía del plazo razonable. Más de una década de trámites administrativos y judiciales llevaron a Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel a acudir al SIDH a fin de que fuera analizada su pretensión de cobro de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir en la entidad estatal en la que trabajaban como consecuencia de su alegada privación arbitraria de libertad por parte de agentes estatales durante el último Gobierno de facto argentino. Pocos meses después lo fue en el caso Jenkins y lo mismo sucedió en junio de 2020, al abordar el extensísimo proceso laboral del señor Spoltore. En este último caso, más allá de las consideraciones que hizo el Tribunal regional, respecto a cuestiones de derecho laboral, para nuestro análisis resulta importante destacar que la Corte regional reiteró que el acceso a la justicia es uno de los componentes del derecho a condiciones de trabajo que aseguren

[28] Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192.

la salud del trabajador. La Corte recordó que los derechos laborales y el derecho a la seguridad social incluyen la obligación de disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a su violación con el fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales.

Y Argentina lo hizo otra vez. Dos casos sentenciados en los últimos dos años mantienen vivo el mandato trasnacional y obligan a la República Argentina a observar el cumplimiento de las disposiciones del sistema interamericano. Esos casos, son *María y su hijo Mariano vs. Argentina*, un caso que guarda cierta similitud con *Fornerón*, ya que refiere al reconocimiento del vínculo filial de un menor y *Boleso*, un proceso en el que se debatió la dilación innecesaria en el cumplimiento de la decisión de una acción de amparo, relativa a la remuneración de un juez.

El elenco de casos argentinos es el siguiente:

Corte IDH, *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*, sentencia del 31 de agosto de 2012; *Caso Fornerón vs. Argentina*, sentencia del 27 de abril de 2012; *Caso Jenkins vs. Argentina*, sentencia de 26 de noviembre de 2019; *Caso Mémoli vs. Argentina*, sentencia del 22 de agosto de 2013; *Caso Perrone y Preckel vs. Argentina*, sentencia de 8 de octubre de 2019; *Caso Spoltore vs. Argentina*, sentencia del 9 de junio de 2020; *Caso Boleso vs. Argentina*, sentencia de 22 de mayo de 2023, y *Caso María y otros vs. Argentina*, sentencia del 22 de agosto de 2023.

IV. Conclusión

Sumergidos en el ámbito competencial de la Corte y entendiendo el término exhortación como advertencia o aviso con que se intenta persuadir, como conclusión de este trabajo abordamos esas advertencias que surgen de los pronunciamientos de la Corte Interamericana. Está fuera de toda discusión que lo razonable es contrario a lo arbitrario. Hemos abordado la cuestión de los plazos razonables a partir de los precedentes de la Corte Interamericana y, en esa línea, hemos señalado que los tratados internacionales han fijado parámetros generales dentro de los cuales los

procesos deben encaminarse, sin que ello signifique un avance sobre el ámbito discrecional de cada Estado para diseñar las vías por las que administrará justicia, que pueden responder en su formulación a factores tales como la cultura, la tradición jurídica o la idiosincrasia de sus habitantes. El Tribunal regional ha hecho hincapié en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren y que, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y la Corte Interamericana y que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en los ocho casos analizados, la violación de una garantía en perjuicio de los demandantes no pudo ser resuelta en el orden interno. La cuestión temporal devino decisiva para que, ante la indebida dilación de los procesos, los casos terminaran siendo resueltos por el tribunal regional.

En los casos de jurisprudencia interamericana que consideramos, la cuestión relativa al plazo de los procesos judiciales fue analizada a partir de la conducta procesal de las partes y la judicatura y en todos se examinó el requisito de diligencia básica, agravada por la materia en los dos primeros, y por la subsistencia de una medida cautelar en el tercero. En cualquiera de los precedentes estudiados, la falta de razonabilidad en la extensión de la tramitación de la causa, siguiendo los precedentes de la propia Corte Interamericana, podría haber sido desvirtuada por el Estado, si este hubiera expuesto y probado que la demora tuvo directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes. Debemos tener presente que la Corte Interamericana, en un caso que involucró precisamente a la República Argentina, dijo que:

> Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable. En todo caso, teniendo

> en cuenta la complejidad del asunto y el desinterés del actor, entre otros factores, la duración global del proceso litigioso no revestiría la importancia necesaria para declarar la violación de los artículos que protegen el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales.[29]

Debemos destacar que en ninguno de los casos analizados en los que Argentina fue condenada, la Corte recomendó cambios en la normativa procesal. Algunos autores que han hecho un seguimiento de la jurisprudencia regional han concluido que el plazo razonable al que refiere el artículo 8.1 de la Convención es independiente del plazo que pueda establecerse en el ordenamiento interno para el desarrollo de determinado proceso, ya que la Corte Interamericana no está llamada a verificar si en el caso concreto se cumplió o no el plazo establecido por la norma interna.

La Corte Interamericana —en uno de los precedentes analizados— enfatizó que

> Las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero debe tenerse en cuenta que cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.[30]

Está claro que el deber de dirigir el proceso no puede ser eludido por las autoridades judiciales y, particularmente en uno de los precedentes estudiados, que la autoridad judicial debe procurar en forma diligente que los plazos procesales se cumplan, teniendo a su cargo el deber de tomar medidas tendientes a evitar

---

29 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97, párr. 57.

30 Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 302.

la paralización de los procesos, máxime en asuntos relacionados con cuestiones, por ejemplo, vinculadas a la incapacidad física de un menor de edad, debiendo hacer uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, o confiriendo preferente despacho, lo cual le estaba permitido por la ley adjetiva.

Como lo ha remarcado el Tribunal Interamericano, la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, es relevante, debiendo considerarse, entre otros elementos, la materia objeto de controversia.

Como corolario, recordamos una mención que solemos encontrar en la jurisprudencia local, y que indica que la actuación de los tres poderes del Estado Nacional —y el judicial es uno de ellos— encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (arts. 10, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos, como una forma efectiva de asegurar el real acceso a la justicia, resguardando de ese modo también el principio de igualdad.

Paridad de género en la representación política. Un tema pendiente

***

Gender parity in political representation: an unfinished agenda

*Martha Helia Altabe**

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusión.

En la Provincia de Corrientes, República Argentina, rigió la Ley N. 4673,[1] llamada "de cupo femenino", sancionada el 25 de noviembre de 1992 y publicada en el Boletín Oficial Provincial el 6 de abril de 1993 que establecía un cupo mínimo de 30% de

* Abogada y doctora en Derecho, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), Argentina. Magister en Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), Argentina. Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, Argentina. Vicepresidenta Primera de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, AMJA (2019-2021 y 2021-2023). Profesora titular por concurso de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, Argentina. Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, AADC, (2021-2023). Vicepresidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Jurado Técnico de Consejos de la Magistratura de las Provincias de Chaco y Misiones, Argentina.

1 Ley 4673, Partidos políticos —cupo femenino— cargos electivos, *https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-4673-123456789-0abc-defg-376-4000wvorpyel*

mujeres en listas de candidatos a cargos electivos presentada por los partidos políticos para la oficialización de las mismas. A su vez , el Decreto que la reglamentaba número 1332/2003[2] (B. O. núm. 24.076 del 26 de junio de 2003), determinaba la ubicación de las mujeres en las listas de candidatos, en tanto como lo dijo la Cámara Nacional Electoral,

> no basta que las listas estén compuestas por un mínimo de treinta por ciento de mujeres sino que además es necesario que tal integración se concrete de modo que –con un razonable grado de probabilidad- resulte su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley y aquél solo puede existir si se toma como base para el cómputo la cantidad de bancas que el partido renueva. (*cfr.* Fallos CNE 1566/93; 1836/95; 1850/95; 1862/95; 1863/95; 1864/95; 1866/95; 3507/05 y 4691/11).

Es decir que el Decreto reglamentario vino a hacer efectivo el espíritu de la ley de cupo, cuál era el acceso real de las mujeres a los cargos electivos.

La normativa vigente determinaba que los jueces con competencia electoral no podían oficializar listas que no acataran estas disposiciones.

No obstante que la ley fue pensada como un piso mínimo, con la proyección de considerar que la sociedad modificaría los estereotipos de género o sexistas y gradualmente, sin necesidad de ley alguna, los partidos políticos irían incorporando mujeres en las listas de candidatos presentadas para su aprobación a la judicatura electoral, la norma jugó como un techo en la práctica. Los partidos políticos se limitaron estrictamente a cumplir con el cupo del 30% y en muy pocas oportunidades las mujeres encabezaron las listas de candidatos.

Esta última cuestión no es menor, en tanto para los cuerpos legislativos colegiados se utilizan sistemas electorales proporcionales para la adjudicación de los cargos en disputa en las contiendas electorales. El sistema más comúnmente utilizado es el pro-

[2] Ley 4.673, Cupo Femenino, *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/corrientes_legislacion_cupo_femenino.pdf*

porcional D'Hont. Por lo tanto, el porcentaje del 30 % no resulta significativo para el acceso de mujeres a los cargos electivos, en tanto no encabecen listas de candidatos, por cuanto el cociente electoral o cifra repartidora licúa el cupo del 30% y al momento de adjudicarse los cargos ingresan a los mismos los primeros candidatos de las listas.

Esto provocó que desde 1992 a la fecha las mujeres se encuentren subrepresentadas, en tanto muy pocas mujeres han accedido a cargos electivos en la legislatura local o en los Concejos Deliberantes de las comunas.

En la actualidad, en la Provincia de Corrientes rige la Ley 6612,[3] promulgada por Decreto Nº 2444/22 de fecha 31 de agosto de 2022, publicada en el Boletín Oficial Nº 28599 de fecha 31 de agosto de 2022, que establece la paridad de género en el acceso a cargos legislativos provinciales. El objeto de esta ley es garantizar la paridad entre mujeres y varones en la postulación de candidatos a cargos legislativos por parte de los partidos políticos y permitir así que un mayor número de mujeres accedan a las bancas legislativas.

Esta ley se aplicó por primera vez en las elecciones del 11 de junio del 2023.

Su texto es clarísimo y persigue dar cumplimiento a mandatos constitucionales y convencionales expresos. Citaré solamente los dos primeros artículos para ilustrar al respecto:

> ARTÍCULO 1º. Objeto. El objeto de esta ley es garantizar la paridad entre mujeres y varones en todos los cargos electivos legislativos establecidos por la Constitución de la Provincia de Corrientes, las leyes en consecuencia dictadas y en el ámbito representativo de los partidos Políticos en la provincia de Corrientes.
>
> ARTÍCULO 2º. Modificación del Código Electoral. Modificase el artículo 60º del Código Electoral de la Provincia de Corrientes –Decreto Ley N° 135 / 2001— el que quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 60. Registro de candidatos. Oficialización de listas. Desde la publicación de la convocatoria y hasta cincuenta

[3] Ley N° 6612, *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/07/ley-6612-_paridad_corrientes.pdf*

> (50) días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez electoral la lista de los candidatos públicamente proclamados, quienes deben reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales. Las listas de candidatos que se presenten para la elección de senadores y diputados provinciales, concejales y convencionales constituyentes provinciales y municipales deben integrarse ubicando, de manera intercalada, a mujeres y varones desde el primer candidato titular y hasta el último candidato suplente. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos.

Conforme el artículo 45 de la Constitución de Corrientes "El Estado garantiza la igualdad real de oportunidades para mujeres y varones en lo cultural, económico, laboral, político, social y familiar; incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas y estimula la modificación de los patrones socio culturales con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros [...]".

A su vez, la Constitución Nacional, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional en virtud de los artículos 1, 5, 31 y 75 inciso 22 , además, en el caso de la Provincia de Corrientes porque así lo dice el artículo 1 de la Constitución Provincial al considerarla "su ley suprema", dispone en la segunda parte del artículo 37 que "[...] La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral [...]".

Al referirse a estas acciones positivas, María Angélica Gelli, citando un fallo de la Corte de Mendoza sostiene que estas acciones deben ser positivas y no meramente declarativas.[4]

Con igual rango constitucional la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 23, garantiza a todos los ciudadanos el goce del derecho a: "a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos" y "c) de tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país", admitiendo

[4] Gelli, Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Buenos Aires, La Ley, t. I, p. 690.

la reglamentación de los derechos y oportunidades referidas en el inciso c) exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, institución, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal, más no por razones de género.

El artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de rango Constitucional dispone:

> Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a: a)[...] ser elegible para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales [...].

A su vez el artículo 4 inciso J) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Belem Do Pará", de rango supralegal en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, establece en favor de las mujeres el reconocimiento, goce, ejercicio y protección del derecho a "[...] tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones [...]".

El artículo 28 de la Carta Democrática Interamericana de la OEA, expresa: "Los Estados promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática".

El análisis sistémico de todas las normas provinciales, nacionales e internacionales citadas tiende a lograr la igualdad efectiva de las mujeres en la actividad política, evitando la postergación que conlleva el excluirlas de las listas de candidatos con expectativas de resultar electas. Sin embargo, este plexo normativo no resulta suficiente para lograr la paridad de género en la representación del pueblo correntino, compuesto por hombres y mujeres. Ha quedado demostrado en los hechos que la combinación del

sistema electoral proporcional, con el cupo femenino o la paridad de género y la voluntad mayoritaria de los Partidos Políticos de encabezar las listas de candidatos siempre con varones, atentan contra la mentada paridad. Esta actitud de los partidos políticos, además, contraría el artículo 38 de la Constitución Nacional que impone a los mismos un funcionamiento democrático, como instituciones fundamentales de tal sistema al decir: "Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, lo que garantiza su organización y funcionamiento democrático".

La paridad de género en la representación política es un imperativo constitucional del Estado Democrático de Derecho que supone que todos los habitantes son iguales ante la ley. El principio de igualdad real fundamenta la existencia misma de los sistemas democráticos de gobierno, por lo que resulta inadmisible la subrepresentación en razón del género. Considerando además que el principio de universalidad con que deben ser interpretados los tratados de derechos humanos implica que los derechos en ellos enumerados se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar y se corresponde con el principio de igualdad real que cimenta la existencia de los sistemas democráticos de gobierno. La propia democracia se deslegitima si una parte de la población no goza de los derechos reconocidos por el sistema normativo del Estado de derecho, en tanto desaparece el sustento filosófico de la misma. Tampoco es posible dejar de aplicar normas de rango constitucional y convencional vigentes y orientadas a la misma finalidad. De lo contrario, deberíamos concluir en que no son normas jurídicas vigentes en el Estado argentino, que es un Estado constitucional de derecho, ya que como lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace más de 40 años "La plenitud del Estado de Derecho no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad". "El verdadero valor del Derecho, dice Rudolf von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica". "La función del derecho, en general, es la de realizarse, lo que no es realizable nunca podrá ser derecho". (Pérez de Smith, Ana María y otras s/ efectiva privación de Justicia, 21 de diciembre de 1978).

Incumbe entonces a los jueces con competencia electoral , por mandato de los artículos 37 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional promover esas acciones positivas en ellos mencionadas para poner en ejecución los mandatos legales, constitucionales y convencionales citados, ordenando reformular las listas de candidatos a través de sus sentencias, cuando los partidos políticos no postulan mujeres como cabeza de lista para integrar cuerpos legislativos conformados mayoritariamente por varones y hasta a veces solamente por varones.

La Cámara Nacional Electoral ha sostenido:

> Nuestro país ha seguido, [...] los principios consagrados en el orden internacional que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente en favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios entre varones y mujeres, contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (Ley 23.313) y en la Convención contra toda forma de Discriminación de la Mujer (Ley 23.179). Tales prescripciones se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no solo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomienda remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política de las mujeres. [...] en ese marco y no en otro es que debe interpretarse el concepto de "igualdad real de oportunidades" que la Constitución Nacional manda asegurar mediante la implementación de "acciones positivas" en los textos de los arts. 37 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. En efecto, el segundo párrafo del mencionado art. 37 garantiza la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios mediante acciones positivas en la regulación de las agrupaciones políticas y en el régimen electoral. 3005/02.
>
> Las condiciones existentes en materia de participación de la mujer al momento de reformarse la Constitución Nacional en 1994 no solo no han disminuido, sino que, por el contrario, se han visto aumentadas con la sanción del decreto 1246/00 y reforzadas por la jurisprudencia de esta Cámara Nacional Electoral; todo ello enmarcado en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que manda al Estado remover los obstáculos que en el pasado dieron lugar a injustas discriminaciones. 2985/01.

> No cabe anteponer al cumplimiento de una disposición de raíz constitucional (art. 37 y la cláusula transitoria segunda de la Constitución Nacional) -como lo es la previsión sobre "cupo femenino" contenida en el art. 60 del Código Electoral Nacional-, la alegada voluntad del electorado partidario. Ello así porque tal voluntad no es omnímoda, sino que debe ejercerse dentro del referido marco constitucional y legal, siendo responsabilidad de los partidos políticos adecuar su normativa y los mecanismos electorales internos de modo tal que las listas resultantes de los procesos destinados a nominar candidatos a cargos electivos queden ajustadas a las exigencias legales. 2951/01.
>
> La ley 24.012 legisla sobre una materia de orden público y sus disposiciones no pueden ser, por tanto, soslayadas por acuerdos interpartidarios. 2944/01, 2951/01.

Los partidos políticos no pueden actuar por fuera del ordenamiento jurídico, por el contrario se hallan comprendidos dentro del Estado de derecho y su funcionamiento debe ser democrático para que la postulación de candidatos a cargos electivos se ajuste a los criterios de igualdad y no discriminación y los organismos judiciales con competencia electoral deben ser garantes del cumplimiento de las normas jurídicas que procuran la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos.

En tal sentido, la Cámara Nacional Electoral sostiene en forma pacífica y reiterada que: "Este Tribunal ha asumido de un modo cabal, el rol que se le ha asignado de garante del cumplimiento de las medidas que procuran la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios [...] y habrá de velar por su respeto en todas las causas que le sean sometidas a su conocimiento.3005/02".

La jurisprudencia citada marca la directriz correcta en pos de las acciones positivas que la ciudadanía espera para lograr de una vez por todas la paridad de género en la representación política, dado que la combinación del sistema electoral y la voluntad de los partidos políticos, que no es favorable a las mujeres en la postulación de candidaturas femeninas en los primeros lugares de la lista, impide la realización de los fines perseguidos por el derecho vigente en el tema.

Acceso a la justicia e igualdad: tres aspectos a reflexionar

***

Access to justice and equality: three aspects to reflect on

*Claudia Arriaga Villamil**

Resumen: se plantean tres aspectos del acceso a la justicia que influyen en la consecución de la igualdad. En primer lugar, la posición institucional de la defensa pública, en tanto existen propuestas reiteradas en América Latina de su autonomía estructural de los poderes de Gobierno, cuál es el estado de la cuestión en Iberoamérica y en Uruguay y la oportunidad de cambios. En segundo término, se relaciona la tecnologización de los sistemas de justicia, poniendo el foco en la incidencia de esta respecto de una parte de la población objetivo, que no posee alfabetización digital. Por último, se menciona la responsabilidad estatal en la educación universitaria en materia jurídica, y su adecuación a las necesidades del ciudadano frente a la justicia.

Abstract: three aspects of access to justice that influence the achievement of equality are raised. Firstly, the institutional position of public defense is addressed, as there are repeated proposals in Latin America for its structural autonomy from the branches of government. The status of the issue in Ibero-America and in Uruguay, as well as the opportunity for changes, are analyzed. Secondly, the technologization of justice systems is considered, focusing on its impact on a segment of the target population lacking digital literacy. Finally, the state's responsi-

bility in university education in legal matters and its adaptation to citizens' needs concerning justice are mentioned.

Palabras clave: igualdad, acceso a la justicia, defensa pública, tecnología del sistema de justicia, analfabetismo digital, responsabilidad estatal, educación jurídica universitaria.

Keywords: equality, access to justice, public defense, justice system technology, digital illiteracy, state responsibility, university legal education.

Sumario: I. Introducción. II. La ubicación institucional de la defensa pública. III. Acceso a la justicia y tecnología. IV. La responsabilidad estatal de una educación universitaria acorde a las necesidades del sistema. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Podría afirmarse en términos teóricos, que cuando se alcanza la universalidad en el debido acceso a la justicia, se obtiene igualdad. La igualdad como principio y también como propósito inspira los sistemas de justicia, sus formulaciones estructurales y procesales.

Sin embargo, no todas las decisiones que implementan dichos sistemas profundizan o se encaminan hacia el mismo objetivo. En ocasiones los motivos de las desviaciones obedecen a dificultades presupuestales, a ineficiencias prácticas, a la falta de previsión de situaciones dificultosas o, en fin, a la inidoneidad de los implementadores.

El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados que deberán adoptar las medidas que sean necesarias.[1]

[1] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. núm. 153, párr. 131.

Reflexionar acerca del derecho de acceso a la justicia[2] tiene un alto número de implicaciones. La mayoría han sido estudiadas desde lo procesal y especialmente en el ámbito de la justicia penal, con el advenimiento de las reformas procesales penales en América Latina.[3]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos[4] dispone en su artículo octavo las diferentes garantías judiciales mínimas de toda persona "en plena igualdad". Cada Estado obligado por la Convención ha desarrollado estas garantías en sus Constituciones y legislación. Así también la Constitución uruguaya establece una serie de garantías que integran la noción del derecho de "acceso a la justicia".[5]

La interpretación jurisprudencial de "defensa adecuada" elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[6] completó el marco conceptual del debido acceso.

---

2 Se adoptará como concepto básico de "acceso a la justicia" el definido por el magistrado Manuel Ventura Robles en su libro *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Costa Rica, 2007, p. 348: "El acceso a la justicia puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular". Asimismo, se tendrá presente que su concreción ha sido priorizada por los desafíos marcados en el Objetivo de Desarrollo Sostenible núm. 16.3 de la Organización de las Naciones Unidas: "Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos".

3 A modo de ejemplo, se han investigado y relevado todos los sistemas procesales adversariales penales contemporáneos de América Latina por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y publicado varios textos, como Fuchs, Marie-Christine *et al.*, *La justicia penal adversarial en América Latina, hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley,* Chile, CEJA-KAS, 2018.

4 Aprobada por Uruguay a través de la Ley núm. 15.737 de 08 de marzo de 1985, art. 15 y 16.

5 Garantías que se desprenden de algunas normas de las Secciones II, XV y XVII de la Constitución de la República de 1967.

6 Véase Corte IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C, núm. 315; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52; *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

En este breve trabajo se plantean someramente tres facetas convergentes hacia la igualdad, que merecen actual atención para el logro de un acceso a la justicia de carácter sustantivo y no meramente nominal.

En primer lugar, estudiaremos la posición institucional de la defensa pública, como garantía de los sectores más vulnerables de la sociedad latinoamericana; cuál es el estado de la cuestión en Iberoamérica y en Uruguay y qué sería deseable para encaminar la acción estatal hacia una igualdad de fondo y un derecho de acceso promovido y de calidad.

En segundo término, comentaremos el camino sin retorno de los sistemas de justicia hacia una tecnologización exhaustiva de su gestión, que aporta ventajas relevables para el gerenciamiento, pero distancia a la población carente o analfabeta digital de la comprensión del accionar del sistema. Un camino que en algún punto podría distanciarse del afán de llegar al ciudadano con un lenguaje jurídico claro y que no soluciona la discriminación y la desigualdad.

Por último, abordaremos el tema de la educación universitaria en materia jurídica, su adecuación a las necesidades del ciudadano frente a la justicia. Cada país o región conoce sus debilidades en el sistema universitario de enseñanza, que afecta tanto a defensores públicos como privados. Sin embargo, el Estado es responsable por la calidad técnica de la defensa de oficio, por tratarse de un servicio público. De allí puede colegirse que los mecanismos de selección y la capacitación de los defensores son una actividad relevante y de interés general.

II. La ubicación institucional de la defensa pública

No es necesario mencionar la importancia de la defensa como garantía y parte fundamental en el derecho de acceso a la justicia.

Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 204; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.

Aún cuando se la enumera como una más de las tantas garantías procesales de los individuos[7] (principalmente de los imputados en procesos penales, pero también en el resto de las causas civiles, laborales o de cualquier otra materia) es la que resume la efectividad del resto de las garantías. Es así que una defensa adecuada denuncia, reclama e interpone los debidos instrumentos procesales para que se efectivice el derecho al plazo razonable, a la igualdad procesal, a ser oído y presentar pruebas, a ser juzgado por un tribunal imparcial no comisionado, a que se presuma la inocencia de su defendido, a que se respete su derecho de no autoincriminarse y permanecer en silencio, etcétera.

Bajo esta premisa, la defensa pública cobra vital relevancia ya que la gran mayoría de los justiciables de nuestro continente son asistidos por defensores solventados por los Estados.

En Uruguay, el artículo 254 de la Constitución de la República establece que "La justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley".[8] La Constitución también menciona a la defensa en el artículo 16 como garantía del imputado al establecer que su declaración deberá ser tomada en presencia de su defensor. En materia penal, la ley amplía la cobertura de defensa técnica pública a todo aquél que no haya designado abogado de confianza o que, habiéndolo elegido, el letrado no aceptare en forma inmediata a que le sea requerido.

Al disponer las competencias de la Suprema Corte de Justicia, incluye la designación de los defensores de oficio (públicos) en el artículo 239 numeral 6.

De este modo, el modelo uruguayo de defensa pública queda constituido en lo sustantivo como garantía y derecho fundamental, y en lo formal-institucional, como dependencia orgánica del poder judicial.

---

7 Así en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8 El texto de la norma proviene de la Constitución de 1934 (art. 230). Sin embargo, ya existía la función desde época preconstitucional: en 1827 se dispone que la defensoría de pobres sería servida por defensores especiales que los jueces de 1° instancia nombrasen en cada causa. Véase: Suprema Corte de Justicia, *Centenario de la Suprema Corte de Justicia 1907-2007*, Uruguay, CEJU, 2007, p.25.

En los países que cuentan con defensa pública se identifican tres principales formulaciones estructurales:[9]

a. Instituciones independientes y autónomas por normativa constitucional como el caso de Argentina,[10] Brasil[11] y El Salvador.[12]
b. Organismos independientes y autónomos establecidos por ley como en el caso de Guatemala.[13]
c. Unidades u órganos con autonomía funcional o técnica que forman parte o tienen relación institucional con otros sistemas orgánicos, como el poder judicial (caso Uruguay,[14] México,[15] Nicaragua,[16] Panamá,[17] Paraguay,[18] Honduras,[19] Costa Rica,[20] Ecuador,[21] República Dominicana[22] y Venezuela[23]), o el poder ejecutivo (en general a

9 Se adopta la tripartición clasificatoria de: Organización de los Estados Americanos, *Informe sobre buenas prácticas en el tema de Acceso a la Justicia y* Defensa Pública en las Américas, CP/CAJP/INF-224/14, 21 de marzo de 2014. La información de cada país iberoamericano se obtuvo de páginas oficiales.

10 Constitución de la Nación Argentina, 1994, art.120.

11 Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, art. 134.

12 Constitución de la República de El Salvador, 1983, art. 194 II.

13 Acuerdo Legislativo 129-97- Ley del Servicio Público de Defensa Penal, 1998.

14 Constitución de la República del Uruguay, art. 239, num.6

15 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 100.

16 Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, 7 de julio de 1998.

17 Constitución Política de la República de Panamá, 2004, art. 217; Ley núm. 63, 28 de agosto de 2008; Ley núm. 53, 27 de agosto de 2015.

18 Constitución de la República de Paraguay, 1992, art.17.6; Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública núm. 4423/11, 25 de agosto de 2011.

19 Constitución de la República de Honduras, 1982, art. 83 —-El Programa de Defensa Pública data desde 1989—.

20 Ley Orgánica del Poder Judicial núm. 7728, 15 de diciembre de 1997, arts. 150-152.

21 Constitución de la República de Ecuador, 2008, arts.191-193; Ley Orgánica de la Defensoría Pública, 14 de mayo de 2021.

22 Constitución de la República Dominicana, 2015, arts. 176 y 177.

23 Constitución de Venezuela, 1999, art. 268.

través de ministerios de justicia o de la presidencia, como Bolivia,[24] Chile,[25] y Perú[26]) o la defensoría del pueblo (Colombia[27]).

En el caso particular de Ecuador, la defensoría designa a quienes van a oficiar de defensores dentro de una red de consultorios jurídicos universitarios, organizaciones no gubernamentales, fundaciones, etcétera.

España,[28] Andorra[29] y Portugal[30] utilizan el mecanismo de prestación de servicios de abogados de ejercicio privado bajo la administración de los colegios de abogados de cada zona territorial donde se los requiera.

Tampoco Cuba[31] tiene una institución de defensa pública, aunque existen abogados que actúan de oficio en materia penal exclusivamente.

La diversidad modélica plantea la cuestión de si todos, alguno o ninguno de los esquemas estructurales relevados cumplen con un verdadero acceso a la justicia a través de una defensa adecuada.

En Uruguay se ha planteado la eventualidad de establecer por ley la defensa pública como servicio descentralizado,[32] igual que

---

24 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, art. 119 II- Ley núm. 2496 de 2003

25 Constitución Política de la República de Chile, 1980, art. 19 numeral 3°; Ley 19.718, 2001.

26 Constitución Política de Perú, 1993, art, 139 numeral 16; Ley *29360*, 14 de mayo de 2009.

27 Constitución Política de Colombia, 1991, art. 282.4.

28 Constitución Española, 1978, art. 119; Ley de Asistencia jurídica gratuita núm. 1/1996, 10 de enero de 1996.

29 Constitución del Principado de Andorra, 1993, art. 10.2; Ley núm. 48*/2014*, 18 de diciembre de 2014, art.6.2 lit. k.

30 Constitución de Portugal, 1976, art. 20; Ley núm. 34/2004, 29 de julio de 2004.

31 Constitución de la República de Cuba, 2019, art. 92 y 94 lit. b; Decreto Ley núm. 81 sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 8 de junio de 1984.

32 El proyecto de ley fue presentado en agosto de 2022 por los senadores de la oposición y es una aspiración de la Asociación gremial que reúne a los defen-

lo es la Fiscalía General de la Nación. En cuanto a la constitucionalidad de esta opción, los cuestionamientos jurídicos son relevantes por el menoscabo que supondría en las competencias del poder judicial. La solución indiscutible debería acompañarse de una reforma constitucional.

La existencia o no de un modelo ideal deberá medirse por los logros obtenidos en materia de acceso.

A partir del caso *Ruano Torres vs. El Salvador*, la Corte ha entendido:

> [...] que la institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.
>
> Sin embargo, la Corte ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. A tal fin, la Corte estimó necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.

Las consideraciones realizadas en esta y otras sentencias,[33] pueden resumirse en parámetros o estándares de una defensa

sores. Nunca fue tratado en comisión y la legislatura está culminando. Véase Cámara de Senadores Uruguay, Proyecto de ley Defensa pública del Uruguay. Servicio descentralizado. Creación, asunto 155750, 28 de julio de 2022.

[33] Corte IDH. *Caso Ruano Torres vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303, párr. 157; *Caso*

pública adecuada, interpretados a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana:

1. *Existencia de un cuerpo permanente de defensores dentro de la estructura del Estado*. La Corte entiende que es un deber estatal proporcionar la asistencia técnica a través de la institucionalidad de la defensa pública. Según sus fallos, la opción del modelo ibérico no satisfaría la obligación del Estado.
2. *Autonomía funcional de los defensores respecto de otros agentes estatales*. Respecto de este elemento fundamental, no solamente se ha pronunciado la Corte IDH sino también la Asamblea General de la OEA en más de una oportunidad.[34] Sus resoluciones impulsan el rol de la defensa pública y se insta a los Estados miembros a que adopten acciones para que los defensores gocen de independencia y autonomía funcional.
3. *Intervención eficiente, no meramente formal*. Es destacable la exigencia de debida diligencia, protección real de las garantías procesales y relación de confianza entre defensor público y defendido. Desde 2004 la Corte exige ciertas características para una verdadera defensa.[35]

Martínez Coronado vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C, núm. 376, párr. 83; *Caso Girón y otros vs Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C, núm. 390, párr. 100; *Caso Manuela y otras vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C, núm. 441, párr. 124.

[34] Organización de los Estados Americanos, *Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales*, resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011; *Defensa pública como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, resolución AG/RES. 2714 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012.

[35] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador...*, *cit*., párr. 49: "Tener defensor nombrado no es contar, ya, con defensa en el enjuiciamiento. Esto se ha observado, con gran frecuencia, en los procesos ante esta Corte. Si no se trata, pues, de cualquier defensa —nominal—, sino de una verdadera defensa —como verdadera debiera ser la satisfacción de cualquier derecho humano—, es preciso convenir sus rasgos característicos, que demandarían independencia, suficiencia, competencia, gratuidad, plenitud y oportunidad, y proveer los medios para que la haya. De lo contrario, la tutela de los derechos humanos

4. *Igualdad de armas respecto del poder acusatorio persecutorio de los fiscales*. La situación de desbalance pudo verse profundizada con la generalización de los procesos adversariales en América en los que las Fiscalías han pasado a tener un rol preponderante y generalmente han sido beneficiadas por los Gobiernos con mejoras presupuestales, no siempre dirigidas en forma equitativa hacia las defensas. La defensa debe poder realizar su propia investigación, debe intervenir ante los órganos jurisdiccionales, la fiscalía, la policía, formular alegaciones y producir o contradecir la prueba producida en el proceso, con el objetivo final de resguardar los intereses del imputado. Debe contar con los recursos humanos, el tiempo y el presupuesto suficiente para ello.
5. *Capacitación e idoneidad, derecho a la carrera*. El derecho a la defensa tiene efectividad cuando se ejerce con las capacidades suficientes para hacerse cargo de tal tarea. El Estado debe proveer un verdadero acceso a la justicia con la idoneidad de la asistencia técnica. Ello se logra con capacitaciones específicas, evaluaciones, concursos, ascensos, expectativas de carrera.
6. *Control efectivo de la tarea del defensor*. En el caso *Girón vs Guatemala*, se afirmó que para resguardar la relación de confianza que debe existir entre el defensor oficial y la persona acusada, deben existir mecanismos ágiles que permitan que quien es imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa.

En definitiva, si un modelo estructural de defensa pública consigue niveles de cumplimiento de los elementos referidos estará proporcionando una defensa adecuada, efectiva y de calidad. Tal diseño institucional no debería ser identificado exclusivamente con un extra poder del estado, o un organismo autónomo.

Si bien la autonomía absoluta de la defensa pública respecto de otros sistemas orgánicos puede ser un interesante modelo para satisfacer aquellos estándares mínimos, será el marco cons-

del procesado tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho mal disimuladas por un ejercicio aparente, que no resiste el menor análisis".

titucional de cada Estado el que resuelva el problema orgánico, ya con disposición expresa, ya con delegación legislativa.

En el mismo sentido, quienes hayan arribado a la solución autonómica no pueden justificar por esa única circunstancia, la conquista de la adecuada defensa. Las razones presupuestales sobrevuelan los formatos estructurales y los condicionan, y es sabido que la defensa pública nunca será un servicio recaudador y autosuficiente.

En Uruguay, al sancionarse el nuevo Código de Proceso Penal[36] de tipo acusatorio, se entendió necesaria la creación de la Fiscalía General como un servicio descentralizado[37] con un alto grado de autonomía respecto de los poderes de Gobierno. Sin embargo, se vive año tras año la escasez de recursos humanos que lleva a la asignación de centenares de casos a cada fiscal; la necesidad de acudir a los servicios científicos de otros organismos para la prueba pericial; la carencia de tiempo para preparar juicios orales, todo lo cual conduce a juicios abreviados con acuerdo de pena hasta en un 90% de los casos, etcétera.

Una institucionalidad autónoma de la defensa pública debe prever cargos en cantidad necesaria no solo de defensores sino también de auxiliares como investigadores, procuradores, peritos de parte, funcionarios administrativos, intérpretes y traductores.[38] Estimar la cantidad de defensores necesaria depende de los parámetros o indicadores que se prioricen, pudiendo tomarse a título de ejemplo: número de casos por año, tiempo utilizado en cada caso, proporción con número de fiscales, número de casos tramitados simultáneamente, cobertura territorial del servicio o cantidad de usuarios del sistema.[39] Los recursos materiales para

[36] Aprobado por Ley núm. 19.293 de 19 de diciembre de 2014 y puesto en vigencia a partir del 1 de noviembre de 2017.

[37] Creada por Ley núm. 19.334 de 14 de agosto de 2015 y luego organizada por Ley núm. 19.483 de 5 de enero de 2017.

[38] Según una publicación de 2022 en el diario uruguayo *El Observador*, los defensores públicos admiten que su servicio está superado ya que existen 285 puestos profesionales para más de 200,000 consultas anuales.

[39] Al respecto, véase con mayor profundidad, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Manual de defensoría penal pública para América Latina* y El Caribe, Chile, PNUD.

cumplir con la función también son imprescindibles, tales como edilicios, tecnológicos, de transporte, etcétera.

La reiterada solicitud de autonomía para la defensa pública a fin de lograr la igualdad de armas, debe tener presente este aspecto financiero que lleva ínsito. Podría llegar a ser crítico que la autonomía institucional no sea acompañada de autarquía financiera y se convierta en desamparo. Porque ya ha quedado demostrado en el caso de algunas fiscalías de la región, que salir de la esfera de un poder de Gobierno no asegura ser contemplado en oportunidades presupuestales.

Existen algunas declaraciones internacionales como la del MERCOSUR[40] que promueven el modelo autonómico funcional y presupuestario, recomendando a los Estados parte y asociados su adopción.

Empero, en tanto no se modifiquen las disposiciones constitucionales que subordinan la defensa pública a otras estructuras, tal aspiración —por fundada que en ciertos casos resulte— no se verá concretada.

III. Acceso a la justicia y tecnología

En este punto, corresponde mencionar de qué modo se vio beneficiado y/o perjudicado el justiciable de la tecnologización de la justicia.

En los países latinoamericanos el nivel de alfabetización tiene una relación estrecha con variables de exclusión como la pobreza, la ruralidad, el género, la edad, la discapacidad, los derechos

[40] MERCOSUR, Defensa oficial autónoma e independiente como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, MERCOSUR/CMC/REC. Núm. 01/12, 29 de junio de 2012, art. 1: "Promover y profundizar, de conformidad a los ordenamientos jurídicos internos, el modelo de Defensa Pública Oficial gratuita e integral en los Estados parte, en el ámbito nacional, provincial, estadual y/o departamental, según corresponda; con órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera, a los fines de fortalecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

de las poblaciones originarias y migrantes, el idioma foráneo, etc. Según estadísticas de la UNESCO un 13% de la población mundial es analfabeta en el sentido convencional (lecto-escritura y cálculo), disminuyendo a 9% en América Latina y el Caribe.

Actualmente, la definición tradicional es insuficiente. Se entiende a la alfabetización como medio de identificación, comprensión, interpretación, creación y comunicación en un mundo cada vez más digital, mediado por textos, rico en información y cambios.[41] La capacidad de usar tecnología (computadoras, teléfonos celulares, televisiones inteligentes, *tablets*, aparatos de uso doméstico, etc.) para resolver problemas de la vida diaria está comprometida en un porcentaje mayor a aquel 13%.

La "alfabetización digital" comprende el conjunto de destrezas, conocimientos y actitudes que necesita una persona para poder desenvolverse funcionalmente dentro de la sociedad y persigue como finalidad la utilización de la tecnología en una forma efectiva que le permita acceder a otras oportunidades.[42]

Desde hace décadas los organismos jurisdiccionales han avanzado en la masificación de la oferta *on line* de sus servicios. Primero a través de las páginas web informativas, más tarde por repositorios documentales, luego con algunas posibilidades de interacción en línea para solicitar información o buscar sentencias, etc. Pero el cambio más sustancial se produjo con la aparición de los sistemas de seguimiento de expedientes y los expedientes judiciales electrónicos.

Aquellos que carecen de destrezas digitales son incapaces de navegar en el sitio *web* de un juzgado o tribunal, completar formularios en línea, generar claves de usuario, incorporar datos del expediente judicial en casilleros preformados, tener una reunión a distancia con su letrado patrocinante, conectarse a una audien-

---

41 UNESCO, *Qué debe saber sobre la alfabetización*, 29 de junio de 2023, *https://www.unesco.org/es/literacy/need-know#:~:text=A%20pesar%20de%20ello%2C%20en,las%20competencias%20b%C3%A1sicas%20en%20lectoescritura*

42 Organización Panamericana de la Salud, *Conversaciones sobre eSalud*, Estados Unidos, 2014, *https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/28391/9789275318287_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y*

cia de prueba *on line* por razones de fuerza mayor (como ocurrió en pandemia del SARS-CoV-2), descubrir en un *link* un decreto o sentencia judicial, darse por notificados o saber si deben concurrir al tribunal por una notificación electrónica.

Para todo ello dependerán de un letrado patrocinante o defensor al que no podrán controlar en su diligencia profesional, como sí lo hará aquel justiciable que se maneja adecuadamente con la tecnología y los sistemas de seguimiento jurisdiccionales. La confianza en los letrados patrocinantes o defensores no se cuestiona, sino la imposibilidad de un mínimo control.

La igualdad y no discriminación de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, podrían verse comprometidos en la situación planteada.[43]

El analfabetismo digital y/o la falta de estructura para su aprendizaje y desarrollo (teléfonos, computadoras, etc.) hace que "aquellos que tienen las herramientas y los medios, la competencia y el teléfono u otra infraestructura disponible llegan más lejos y los que no cuentan con todo eso se quedan rezagados a la hora de hacer que el sistema de justicia funcione para ellos.

[43] La Corte Interamericana sostuvo que el artículo 1.1 establece la obligación de no discriminación respecto de la aplicación y garantía de los derechos convencionales y el artículo 24 amplía dicha garantía de igualdad y no discriminación a la legislación local que los Estados pudieran adoptar. Véase Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182, párr. 209. Asimismo, "conforme estos derechos los Estados están obligados a abstenerse de discriminar en el ejercicio y garantía de los derechos y a tomar medidas positivas que permitan a todas las personas bajo su jurisdicción el efectivo goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad". Véase Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127. La Comisión también se ha pronunciado: "la "alfabetización digital" es un proceso de fundamental importancia en la garantía de los derechos humanos, y una medida particularmente necesaria para proteger y garantizar los derechos a la igualdad y no discriminación". Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 15 de marzo de 2017, párr. 43.

La falta de igualdad aumenta, no se reduce".[44] La exclusión en la mejor hipótesis se mantiene, o eventualmente se profundiza.

Sintomáticamente, y volviendo a lo afirmado en la primera parte, existe cierta coincidencia demográfica entre quienes dependen de las defensas públicas (no electas por una decisión de confianza sino asignadas por el Estado) y una gran mayoría de los que padecen el analfabetismo digital. Para los vulnerables no hay elección ni control.

La tecnologización judicial debe ir acompañada de un proceso de acompañamiento estatal para la educación digital de su población, con la facilitación de infraestructura mínima de aprendizaje y uso, y con la pervivencia de metodologías de atención humana en lugares físicos descentralizados territorialmente, donde el funcionariado público participe en la educación tecnológica de los consultantes, al tiempo que satisfaga las inmediatas inquietudes del justiciable.

A sabiendas del esfuerzo vigente por un lenguaje jurídico claro en el ámbito de la normativa y las decisiones judiciales hacia una efectiva comprensión ciudadana, correspondería agregar a tales propuestas la accesibilidad al proceso judicial según las posibilidades reales de cada justiciable, todo lo cual mejoraría en nuestros países los logros en materia de no discriminación e igualdad.

IV. La responsabilidad estatal de una educación universitaria acorde a las necesidades del sistema

En contextos de vulnerabilidad y restricciones del acceso a la justicia, la asistencia profesional letrada eficaz es una necesidad para los justiciables y un desafío para la educación universitaria en su rol de proveedora de defensa técnica, ya sea pública o privada.

Corresponde reflexionar acerca de si nuestros graduados tienen las competencias necesarias para enfrentar el reto de la

[44] Horowitz, Donald, *Access to justice technology bill of rights*, *http://www.publicsphereproject.org/node/418*

protección y garantía del derecho de acceso a la justicia de sus patrocinados.

En Uruguay la Universidad de la República está consagrada como ente autónomo de enseñanza en el artículo 202 de la Constitución[45] y las universidades privadas son controladas por el Estado en su acreditación y reconocimiento manteniendo luego un control evaluatorio de calidad que actúa con elevada prudencia.[46] En definitiva, la responsabilidad institucional por la calidad profesional de los abogados uruguayos radica en el Estado en forma compartida con las entidades de enseñanza.

Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados[47] exigen a los Gobiernos, las asociaciones profesionales y las instituciones de enseñanza que velen por la debida formación y preparación técnico-jurídica adecuada de los abogados, y que se les inculque en su educación la conciencia de los ideales y obligaciones éticas y de respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico interno e internacional.

---

45 Artículo 202- La Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística, serán regidas por uno o más Consejos Directivos Autónomos. Los demás servicios docentes del Estado, también estarán a cargo de Consejos Directivos Autónomos, cuando la ley lo determine por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Los Entes de Enseñanza Pública serán oídos, con fines de asesoramiento, en la elaboración de las leyes relativas a sus servicios, por las Comisiones Parlamentarias. Cada Cámara podrá fijar plazos para que aquéllos se expidan. La ley dispondrá la coordinación de la enseñanza".

46 El Consejo Consultivo de Enseñanza Terciaria Privada (CCETP), según el Decreto 104/014 que regula y ordena el Sistema de Enseñanza Terciaria Privada, tiene como cometido asesorar al Poder Ejecutivo y al Ministerio de Educación y Cultura en las solicitudes de autorización para funcionar como institución terciaria al inicio y al vencimiento de los cinco años, en las solicitudes posteriores de reconocimiento de nivel académico de nuevas carreras y en la revocación de los respectivos actos, así como en las solicitudes de autorización de nuevas Sedes. En una sola oportunidad el Estado resolvió revocar la autorización para funcionar de un instituto universitario previamente reconocido con carrera de Abogacía. Véase Uruguay, Resolución núm. 152/010, 18 de febrero de 2010.

47 Organización de las Naciones Unidas, *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, 07 de septiembre de 1990, *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-role-lawyers*

Como se ha dicho,[48] el carácter "subsidiario" de la defensa pública, tal como lo sostiene el Pacto de Derechos Civiles,[49] no debe significar, dado el contexto social de la mayoría de nuestros países, un debilitamiento de la obligación estatal en la ejecución del servicio prestado.

La reflexión posible: ¿es el Estado responsable, en tanto expedidor de títulos profesionales, del perjuicio que un defensor público o privado pueda provocar a su defendido por impericia? ¿La responsabilidad aumenta en tanto el defensor sea público? Y en su caso, dicha responsabilidad ¿es objetiva o subjetiva?[50]

El análisis de la responsabilidad del Estado frente a defensas defectuosas ha sido motivo de decisión por la Corte IDH en más de un caso. Así ha entendido:

> Toda vez que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, pero aún así se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado, la Corte estima que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dado la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor. En este sentido, la Corte considera que, como parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas.[51]

La Corte IDH encuentra responsabilidad estatal "si la acción o la omisión del defensor público constituye una negligencia

---

48 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *op. cit*., p. 27.

49 Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 14.3 lit. d.

50 El debate sobre la responsabilidad estatal se ha dado en Uruguay desde hace décadas y las soluciones propuestas han sido diferentes desde doctrina y jurisprudencia. Sobre el punto, los principales argumentos pueden consultarse en: Delpiazzo, Carlos, La responsabilidad en el derecho público uruguayo, *Revista De Derecho*, vol. 3, 2016, pp. 59-83.

51 Corte IDH. *Caso Ruano Torres... op. cit.*, párr. 157; *Caso Martínez Coronado... op. cit.*, párr. 83; *Caso Girón... op. cit*., párr. 100; y C*aso Manuela y otras... op. cit*., párr. 124.

inexcusable o falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o puede tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado".[52]

La relación entre calidad universitaria y responsabilidad del Estado resulta, como mínimo, interpelante. El Rector de nuestra Universidad pública[53] se ha referido a la coyuntura entendiendo que el actual contexto de innovación abre muchas posibilidades a la calidad de la educación, pero puede también profundizar algunas inequidades entre los niveles de aprendizaje y las instituciones educativas, en atención al nuevo paradigma que ha cambiado los procesos tradicionales de enseñanza, tal como la virtualidad masificada nacida a partir de la pandemia.

Quienes profesamos la vocación docente desde hace muchos años, somos testigos de la disminución paulatina de la calidad del aprendizaje en etapas anteriores a la enseñanza universitaria, condicionando el nivel de esta. El Estado, tal como lo expresara la Corte IDH no puede ser responsable de cada yerro profesional de sus abogados, pero sí de proveer la mejor calidad de servicios de enseñanza jurídica, regular la policía de la profesión, elegir mediante mecanismos objetivos y competitivos los defensores que trabajarán de oficio, brindar capacitación y actualización de conocimientos y responder cuando corresponda en tanto servicio público que brinda.[54]

Entre las carencias que pueden ser subsanadas en Uruguay, a modo de ejemplo, se encuentra la falta de especialización de la defensa pública en materia contencioso-constitucional.[55] El

52 Corte IDH. *Caso Ruano Torres vs. El Salvador..., cit*., párr. 164

53 Arim, Rodrigo, "Grandes dilemas de la educación superior: tensiones estructurales y crisis educativa en la pandemia"*, InterCambios*, año 7, núm. 2, diciembre de 2020, pp. 3-7.

54 Constitución de la República art. 24, El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

55 En Uruguay, la defensoría pública en materia civil atiende toda materia en la que no exista especialización, pero estadísticamente casi no existen consultas ni patrocinios en el área constitucional, sin perjuicio de algunas

acceso a la justicia constitucional ha sido reducido a la defensa privada. He ahí otro desafío para el Estado y la enseñanza universitaria.

Las trayectorias curriculares deberían incorporar formación específica para futuros defensores públicos, que provean una visión multidisciplinar referida a la población objetivo y sus vulnerabilidades, hagan hincapié en la ética profesional inherente a la función, su independencia y autonomía. Así también que su calidad impida recaer en el ejercicio formalista o mediocre; que contenga aprendizajes sobre comunicación y transmisión de información a los defendidos y estándares de litigación estratégica.

Y por sobre todo que la tarea del defensor tenga como centro al defendido.

V. Conclusiones

A modo de recapitulación:

a) El acceso a la justicia es una norma de derecho imperativo que genera obligaciones *erga omnes* para los Estados.[56]
b) Se debe considerar la posibilidad de que algunas soluciones proyectadas para el mejor acceso a la justicia podrían profundizar la desigualdad o la discriminación, al menos para determinados grupos que ya están marginados.
c) Las diversas ubicaciones institucionales de las defensas públicas en Iberoamérica demuestran que no hay una única solución efectiva, sino que cualquiera sea la inserción orgánica, la clave del éxito en cuanto al mejor acceso a la justicia para los defendidos, está en el respeto a la independencia técnica de los defensores y la provisión de medios humanos, materiales y técnicos para el mejor ejercicio de la función. Reincidir en un trasplante de modelo, de país en país, tal como se hizo en oportunidad de la implantación de los procesos penales adversariales,

excepciones de inconstitucionalidad que se presentaron respecto de la Ley núm. 19.120 de 20 de agosto de 2013.

[56] Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*..., *cit*.

no asegura mejor *performance* de las defensas ni el logro automático de igualdad de armas. Para el caso uruguayo, además, la ubicación actual de los defensores públicos en la Constitución impide otra solución institucional hasta tanto no se reforme la carta.

d) El avance en la tecnología a nivel de los sistemas de justicia debe acompañarse de educación digital popular brindada por el Estado, con la facilitación de infraestructura mínima y con el mantenimiento de atención personal-humana en locales de cercanía dándole participación a los funcionarios, al tiempo que se satisfacen las necesidades de información de los consultantes.
e) El Estado es responsable de la calidad de su educación universitaria en materia jurídica, de la selección objetiva y criteriosa de los defensores públicos, de su capacitación permanente y especialización, debiendo responder en aquellos casos que el mal funcionamiento del servicio público haya provocado un daño a terceros.

Para terminar, afirmar que desde las raíces de la patria uruguaya ha existido una real preocupación por un sistema de justicia al servicio de la igualdad, plasmada, por ejemplo, en la Carta de nuestro prócer José Artigas al Gobernador de Corrientes, José de Silva, el 9 de abril de 1815, en la que le expresa: "No hay que invertir el orden de la justicia. Mirar por los infelices y no desampararlos, sin más delito que su miseria [...]. Todo hombre es igual en presencia de la Ley [...]".

Referencias

Andorra, Constitución del Principado de Andorra, 1993.

Andorra, Ley núm. 48/2014, 18 de diciembre de 2014.

Argentina, Constitución de la Nación Argentina, 1994.

Arim, Rodrigo, "Grandes dilemas de la educación superior: tensiones estructurales y crisis educativa en la pandemia", *InterCambios*, año 7, núm. 2, diciembre de 2020, pp. 3-7.

Becker, Katherine, "El acceso a la justicia cuando no se sabe leer:

cómo la alfabetización limitada agrava la exclusión en los sistemas jurídicos", en Alsina Naudi, Anna y Espejo Yaksic, Nicolás (coords.), *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*, México, Tirant Lo Blanch, 2023.

Bolivia, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

Brasil, Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988.

Cámara de Senadores Uruguay, *Proyecto de ley Defensa pública del Uruguay. Servicio descentralizado. Creación*, asunto 155750, 28 de julio de 2022.

Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, *Manual de defensoría penal pública para América Latina y El Caribe*, Chile, PNUD.

Chile, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Chile, Ley núm. 19.718, 27 de febrero de 2001.

Colombia, Constitución Política de Colombia, 1991.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 15 de marzo de 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, OEA, 2013.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sen-

tencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.

Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 204.

Corte IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C, núm. 315.

Corte IDH. *Caso Girón y otros vs Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C, núm. 390.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. núm. 153.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119.

Corte IDH. *Caso Manuela y otras vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C, núm. 441.

Corte IDH. *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C, núm. 376.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303, párr. 157.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

Costa Rica, Ley Orgánica del Poder Judicial núm. 7728, 15 de diciembre de 1997.

Cuba, Constitución de la República de Cuba, 2019.

Cuba, Decreto Ley núm. 81 sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 8 de junio de 1984.

Delpiazzo, Carlos, "La responsabilidad en el derecho público uruguayo", *Revista de Derecho*, vol. 3, 2016.

Ecuador, Constitución de la República de Ecuador, 2008.

Ecuador, Ley Orgánica de la Defensoría Pública, 14 de mayo de 2021.

El Observador, "Los pobres tienen un "servicio nefasto" en la Justicia: hay 285 defensores públicos para más de 200 mil consultas al año", 18 de julio de 2022.

El Salvador, Constitución de la República de El Salvador, 1983.

España, Constitución Española, 1978.

España, Ley de Asistencia jurídica gratuita núm. 1/1996, 10 de enero de 1996.

Fix-Fierro, Héctor y Suárez Ávila, Alberto, "Hacia una defensa pública de calidad. El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República mexicana", *Cuestiones Constitucionales*: *Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, año I, núm. 32, enero-junio de 2015.

Fuchs, Marie-Christine *et al*., *La justicia penal adversarial en América Latina, hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*, Chile, CEJA-KAS, 2018.

Guatemala, Acuerdo Legislativo 129-97- Ley del Servicio Público de Defensa Penal, 1998.

Honduras, Constitución de la República de Honduras, 1982.

Horowitz, Donald, *Access to justice technology bill of rights*.

Menéndez, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, 10ª. ed., Universidad del Rosario-KAS, 2019.

Mercosur, *Defensa oficial autónoma e independiente como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulne-*

rabilidad, MERCOSUR/CMC/REC. Núm. 01/12, 29 de junio de 2012.

México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Meza Márquez, Enrique, "La defensoría pública como órgano constitucional autónomo. Apuntes para la construcción de un modelo necesario", en López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, IIJ-UNAM, 2020.

Nicaragua, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, 7 de julio de 1998.

Organización de las Naciones Unidas, *Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas*.

Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966.

Organización de las Naciones Unidas, *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, 07 de septiembre de 1990.

Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Costa Rica, 18 de julio de 1978.

Organización de los Estados Americanos, *Defensa pública como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, resolución AG/RES. 2714 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012.

Organización de los Estados Americanos, *Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales*, resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011.

Organización de los Estados Americanos, *Informe sobre buenas prácticas en el tema de Acceso a la Justicia y Defensa Pública en las Américas*, CP/CAJP/INF-224/14, 21 de marzo de 2014.

Organización Panamericana de la Salud, *Conversaciones sobre eSalud*, Estados Unidos, 2014.

Panamá, Constitución Política de la República de Panamá, 2004.

Panamá, Ley núm. 53, 27 de agosto de 2015.

Panamá, Ley núm. 63, 28 de agosto de 2008.

Paraguay, Constitución de la República de Paraguay, 1992.

Paraguay, Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública núm. 4423/11, 25 de agosto de 2011.

Perú, Constitución Política de Perú, 1993.

Perú, Ley núm. 29360, 14 de mayo de 2009.

Portugal, Constitución de Portugal, 1976.

Portugal, Ley núm. 34/2004, 29 de julio de 2004.

República Dominicana, Constitución de la República Dominicana, 2015.

Silvera, Claudia, La alfabetización digital: una herramienta para alcanzar el desarrollo y la equidad en los países de América latina y el Caribe, *ACIMED*, año XIII, núm. 1., enero-febrero de 2005.

Suprema Corte de Justicia, *Centenario de la Suprema Corte de Justicia 1907-2007*, Uruguay, CEJU, 2007.

UNESCO, *Qué debe saber sobre la alfabetización*, 29 de junio de 2023.

Uruguay, Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967.

Uruguay, Decreto 104/014, 28 de abril de 2014.

Uruguay, Ley núm. 15.737, 08 de marzo de 1985.

Uruguay, Ley núm. 19.120, 20 de agosto de 2013.

Uruguay, Ley núm. 19.293, 19 de diciembre de 2014.

Uruguay, Ley núm. 19.334, 14 de agosto de 2015.

Uruguay, Ley núm. 19.483, 05 de enero de 2017.

Uruguay, Resolución núm. 152/010, 18 de febrero de 2010.

Ventura Robles, Manuel, *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Costa Rica, 2007.

Venezuela, Constitución de Venezuela, 1999.

El acceso a la justicia en Perú y la reciente ley de la justicia itinerante para las personas en condición de vulnerabilidad

***

Access to justice in Peru and the recent law on itinerant justice for people in vulnerable conditions

*Ramiro Antonio Bustamante Zegarra**

Resumen: el derecho procesal establece las normativas y procedimientos para el acceso a la justicia, incluyendo requisitos para presentar demandas, plazos, notificaciones y respeto a derechos fundamentales. En algunos sistemas legales, como el peruano, se garantiza la gratuidad y asistencia legal para personas sin recursos. La falta de cumplimiento legal puede afectar el acceso a la justicia. La relación entre acceso a la justicia y tutela jurisdiccional efectiva radica en que el primero es fundamental para garantizar la segunda; sin acceso adecuado a los tribunales, no se pueden proteger efectivamente los derechos legales, mientras que la tutela jurisdiccional asegura que el acceso sea significativo y las decisiones judiciales se apliquen eficazmente. El acceso a la justicia no solo es un derecho fundamental, sino también un pilar esencial para el desarrollo y la democracia de nuestras sociedades.

* Juez supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, doctor en Derecho, magister en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional, docente universitario y de la Academia de la Magistratura.

Abstract: procedural law establishes the regulations and procedures for access to justice, including requirements for filing lawsuits, deadlines, notifications and respect for fundamental rights. In some legal systems, such as the Peruvian one, free legal assistance is guaranteed for people without resources. Lack of legal compliance can affect access to justice. The relationship between access to justice and effective jurisdictional protection lies in the fact that the former is essential to guarantee the latter; Without adequate access to the courts, legal rights cannot be effectively protected, while jurisdictional protection ensures that access is meaningful and judicial decisions are effectively implemented. Access to justice is not only a fundamental right, but also an essential pillar for the development and democracy of our societies.

Palabras clave: acceso a la justicia, itinerante, tutela jurisdiccional efectiva.

Keywords: access to justice, itinerant, effective jurisdictional protection.

Sumario: I. Acceso a la justicia. II. El acceso a la justicia en sentido procesal. III. El acceso a la justicia no solo es llegar a un juez, también lo es tener una resolución de calidad y oportuna. IV. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia. V. Acceso a la justicia en las reglas de Brasilia. VI. Ley de Justicia Itinerante. Referencias.

I. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia es un principio fundamental en un sistema democrático que garantiza que todas las personas puedan hacer valer sus derechos ante los tribunales y obtener una resolución justa de sus conflictos legales. Implica eliminar barreras económicas, sociales y culturales que puedan impedir a individuos y grupos vulnerables participar plenamente en el sistema judicial. Esto incluye proporcionar asistencia legal gratuita o a bajo costo, garantizar la igualdad de trato ante la ley y fomentar la conciencia pública sobre los derechos legales y los recursos disponibles.

En un sentido más amplio, el acceso a la justicia también abarca la disponibilidad de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, que pueden ofrecer soluciones más rápidas y menos costosas que los procedimientos judiciales tradicionales. Además, implica promover una cultura de transparencia, imparcialidad y rendición de cuentas dentro del sistema legal, para que las personas confíen en que recibirán un trato justo y equitativo sin importar su estatus socioeconómico o su posición en la sociedad.

II. El acceso a la justicia en sentido procesal

El derecho procesal establece las normativas y los procedimientos que regulan cómo se ejerce el acceso a la justicia. Esto incluye aspectos como los requisitos para presentar una demanda, los plazos para hacerlo, las formas de notificación a las partes, entre otros, evitando trámites engorrosos y/o burocráticos; de igual manera, garantiza que durante el proceso judicial se respeten los derechos fundamentales de las partes involucradas, como el derecho a ser oído, el derecho a presentar pruebas y argumentos, el derecho a un juicio justo y el derecho a un recurso efectivo.

En muchos sistemas legales, incluyendo el peruano, el derecho procesal establece mecanismos para garantizar la gratuidad de la justicia para aquellas personas que no tienen los recursos económicos para costear los gastos del proceso. Además, puede regular la prestación de asistencia legal gratuita para aquellas personas que lo necesiten. La inobservancia de las previsiones legales puede conducir a que el acceso a la justicia sea deficiente o en muchos casos que no sea posible.

La sentencia del Tribunal Constitucional peruano, recaído sobre el expediente 2763-2002-AA/TC,[1] señala en su fundamento jurídico cuarto (*in fine*), lo siguiente:

> El derecho de acceso a la justicia garantiza, entre otras cosas, que el administrado pueda acudir al juez a fin de cuestionar los actos que

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 2763-2002-AA/TC, 30 de enero de 2003, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02763-2002-AA.html*

> la administración hubiera efectuado. Como todo derecho, también el de acceso a la justicia es uno que puede ser limitado. Sin embargo, de la posición preferente en la que se encuentran los derechos fundamentales se deriva una exigencia concreta al legislador respecto al momento de establecer las condiciones de su ejercicio o las limitaciones al derecho: en efecto, cualesquiera que sean las restricciones o límites que se establezcan, su validez depende de que estas no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia.

La sentencia en mención, desarrolló el contenido del derecho de acceso a la justicia, ante la existencia de dos disposiciones que regulaban un mismo supuesto, esto es, que el Código Procesal Civil establecía un plazo de 30 días para interponer la demanda contenciosa administrativa; mientras que el Código Tributario establecía un plazo de 15 días para el mismo acto; y, en razón a este último, la demanda contenciosa administrativa planteada fue rechazada, lo que originó el proceso de amparo respecto al cual se emite la sentencia mencionada, donde el máximo intérprete de la Constitución, ordenó al Tribunal Fiscal admita a trámite la demanda.

Bajo ese análisis, podríamos coincidir con la definición de acceso a la justicia que señala Capelletti, donde indica que dicho derecho es la posibilidad "que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado".[2]

Una interpretación limitada del derecho de acceso a la justicia lo reduce a la idea de que el Estado proporciona únicamente procesos judiciales, como el acceso a los tribunales o el derecho a un juicio justo; sin embargo, una perspectiva más amplia reconoce que este derecho también abarca otras formas de resolver conflictos que no son judiciales ni estatales, como la justicia indígena, la justicia de paz y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala que "toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional

[2] Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, "El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", México, FCE, 1996, p. 9.

efectiva, para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso".

El acceso a la justicia comprende diversas dimensiones conceptuales que reflejan la complejidad de este derecho. En primer lugar, está la dimensión física del acceso, que se refiere a la disponibilidad de tribunales y otros medios de resolución de conflictos en todo el territorio, asegurando su accesibilidad para todas las personas, incluyendo aquellas con discapacidades o residentes en áreas remotas. Asimismo, está la dimensión económica, que se relaciona con los costos vinculados al acceso al sistema legal, como las tasas judiciales, los honorarios legales y otros gastos asociados. Otra dimensión relevante es el acceso a la información y la educación legal, que se refiere a la disponibilidad de recursos y servicios que ayuden a las personas a comprender sus derechos y deberes legales, así como a navegar de manera efectiva por el sistema judicial.

Al recurrir al sociólogo T. H. Marshall, nos topamos con su definición de ciudadanía como el máximo estatus reconocido por el Estado a sus asociados, y la dividió en tres: *i)* la ciudadanía política, que podríamos resumirla como el derecho a elegir y ser elegidos; *ii)* la ciudadanía social, que conlleva a garantizar el bienestar económico, al patrimonio social y ejercer una vida conforme a los estándares de una sociedad, y *iii)* ciudadanía civil, la cual es necesaria para el desarrollo de las libertades básicas de los individuos, como lo es, el acceso a la justicia en defensa de sus derechos.

La relación entre el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva radica en que el acceso a la justicia es un medio fundamental para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva. Si las personas no tienen acceso adecuado a los tribunales, no pueden obtener una protección efectiva de sus derechos legales. Del mismo modo, la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que el acceso a la justicia sea significativo y que las decisiones judiciales sean aplicadas de manera efectiva. El derecho al acceso a la justicia tiene la finalidad de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, y para ello, se debe ejercer por las vías legalmente establecidas; esto incluye dirigirse al órgano jurisdiccional competente, sin embargo, no se vulnera la tutela jurisdiccional si se

acude a otro órgano distinto y este, posteriormente, se declara incompetente.

III. El acceso a la justicia no solo es llegar a un juez, también lo es tener una resolución de calidad y oportuna

El acceso a la justicia no solo busca acercar a la persona al sistema judicial, va más allá de eso, pues busca obtener una resolución de fondo, cuyo resultado no será necesariamente una resolución que acoja las pretensiones del demandante. Como se sabe, el derecho a la tutela judicial es el derecho a que un órgano imparcial dirima las pretensiones, pero no es un derecho a que el órgano judicial estime tales pretensiones. El derecho llega a su satisfacción cuando se obtiene una resolución de fondo que, de manera razonada y ajustada a derecho, estime o desestime las pretensiones instadas, ello después de haberse cumplido y observado todas las garantías y requisitos legales previamente establecidos.

En cuanto a la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que

> uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que es acorde con el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.[3]

[3] Sentencia del Tribunal Constitucional peruano 04729-2007-HC, fundamento 2, del 27 de noviembre del 2007, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04729-2007-HC.pdf*

Siguiendo esa línea, cuando se habla que la resolución debe ser oportuna, no solo se hace referencia a que el proceso no deba sufrir dilaciones indebidas y/o innecesarias, pues no se trata de un derecho absoluto a un juicio rápido, sino también al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. El reconocimiento de algún derecho (buscado de manera judicial) no se obtiene solo con la emisión de la resolución, pues, es preciso, que dicha resolución se cumpla.

Es así que, el derecho al acceso a la justicia incorpora también el derecho a la ejecución de la resolución de fondo obtenida, pues esto conlleva al derecho de quien ha sido favorecido por la resolución de fondo a ser repuesto en sus derechos y eventualmente compensado, si hubiere lugar a ello. Se debe tener presente que, en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, es aplicable el principio *pro actione,* pues las resoluciones deben ser ejecutadas en sus estrictos términos.

El Tribunal Constitucional peruano ha comprendido que el derecho a la ejecución de resoluciones constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En las sentencias 00015-2001-AI/TC, 00016-2001-AI/TC y 00004-2002-AI/TC[4] ha dejado establecido que:

> El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal [...]. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

En ese sentido, la decisión de no ejecutar o dilatar indebidamente una sentencia, es potencialmente vulneradora al derecho a la tutela judicial.

---

[4] Sentencias del Tribunal Constitucional peruano 00015-2001-AI/TC, 00016-2001-AI/TC y 00004-2002-AI/TC, fundamento 11, del 29 de enero de 2004, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html#:~:text=El%20Tribunal%20Constitucional%20considera%20que,los%20que%20establece%20la%20ley*

IV. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha regulado el acceso a la justicia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en los siguientes artículos:

> Artículo 8. Garantías Judiciales
>
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)
>
> Artículo 25. Protección Judicial
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
>
> a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
>
> b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
>
> c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Asimismo, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".[5]

[5] Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97, párr. 52, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf*

En efecto, tenemos el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú,*[6] cuya sentencia fue emitida el 28 de febrero de 2003, en cuyo proceso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado peruano, para que decidiera si este último habría violado la Convención Americana respecto de los cinco pensionistas, quienes no recibían el íntegro de sus pensiones, debido a la modificación en el régimen de pensiones que venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional peruano, los cuales ordenaron a órganos del Estado pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado acorde a lo establecido en la legislación vigente para el momento en que estos comenzaron a percibir el beneficio. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado peruano que otorgara una compensación por el daño moral causado a las presuntas víctimas, y que cumpliera con lo dispuesto en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

En la referida sentencia, la Corte declaró, entre otros, que el Estado peruano violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los cinco pensionistas, al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú, sino después de casi ocho años de haberse dictado, pues aquellas sentencias ordenaban a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) a pagar el íntegro de la pensión que venían percibiendo las presuntas víctimas de acuerdo a la ley.

Cabe mencionar también, el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile,*[7] cuya sentencia se emitió el 8 de marzo de 2018, donde la Corte declaró por unanimidad la responsabilidad internacional de Chile. Esto fue debido a la falta de garantía del derecho a la

[6] Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf*

[7] Corte IDH. *Caso Poblete Vilches vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf*

salud sin discriminación para Vinicio Antonio Poblete Vilches, un adulto mayor en situación de vulnerabilidad. Esta falta de atención adecuada derivó en su fallecimiento. La Corte también determinó que el Estado incumplió el derecho al consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en salud, tanto para Poblete como para su familia.

Además, se encontró que se violaron derechos como el acceso a la justicia e integridad personal de los familiares de Poblete, pues, el 5 de febrero de 2001, ingresó por segunda ocasión el señor Poblete Vilches al Hospital público Sótero del Río, donde permaneció en la unidad de cuidados intermedios, pese a que la ficha médica disponía su internación en sala de cuidados intensivos. El señor Poblete requería de un respirador mecánico, pero esta asistencia, entre otras, no le fue prestada; como consecuencia, el señor Poblete Vilches falleció el día 7 de febrero de 2001.

Respecto al derecho de acceso a la justicia, la Corte consideró que las falencias, retrasos y omisiones en la investigación dentro del proceso penal que se realizaron para esclarecer su muerte, demostraron que las autoridades no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a ley, distantes de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar el esclarecimiento de los hechos y las respectivas responsabilidades, luego de aproximadamente 17 años.

V. Acceso a la justicia en las Reglas de Brasilia

Las Reglas de Brasilia surgieron durante la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, con un enfoque principal en garantizar el acceso a la justicia para aquellas personas en situaciones de vulnerabilidad. Estas reglas se centran en la necesidad de que los sistemas judiciales actúen efectivamente como protectores de los derechos individuales, especialmente los de los más desfavorecidos. Recogen los esfuerzos y debates de las principales redes iberoamericanas del sistema judicial, como la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados y los principios de la "Carta de Derechos de las Per-

sonas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano", de Cancún, 2002, concretamente la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles".

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad afirman que podrán constituir causa de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Regla 4), dentro de los particulares contextos de desarrollo económico y social de cada país. Entonces, ¿cuál es la razón fundamental de la necesidad de las Reglas en América Latina? la razón es que América Latina y el Caribe son regiones caracterizadas por la desigualdad y la exclusión. Aunque no es el continente más pobre del mundo, algunos de sus países enfrentan niveles alarmantes de pobreza extrema. Sin embargo, lo que destaca en esta región son las marcadas brechas entre los estratos socioeconómicos, lo cual condena a una gran parte de su población a vivir en condiciones de pobreza y marginación social.

Ahora, el simple reconocimiento normativo del acceso a la justicia no es suficiente; también es necesario que se realicen acciones como, por ejemplo, el traslado de personal jurisdiccional a lugares distantes, caracterizados por sus dificultades de comunicación y que concentran población en situación de pobreza y vulnerabilidad, ello de acuerdo con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008), específicamente de la Regla 42, la cual señala: "Proximidad. Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación", a las cuales el poder judicial peruano se adhirió en el 2010 y a su actualización en el 2020. Si el acceso efectivo al sistema judicial para obtener una verdadera protección legal no está garantizado, el mero reconocimiento formal resultaría inútil. Por ende, es crucial que el principio de acceso a la justicia vaya de la mano con la implementación de medidas y mecanismos que aseguren su ejercicio en un contexto de igualdad, celeridad, oportunidad y proximidad.

En ese sentido, los esfuerzos por el desarrollo continuo de este servicio son cada vez mayores, considerando las distintas realidades de los habitantes en cada país, buscando mejoras y sostenibilidad en las prácticas implementadas por las cortes para su réplica.

VI. Ley de justicia itinerante

El Congreso de la República peruano aprobó una ley que establece la implementación de la justicia itinerante para asegurar el acceso efectivo a la justicia de individuos en situaciones de vulnerabilidad en áreas con recursos económicos limitados o en condiciones de pobreza extrema.

La Ley 31968, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 29 de diciembre de 2023, indica que esta medida se aplica en casos de violencia contra mujeres y miembros del grupo familiar, disputas alimenticias, filiación extramatrimonial, ejecución de acuerdos extrajudiciales sobre alimentos, y corrección de registros civiles como actas de nacimiento, matrimonio o defunción. La ley está sustentada en los principios de accesibilidad, celeridad y prioridad, gratuidad, oralidad y sencillez, proximidad, y lenguaje jurídico comprensible. La norma señala que cuando se presente una demanda, se impulsará el uso de formularios, estos contarán con condiciones accesibles y gratuitas para las personas en condición de vulnerabilidad, especialmente a aquellos en los que no sea necesario la asistencia de abogado. Una vez terminadas las actuaciones judiciales, si el caso lo amerita, se emitirá sentencia de manera inmediata, para lo cual se utilizará un lenguaje claro, sencillo y en la lengua correspondiente a la persona.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano, mediante Resolución Administrativa número 028-2016-CE-PJ, de 3 de febrero de 2016, creó el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad, para acercar la justicia a las personas en condición de vulnerabilidad, concordante con las Reglas de Brasilia y la Carta de los Derechos de las Personas ante la Administración de Justicia de Perú e Iberoamérica; asimismo, el 14 de marzo de 2017, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, aprobó la conformación de la "Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición

de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad", la cual es presidida por la Jueza Suprema Janet Tello Gilardi.

En esa línea, y con el mismo objetivo de concretizar el acceso a la justicia para toda persona, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social crea el Programa Nacional PAIS, que tiene por objeto acercar los servicios del Estado a las poblaciones asentadas en zonas más alejadas y vulnerables de la sierra y de la Amazonía que viven en condición de pobreza y pobreza extrema, mediante dos modalidades:

Tambos: son instalaciones equipadas para brindar atenciones sociales a cargo de los Programas MIDIS y entidades del Estado, los cuales se encuentran en zonas alejadas de la sierra y selva.

Plataformas Itinerantes de Acción Social-PIAS: son buques de la Marina de Guerra del Perú o aeronaves de la Fuerza Aérea del Perú y Ejército del Perú que, de manera móvil y temporal, acercan los servicios del Estado a un total de 235 comunidades, donde habitan 68,670 personas, de los departamentos de Loreto, Ucayali y Puno.

Es así que, por ejemplo, en Ayacucho se están implementando de manera activa espacios y equipos destinados a las "Cabinas Judiciales" en colaboración con las municipalidades y los Tambos del Programa PAIS, dentro del marco del servicio de Justicia Itinerante. Las referidas Cabinas Judiciales son módulos virtuales, para orientar de manera gratuita a la ciudadanía de las zonas alejadas, protegiendo su privacidad. Así familias rurales de 11 provincias se contactarán de manera virtual con un grupo de jueces para recibir asistencia legal en: demandas por pensión de alimentos, denuncias por maltrato físico, psicológico y sexual, abandono de hogar, litigio de terrenos, defensa de víctimas, conciliación extrajudicial, entre otros.

El usuario podrá acceder a los servicios judiciales mediante el aplicativo "El juez te escucha", ahorrando tiempo y dinero en el traslado hacia la capital de la provincia o la región, donde llevan sus respectivos procesos.

Mientras que, en Cusco, existe una colaboración efectiva con 63 Tambos distribuidos en 13 provincias y 47 distritos de la región, implementando acceso a internet satelital y ambientes que

permitan a los pobladores participar en audiencias a través de plataformas virtuales, eliminando la necesidad de trasladarse largas distancias para asistir a un juzgado; como muestra de ello, el poder judicial impulsa la justicia itinerante en el Centro Poblado de Patacancha, a 3800 metros sobre el nivel del mar, movilizando a jueces, personal jurisdiccional y demás operadores del sistema de justicia e instituciones del Estado, con el fin de dar seguimiento y continuidad a los diversos procesos de los residentes del referido centro poblado, en lo que fue la VII Feria Nacional Simultánea Llapanchikpaq Justicia 2023, organizado por la Corte Superior de Justicia del Cusco, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y el Programa EJE No Penal del poder judicial.

En esa línea, la doctora Janet Tello, presidenta de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, con fecha 2 de abril de 2024, solicitó autorización al señor presidente del poder judicial, para realizar la Primera Audiencia Pública Descentralizada en la historia de Corte Suprema, en el distrito judicial de Huaura, para el mes de Junio del presente año, de conformidad con los lineamientos del Protocolo de Justicia Itinerante para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobado mediante Resolución Administrativa 264-2017-CE-PJ, cuya finalidad es promover el efectivo acceso a la justicia de las personas y las poblaciones en condición de vulnerabilidad, aplicando las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, a las cuales se adhirió el poder judicial mediante Resolución Administrativa 266-2010-CE-PJ del 23 de octubre de 2010.

En conclusión, el acceso a la justicia es un tema fundamental que requiere atención urgente y acciones concretas; es crucial que el Gobierno, las instituciones judiciales y la sociedad civil trabajen en conjunto para superar las barreras y garantizar un acceso equitativo a la justicia para todos los ciudadanos. Esto implica implementar medidas para mejorar la accesibilidad física y económica a los servicios legales, así como fortalecer la transparencia y la eficiencia del sistema judicial. Además, es necesario promover la educación legal y la conciencia de los derechos entre la pobla-

ción, para empoderar a los ciudadanos y facilitar su participación activa en el sistema de justicia.

Por último, el acceso a la justicia no solo es un derecho fundamental, sino también un pilar esencial para el desarrollo y la democracia de nuestras sociedades, especialmente en el Perú que cuenta con 55 pueblos originarios o indígenas y 47 lenguas originarias que son habladas por más de cuatro millones de personas en la costa, sierra y selva. Por lo tanto, debemos redoblar nuestros esfuerzos para garantizar que todos los peruanos puedan acceder de manera equitativa y efectiva a la justicia que merecen.

Referencias

Belaunde, Javier de, *La reforma del sistema de justicia: ¿en el camino correcto? Breve balance de su situación actual y los retos pendientes*, Lima, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, 2006.

Bhansali, Lisa, "Perú — La oportunidad de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable", *Informe del Banco Mundial*, Lima, Banco Mundial, 2006.

Birgin H. y Gherardi N., "La Garantía del Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales", *Colección: Género, Derecho y Justicia*, núm. 6., México, 2008.

Humphrey Marshall, Tomas, "Ciudadanía y clase Social".

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia y Derechos Humanos de Grupos Vulnerables y Excluidos en Guatemala (Módulo Auto formativo), San José, 2009.

Rosa Calle, Javier la, "Acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública", en Javier, La Rosa (ed.), *Acceso a la Justicia en el mundo rural*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.

La tutela judicial efectiva vista desde los derechos humanos

***

Effective judicial protection viewed from a human rights perspective

Julio Cabrera Dircio[*]

Resumen: en México y en Latinoamérica uno de los grandes problemas que encontramos es que el aparato de operadores jurídicos en materia de procuración y administración de justicia, con que contamos no ha logrado que la sociedad se sienta protegida desde el momento en que se presenta y hacer valer su derecho de petición y poner a funcionar los órganos que tenemos para este fin y por eso para el INEGI y el trabajo que realiza en la ENVIPE, nos dice que en México no se denuncian más de 6.7 de 100 delitos cometidos y se argumentan varias razones que impactan de manare directa en los servidores públicos y en el 6.7 de delitos que se denuncian hay una violación constante y reiterada de los derechos humanos, como hacer que los justiciables vuelvan a creer en la autoridad y que la función pública nos lleva a generar un buen servicio a la ciudadanía, un elemento de suma importancia para generar confianza en la administración pública y sus instituciones mediante la conducta eficiente, honesta y objetiva de sus funcionarios y ayuda a evitar la corrupción e impunidad.

[*] Profesor e Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la, Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Abstract: in Mexico and in Latin America, one of the big problems we find is that the apparatus of legal operators in matters of procurement and administration of justice, which we have, has not managed to make society feel protected from the moment it is presented and enforced. their right to petition and put the bodies we have for this purpose to work and that is why for the INEGI and the work it does in the ENVIPE, it tells us that in Mexico more than 6.7 of 100 crimes committed are not reported and several reasons are argued that have a direct impact on public servants and in 6.7 of the crimes that are reported there is a constant and repeated violation of human rights, such as making the defendants believe in authority again and that the public function leads us to generate a good service to citizens, an element of utmost importance to generate trust in the public administration and its institutions through the efficient, honest and objective conduct of its officials and helps to avoid corruption and impunity.

Palabras clave: tutela, judicial, derechos, humanos.

Keywords: guardianship, judicial, rights, human.

Sumario: I. Introducción. II. Situación actual. III. Derechos humanos. IV. Concepción liberal de los derechos humanos. V. Reforma constitucional en materia de derechos humanos. VI. Trascendencia de los derechos humanos. VII. Propuesta. Referencias.

I. Introducción

Ese gran ideal de los derechos humanos se ve reflejado en algunas de las acciones que necesariamente tenemos que realizar al partir de que la piedra angular y el eje central rector donde descansan son en el *animus* y en el *corpus* del ser humano, aunque para el Estado lo ubica más como estadística con el *corpus* que es indispensable, desde el punto de vista racional recae en el *animus* y este se ve reflejado de manera directa en su comportamiento, en el actuar diario en su interacción dentro de la sociedad.

Para Immanuel Kant,

> el hombre y, en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado al mismo tiempo como fin en todas las acciones señaladas como tanto a él, como a todo ser racional [...]. Los seres racionales se denominan personas, porque ya su naturaleza los señala como fines en sí mismo.[1]

La existencia del ser humano y el desarrollo en sí mismo encuentra su razón de ser desde el momento en que toma conciencia de que es una persona, que es un ser humano con una identidad propia y distinta a la de los demás y esa distinción lo lleva a percibirse a sí mismo como hombre y al mismo tiempo como integrante de la humanidad o bien como individuo y miembro de un grupo social con cualidades propias e intransferibles, que al interactuar deberá ejercer sus derechos pero también sus obligaciones.

Cuando mayor sea la capacidad del ciudadano de entender las decisiones políticas, de enseñarse a actuar y comprender cuál es su realidad en la dinámica social, la trascendencia que implica el comportarse de manera responsable, donde las reglas del compromiso pacífico objetivo nos lleva a generar un catálogo de libertades que protejan el ejercicio pleno de todas las actividades que necesariamente se deben de llevar en una sociedad organizada.

II. Situación actual

Para el *Latinobarómetro* cuando habla de derechos y obligaciones en su muestreo, resalta que en el comportamiento del ser humano se encuentra más familiarizado con ejercer sus derechos que cumplir con sus obligaciones.

¿Diría usted que los ciudadanos nacionales [...] son exigentes de sus derechos? Entre 2011 y 2020 disminuyó de la demanda de derechos desde un 54% en 2011 a un 49% en 2020.

[1] Kant, Immanuel, *Fundamentación para la metafísica de las costumbres,* Barcelona, Espasa libros, 2016, p. 105.

La capacidad de demandar derechos es parte del capital social que tienen las sociedades. En Brasil este indicador es muy débil (28%), mientras que por el contrario en Uruguay y Costa Rica es muy alto, con 67% y 62% respectivamente.

Si miramos las obligaciones se puede observar que hay más ciudadanos en cada país dispuestos a demandar derechos que cumplir con obligaciones. Mientras el 49% de los ciudadanos de la región exige derechos, el 31% está consciente de sus obligaciones y deberes. Una brecha de 18 puntos porcentuales, México cuenta con un 48%.[2]

Para Hobbes, ha sido necesaria la invención de nombres para sacar a los hombres de la ignorancia, aunque es importante la coherencia del uno con el otro, pues los hombres gracias a la palabra y al raciocinio son superiores a los animales en conocimiento, en ese mismo sentido los superan en errores que son inherentes a las preposiciones y al lenguaje, pues esto forma parte de la naturaleza, como son las pasiones de los hombres cuando realizan sus acciones con base en su voluntad.[3]

Bajo esta perspectiva, la democracia, es una forma racional más acorde con la naturaleza humana en su organización política, donde el bien general busca rechazar la violencia de la imposición, en el momento en que la sociedad acepta que la responsabilidad en el ámbito práctico de las acciones políticas no se encuentra en el soberano, ni en ningún grupo de notables, sino en el juicio crítico del ciudadano al que interesa el progreso de su comunidad.

Esa organización basada en la función pública nos lleva a generar un buen servicio a la ciudadanía y es un elemento de suma importancia para generar confianza en la administración pública y sus instituciones mediante la conducta eficiente, honesta y objetiva de sus funcionarios y ayuda a evitar la corrupción basados en el pensamiento filosófico de los griegos que para ocupar un

[2] Informe del *Latinobarómetro*, cuyo resultado es una serie de estadísticas que nos hacen ver la realidad que enfrentamos, *file:///C:/Users/drjul/Downloads/F00011665-Latinobarometro_Informe_2021%20(3).pdf*

[3] Hobbes, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, trad. Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Editorial Alianza, 2005, pp. 116 y 117.

cargo deberían satisfacer tres requisitos, *i)* capacidad para el cargo; *ii)* lealtad para la Constitución, y *iii)* ser virtuosos y justos.

III. Derechos humanos

El problema de las libertades en este momento nos ha llevado a que hemos hecho un uso abusivo de ellas y podemos ver que algunos pensamos en la libertad individualista y en ese sentido yo puedo hacer lo que yo quiera sin pensar en los demás y aquí está la disyuntiva de las instituciones para realizar acciones y evitar la opresión caminando hacia mayores cotos de libertad donde la cooperación, la colaboración y la ayuda mutua en todas las esferas de la vida, genere las condiciones necesarias para llegar a una armonía común.[4]

De esta manera la vida del ser humano funciona en la creencia de que todos los individuos somos racionales, partiendo de la autonomía de la voluntad al momento de decidir, haciéndolo con conocimiento y con capacidad para establecer cuáles son aquellos elementos que le van a dar sentido de vida desde el momento en que forma parte de un grupo de personas con las que necesariamente tendrá que convivir y compartir algunos de sus satisfactores para la convivencia dentro de la sociedad.

La exigencia de la razón práctica en el ámbito de la autodeterminación en la toma de decisiones, es trascendente en las personas y la sociedad, en la realidad cuando mejores y más inteligentes sean, más esquemas de coordinación social, donde la mutua tolerancia encamine acciones respecto de los méritos de los esquemas particulares, son necesarios para llegar al bien común y al bienestar coordinado, partiendo que las buenas personas tienen razón suficiente para reconocer a la autoridad.[5]

---

4 Chomsky, Noam, *Cooperación o extinción*, Bogotá, Penguin Random House, 2020, p. 117.

5 Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, México, IIJ-UNAM, 2017, p. 37.

IV. Concepción liberal de los derechos humanos

Partiendo de una concepción liberal de los derechos humanos se deben satisfacer tres requisitos:

a) Establecerlo como un sistema de vida fijando el contenido de las libertades y derechos básicos, estableciendo así la cooperación social sobre la base del respeto mutuo.
b) Cuando hablamos de la razón pública, los argumentos en que se sustentan no solo deben ser correctos, sino que públicamente se pueda ver que lo son, partiendo de que no solo debe haber justicia, sino que se debe ver cómo se hace.
c) Cuando funcionan de hecho tanto las libertades como la razón pública de manera cooperativa en un sentido razonable de equidad y hay un espíritu de compromiso se pueden llegar ante un conflicto a soluciones transaccionales, se consideran decisiones políticas justas y acuerdos equitativos.[6]

Para Locke esta libertades se ven reflejadas cuando establece que los intereses civiles son la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas y el deber del Estado es garantizarlas asegurando mediante la ejecución imparcial de la ley justa a todo el pueblo en general y si alguno viola la ley de equidad y la justicia publica que se estableció para su preservación sufriría la privación y disminución de sus intereses u objetos que normalmente tendría el derecho de disfrutar.[7]

El fortalecimiento del derecho internacional y las nuevas reformas que se han dado en la mayoría de los países latinoamericanos sobre todo en la aplicación del principio pro homine nos lleva al fortalecimiento de las instituciones y mecanismos de cooperación a fin de que los países tengan la capacidad de regular, supervisar y hasta donde sea posible cumplir con estos objetivos de responsabilidad como sujetos de derechos y obligaciones

6 Betegón, Jerónimo y de Paramo, Juan Ramón*, Derecho y moral*, España, Ariel, 1990, pp. 80 y 81.

7 Locke, J., *Carta sobre la tolerancia*, trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 1985, p. 9.

en su manera de procurar y administrar justicia, construyendo un nuevo proceso civilizatorio para la comunidad internacional que debe partir de un nuevo proceso cultural.

Para Bremer, estas acciones del derecho internacional constituyeron un compromiso básico que busca ofrecer seguridad jurídica y cierta funcionalidad al sistema de Estados que nace con la Segunda Guerra Mundial y que tomaba los rasgos del sistema westfaliano buscando sujetar al derecho estableciendo garantías de respeto al territorio y a la jurisdicción interna de cada miembro de la comunidad internacional, en el que el orden mundial contemporáneo descansa.[8]

V. Reforma constitucional en materia de derechos humanos

De esta manera el Estado como lo dice la reforma constitucional en su artículo 1°,

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuen-

[8] Bremer, Juan José, *de Westfalia a Post-Westfalia*, México, IIJ-UNAM, 2013, pp. 66 y 67.

> cia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011)

Por lo tanto, la función del Estado en materia de derechos humanos va vinculada a dar toda clase de protección a los mexicanos y a los que de manera transitoria se encuentren en nuestro país, pero hasta donde realmente la autoridad en nuestro país va a poder garantizar estos derechos si no se genera un proceso cultural donde todos los que vivimos dentro del territorio nacional sepamos siquiera el significado de los derechos humanos y las implicaciones de quienes no los respeten.

La importancia de esta reforma va más allá, cuando hablamos de que el eje rector es el ser humano, desde el punto de vista subjetivo y por lo tanto el Estado visto desde la teoría de la ficción nos lleva a establecer que la persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos y por lo tanto derechos solo pueden tener los entes dotados de voluntad y en este sentido las personas colectivas no pueden tenerlos.[9]

De esta manera el orden público parte de un grupo de entes que tienen un proceso cultural propio, que generan principios básicos que dan nacimiento a la estructura organizacional de un determinado grupo social, y es el resultado de un proceso cultural histórico de los diferentes grupos sociales en los que se interactúa, son elementos sociales únicos, que le dan nacimiento a un ordenamiento jurídico propio a un país determinado y que se ve reflejado en su forma de actuar.

Ese grupo de personas tiene una subsistencia propia, su independencia se ve reflejada en su autonomía de voluntad al obligarse hasta donde lo quiera hacer, es un sujeto físico que participa entre su realidad y los valores por él reconocidos, haciendo que trascienda de la esfera ideal a la realidad en la que está inmerso y esa realidad ética va de la mano con la existencia biológica y psicológica de él mismo, por esta razón la conducta del hombre en su

[9] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 51a., ed., México, Porrúa, 2000, pp. 278 y 279.

aspecto jurídico es bilateral pues puede manifestarse como un derecho subjetivo y en otras de obligaciones que pueden exigirse.[10]

Para el sujeto no basta, que en materia de derechos y libertades encontremos una serie de reformas constitucionales, el insuficiente protagonismo ciudadano y el precario funcionamiento de algunas instituciones componen un marco de referencia, que no es el más adecuado para el desarrollo y profundización de las libertades, vistos como incentivos para utilizarlos como medio de control social, estableciendo un límite al poder del Estado en su ejercicio y un adecuado desarrollo de las libertades por su población.

Sin olvidar que los derechos humanos, responden a necesidades humanas esenciales que se traducen en exigencias morales y que deben ser reconocidas y garantizadas por el derecho, generando obligaciones, valores que, a través de su adecuado ejercicio, pretenden lograr: respeto a la dignidad humana, autonomía, seguridad, libertad e igualdad, los derechos humanos sirven como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden.[11]

VI. Trascendencia de los derechos humanos

Si bien es cierto que los derechos humanos constituyen hoy una forma de expresión en la sociedad, con una carga emotiva favorable y que ha logrado un suficiente consenso en el derecho internacional en relación con la idea de que la justicia está basada en el respeto, la concepción de los derechos humanos es un fruto del humanismo racionalista triunfante en la moderna civilización occidental.

Para Peces-Barba Martínez los

> Derechos fundamentales y principios de organización son la manifestación, situados los primeros desde el punto de vista del ciu-

[10] *Ibidem*, pp. 276 y 277.

[11] Fernández, Eusebio, "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año I, núm. 1, España, 1993, p. 46.

> dadano y los segundos desde el punto de vista del Estado y del Ordenamiento jurídico, de la ética pública de la modernidad, que se complementan y que son imprescindibles para la existencia de la sociedad democrática, sede de esa utopía del desarrollo moral de la dignidad humana, que necesita un entorno cultural, social, económico y político que solo es consecuencia de la existencia combinada de derechos fundamentales y principios de organización.[12]

Con estas reformas el Estado mexicano obliga a realizar un análisis para comprender que son los llamados derechos humanos, en que consisten, su alcance y trascendencia a la vida jurídica, pero sobre todo cuáles son sus repercusiones en las personas y la sociedad y con ello entrar a la reflexión para que se pueda aplicar buscando no solo su aplicación si no la forma en que puedan responder de manera eficaz y eficiente en su implementación y de esta manera respondan a las expectativas de la sociedad.

Es evidente que, entramos en el mundo de las libertades que nacen de las doctrinas individualista y contractualista y con ello se establece, el modo y la intensidad que en el centro del ordenamiento jurídico; se pone al ser humano en cuanto a ser titular de derechos constituyendo un espacio de autonomía frente al poder público en la esfera de todo tipo de libertades que buscan el desarrollo individual del ser humano en un marco de respeto mutuo que debe existir dentro de la sociedad.[13]

Los derechos humanos pasan a ocupar un lugar preponderante en la nueva construcción de un orden que viene de la mano con la globalización, donde la dignidad del ser humano es de suma importancia para lograrlo, generando nuevas formas de participación social, donde la relación de vecindad encuentre una mejor convivencia como parte del desarrollo en las actividades del orden público que debe prevalecer en cualquier tipo de sociedad.

---

12 Peces-Barba Martínez, Gregorio, "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, *op. cit*., p. 77.

13 Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009, p. 55.

Vinculando los derechos humanos debemos reflexionar su positivación con los derechos fundamentales, al respecto Luigi Ferrajoli, dice:

> [...] son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.[14]

En el ámbito práctico podemos partir que el único proceso donde no se violentan los derechos humanos es en la justicia alternativa, esto implica una serie de condiciones que sin ser novedosas si nos llevan a trabajar de manera responsable con los sujetos que dieron nacimiento al conflicto, la forma de abordarlo y encauzarlo para fijar alternativas viables que nos lleven no solo a resolverlo sino hasta donde sea posible seguir teniendo la misma relación de antes de su surgimiento.

1. La vida del ser humano funciona en la creencia de que todos los individuos somos racionales y actuamos de manera ética y de buena fe.
2. ¿Por qué los derechos humanos son invisibles, o bien pasan desapercibidos?, ¿por qué nos cuesta tanto trabajo ponerlos en práctica?, ¿por qué será tan difícil empezar a reconocernos como seres humanos?

Cómo hacer que podamos gozar de una libertad donde la armonía sea el común denominador y donde las partes puedan ejercerlo con responsabilidad, respetando la esfera jurídica de los terceros donde la racionalidad y los valores se encuentren presentes en todas las acciones que realicemos.

Cuál es la responsabilidad del Estado para que su actividad y los argumentos en que se sustentan no solo deben ser correctos, sino que públicamente se pueda ver que lo son, partiendo de que no solo debe haber justicia, sino que se debe ver cómo se hace,

[14] Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009, p. 17.

vivimos en un país donde la confrontación paso a ser algo natural y donde las palabras mágicas de *yo tengo otros datos*, ha pasado a formar parte de una contestación recurrente.

Cómo generar un vínculo real entre las libertades y la razón pública, para que se manejen de manera cooperativa y colaborativa en un sentido razonable de equidad y haya un espíritu de compromiso; se pueda llegar ante un conflicto a soluciones transaccionales, se consideren decisiones políticas justas y acuerdos equitativos.

VII. Propuesta

Un proceso en materia de justicia alternativa, la importancia de satisfacer estos requisitos nos lleva a los operadores jurídicos en materia de mediación, se basa en la forma en que el mediador va a buscar que las partes actúen de manera racional y ética, y con base en ello participen de manera positiva construyendo los escenarios más viables para resolver de manera que la solución se mutuamente satisfactoria para las partes.

El respeto a los derechos humanos son la parte más importante en un proceso de mediación, pues de esto depende que esta pueda ser exitosa o no, y parte desde el momento en que el mediador; que debe tener algunas cualidades para poder llevar a cabo el procedimiento, ser empático y asertivo, la empatía no solo para ponerse en los zapatos de las partes, sino para entenderlo, comprenderlo y acompañarlo en un proceso donde lo que se busca es participar de manera positiva y el ser asertivo, utilizando no solo un lenguaje positivo sino también inclusivo y acorde al léxico y a las costumbres del lugar de las partes.

La cooperación y la colaboración son de suma importancia, por lo tanto es sustancial iniciar el proceso en la premediación, y junto con las partes ver cuáles son los alcances de iniciar el proceso, siendo el principio rector de voluntariedad junto con el de información los que nos llevan al *consentimiento informado* que no es otra cosa que: un procedimiento mediante el cual el sujeto ha expresado su voluntad y su intención de participar en un proceso de mediación, después de haber comprendido la

información que se le ha dado acerca de los objetivos de la misma, de cómo y hasta donde se puede o no obligar, cuáles son los beneficios, los posibles riesgos y las alternativas, sus derechos y responsabilidades.

Partiendo de la autonomía de la voluntad al momento de decidir, haciéndolo con conocimiento y con capacidad para establecer cuáles son aquellos elementos que le van a dar sentido de vida, desde el momento en que forma parte de un grupo de personas con las que necesariamente tendrá que convivir y compartir algunos de sus satisfactores para la convivencia dentro de la sociedad.

Los principios rectores que manejan las diferentes legislaciones del país no hacen más que repetirlos y así encontramos que al aplicarlos no son más que principios emanados de los derechos humanos, la imparcialidad, la neutralidad y la equidad, son principios básicos en el actuar del ser humano, que de la mano con flexibilidad y simplicidad; los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, debiendo propiciar un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo, entendible y acorde a las partes.

Referencias

Betegón, Jerónimo y de Paramo, Juan Ramón, *Derecho y moral*, España, Ariel, 1990.

Bremer, Juan José, *de Westfalia a Post-Westfalia*, México, IIJ-UNAM, 2013.

Chomsky, Noam, *Cooperación o extinción*, Bogotá, Penguin Random House, 2020.

Fernández, Eusebio, "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año I, núm. 1, España, 1993.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009.

Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, México, IIJ-UNAM, 2017.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009,.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 51a., ed., México, Porrúa, 2000.

Hobbes, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, trad. Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Editorial Alianza, 2005.

Kant, Immanuel, *Fundamentación para la metafísica de las costumbres,* Barcelona, Espasa libros, 2016.

Locke, J., *Carta sobre la tolerancia*, trad. de Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 1985.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* año I, núm. 1, España, 1993.

Factores que complejizan la moderación de contenido en las plataformas digitales y el acceso a la justicia

***

Factors that complicate content moderation on social media platforms and access to justice

Francisco Chan Chan[*]

Resumen: las redes sociales desempeñan un papel crucial en la vida digital, facilitando desde la consulta de noticias hasta la publicidad electoral. En México, el 68.5% de los hogares tiene acceso a internet, y la segunda actividad más realizada en línea es acceder a redes sociales. La moderación de contenido en estas plataformas enfrenta diversos desafíos. El presente estudio presenta una serie de factores que complejizan esta labor y ofrece algunos puntos de reflexión para la protección de los derechos digitales.

Abstract: social media platforms play a crucial role in digital life, facilitating everything from news consultation to electoral advertising. In Mexico, 68.5% of households have access to the internet, and the second most performed online activity is accessing social media. Online content moderation on these platforms faces many challenges. This paper aims to present a series of factors that complicate this task and offers some points of reflection for protecting digital rights.

[*] Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas del Notariado del Colegio de Notarios de la CDMX; profesor de asignatura en la Facultad de Derecho de la UADY, Yucatán. Doctor en Derecho por el IIJ-UNAM, *ORCiD: 0000-0002-5733-9318*.

Palabras clave: moderación de contenido, plataformas digitales, entorno digital, acceso a la justicia.

Keywords: content moderation, social media platforms, digital environment, access to justice.

Sumario: I. Introducción. II. La moderación de contenido en las plataformas digitales. III. Los factores que complejizan la moderación de contenido. IV. El acceso a la justicia en plataformas digitales. V. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

La moderación de contenido en las plataformas digitales[1] —desde hace varios años— se ha convertido un tema de debate debido a la gran cantidad de publicaciones nocivas y violentas que se presenta en las redes sociales. Si bien estas se convierten en espacios donde se puede ejercer la libertad de expresión y el acceso a la información, también son esferas donde el discurso de odio y las noticias falsas tienen una gran presencia.

Las plataformas digitales han desarrollado sistemas complejos de moderación de contenido con reglas para las publicaciones que son nocivas e ilegales.[2] Esto ha creado que muchas personas usuarias estén en contra de cómo este es removido por aquellas sin una explicación clara, lo que frecuentemente crea confusión sobre qué acciones ha detonado una moderación o suspensión de cuenta.[3]

Las estrategias usadas en esta actividad han creado que las personas usuarias perciban *diferentes niveles de justicia* en las

[1] En el presente documento utilizaré el término plataformas digitales y redes sociales como sinónimos.

[2] Cai, Jie, *et. al.,* "Content moderation justice and fairness on social media: comparisons across diferent contexts and platforms", *CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Estados Unidos, Cornell University, mayo 2024, p. 1, *https://doi.org/10.48550/arXiv.2403.06034*

[3] *Idem*.

decisiones tomadas respecto al contenido.[4] Es por tal razón que aquellas se ven en una encrucijada al momento de acceder a la justicia en tales espacios. Existen dos caminos o rutas (sistemas paralelos) para acceder a esta. La primera es mediante los mecanismos que las redes sociales han establecido en sus normas comunitarias (autorregulación); y la segunda es la regulación local de cada lugar.[5]

En el presente trabajo me enfocaré en la primera, el objetivo es explorar los diversos factores que dificultan la labor de *moderar el contenido* que se produce en las plataformas digitales, y ofrecer algunos puntos de reflexión para la protección de derechos digitales desde los diferentes actores que participan en el entorno digital.

Las redes sociales en general juegan un papel muy importante en diversos entornos de nuestra vida digital. Desde ser un espacio para consultar noticias hasta publicidad electoral en tiempos de campaña. En el año 2022, 93.1 millones de personas de la población mexicana de 6 años o más usó Internet y el 68.5% de los hogares en nuestro país contó con acceso a este.[6] El promedio de horas al día que pasan las personas es de 4.5, y la segunda actividad que más realizan es acceder a las redes sociales.[7]

Con los datos presentados podemos ver una transición del espacio físico (*offline*) al virtual (*online*), en el cual gran parte del tiempo que navegamos en la red lo pasamos en plataformas digitales y estas tienen una injerencia en nuestra vida desde los ámbitos sociales hasta los políticos y económicos.

---

4 *Idem*.

5 Chan Chan, F., "El acceso a la justicia en las plataformas digitales. El dilema de los sistemas paralelos", en López Ulla, J. M. y Quiroga Corti, M. P., (coords.), *El impacto de la era digital en el derecho*, España, Editorial Aranzandi, S.A.U., 2023, *https://tienda.aranzadilaley.es/p/libros-el-impacto-de-la-era-digital-en-el-derecho-1-ed*

6 INEGI, Estadística a propósito del día mundial del internet, Comunicado de prensa núm. 299/24, México, 15 de mayo de 2024.

7 INEGI, Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares, Principales resultados 2023, México, IFT, *https://inegi.org.mx/contenidos/programas/endutih/2023/doc/presentacion_endutih2023.pdf*

Dentro de este espacio virtual convergen personas con diferentes perspectivas quienes forman una comunidad global que crece día a día. Ante este panorama difuso nos surge la siguiente pregunta: *¿por qué es difícil y compleja la moderación de contenido?*

Considero que existen unos *factores* que vuelven compleja la labor de moderar el contenido en las plataformas digitales. Estos hacen que tal actividad se vuelva muy difícil, lo que motiva la creación de mecanismos automatizados para enfrentar los desafíos que explicaremos más adelante.

II. La moderación de contenido en las plataformas digitales

2.1. Antecedentes de la moderación de contenido

Para Gillespie:

> [...] el problema de la moderación de contenido no es nuevo. Presentadores, vendedores de libros, editores, y marcas musicales todos ellos han luchado con el problema de estar en medio: no solo entre productores y audiencia, sino entre proveer y restringir, entre las preferencias de la audiencia y bienes públicos. Todos ellos han tenido que establecer y ejecutar reglas sobre lo que se debe y lo que no se debe hacer.[8]

A pesar de que el problema de la moderación de contenido no es nuevo, cuando pasa por el filtro virtual tiene nuevas complicaciones; sin embargo, desde entonces se han establecido reglas en el cual opera.

Por otro lado, Grimmelmann la define como "los mecanismos de gobernanza que estructuran la participación en una comunidad para facilitar la cooperación y prevenir el abuso".[9] Se puede

[8] Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet. Platforms, content moderations and the hidden decisions that shape social media*, Estados Unidos, Yale University Press, 2018, p. 74.

[9] Grimmelmann, James, "The virtues of moderation," *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 17, núm. 42, Estados Unidos, 2015, p. 47, *https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1486/*

decir que esta depende del contenido generado por las personas usuarias.[10] Situación que confronta sociedades con preguntas importantes sobre libertades civiles, tales como qué alcance los ciudadanos desean que tengan los actores privados como las plataformas digitales para controlar el contenido, y cómo derechos como la libertad de expresión deben ser regulados.[11]

Antes de las redes sociales, en los *blogs* y *chatrooms* se requería un control del contenido que se publicaba, el cual no debía ser ofensivo para las personas que se encontraba en aquellos sitios. Asimismo, las personas también en ocasiones eran censuradas por acciones como: publicar contenido ofensivo (pornográfico) u ofender a las y los usuarios del *chat* (agresiones, amenazas e insultos). Las personas moderadoras, en aquel entonces, fungían como *controladores* de dos cuestiones importantes para el buen convivio dentro de los *chatsrooms*. La primera, vigilar la conducta de los usuarios; y la segunda, controlar el contenido que se difundía en este espacio.

En este punto, la cantidad de personas que se encontraban en estas páginas era limitado, pero con la llegada de las redes sociales esta fue incrementando paulatinamente hasta llegar a números inimaginables.

Por tanto, para conocer las complejidades de la moderación de contenido es importante saber los antecedentes de cómo se han desarrollado. Para ello, Klonik señala que cada compañía ha tenido varios líderes quienes tuvieron a su cargo el desarrollo de las políticas de moderación de contenido como: Nicole Wong en Google; y Jud Hoffman, Dave y Charlotte Willner en Facebook.[12] Y que este sector privado se veía como compañías de *software* sin pensar en los efectos que pudiese tener los discursos como

---

10 Riedl, Martin J., *et. al*., "Antecedents of support for social media content moderation and platform regulation: the role of presumed effects on self and others", *Information, Communication & Society*, vol. 25, Estados Unidos, 2022, p. 1, *https://doi.org/10.1080/1369118X.2021.1874040*

11 *Idem.*

12 Klonick, Kate, "Why the history of content moderation matters", *Techdirt*, 30 de enero de 2018, *https://www.techdirt.com/2018/01/30/why-history-content-moderation-matters/*

parte de lo que estaban desarrollando. Puedo decir que la visión empresarial sobresalía de cierta forma sobre el aspecto social.

En el 2006, Jeffrey Rosen mencionó que la *web* se podía ver como una *panacea* de discursos, y que cualquier persona con acceso a internet tenía el potencial de conseguir una audiencia global. Si bien muchos entusiastas celebraban este fenómeno de la libertad de expresión en la *web*, también se descuidaba el enfoque en conocer cómo y por quién internet estaba regulado.

Mientras este fenómeno crecía más y más y diversos discursos migraban a Internet (*online*), estos se incorporaron a blogs y redes sociales. Por lo que el poder de decidir quién tenía oportunidad de ser escuchado y qué se debía decir (contenido) creció dentro de los proveedores de servicio, motores de búsqueda y compañías como Google, Yahoo, AOL, Facebook, Ebay y Amazon.[13]

Es clara la transformación de la función de moderar desde un simple vigilante de las conductas y contenido de los usuarios en blogs y salones de chat, hasta el ser creador de estándares y principios que aplican a millones de personas en un espacio prácticamente ilimitado. Este proceso de cambio se ve reflejado en los conflictos creados a partir del incremento tanto de moderadores como de personas usuarias. Las distintas voces que convergen, en redes sociales como Facebook, reflejan una comunidad global con diferentes modos de pensar, conductas, ideologías y contenidos.

2.2. Directrices de la moderación de contenido en plataformas digitales

Una parte esencial para el entendimiento de la moderación de contenido en las plataformas digitales es comprender en qué instrumento se basan las decisiones que estas toman al momento de aplicarlas. Es decir, en dónde se establecen las reglas para moderar el contenido, quién lo hace y cómo. Las plataformas digitales,

[13] Rosen, Jeffrey, "Google's Gatekeepers", *The New York Times Magazine*, Estados Unidos, 28 de noviembre de 2008, *https://www.nytimes.com/2008/11/30/magazine/30google-t.html*

en general, cuentan con dos documentos: *a)* términos del servicio (términos y condiciones), y *b)* normas comunitarias.[14]

El primero es un contrato en el cual se establecen las condiciones sobre las cuales las plataformas interactúan, las obligaciones que las personas usuarias deben aceptar para participar en la aplicación, y el correcto significado de resolver una controversia (para el caso que surjan). No únicamente se enfocan al *contenido apropiado* y comportamiento de los usuarios, sino más a responsabilidad civil, propiedad intelectual, arbitraje, y otras cuestiones legales.[15] El segundo se refiere al documento que las personas usuarias tienden a leer si les surge una pregunta sobre el correcto uso del sitio o buscar contenido. Este establece las expectativas de la plataforma sobre qué es adecuado y qué no es. También declara los principios y una lista de prohibiciones con diversos grados de explicación y justificación.

III. Los factores que complejizan la moderación de contenido

Después de analizar conforme a qué documentos se basa la moderación de contenido en las plataformas digitales y cómo surgió, es tiempo de retomar la pregunta inicial sobre por qué es difícil moderar. Para contestarla, explicaré algunos factores que dificultan o complejizan esta labor.

3.1. La gran cantidad de usuarios (en algunos casos)

Uno de los primeros retos dentro de la moderación de contenido (de las plataformas digitales globales) es la gran cantidad de usuarios que tienen. Para Gillespie[16] la moderación de contenido tiene involucrado diversos componentes articulados en un aparato funcional de la siguiente forma: una enorme cantidad de

[14] Gillespie, Tarleton, *op. cit*, p. 46.

[15] *Idem*.

[16] *Idem*.

usuarios recaen sobre un pequeño equipo de personas que revisan *policy*, lo cual tiene otros problemas implícitos como: *i)* una pequeña lista de lineamientos aplican para un gran número de procedimientos y excepciones; y *ii)* una gigantesca cantidad de usuarios está sujeto a débiles mecanismos que producen pequeños *bits* de datos sobre muchas violaciones a derechos.[17] En otras palabras, el incremento de situaciones conflictivas en las redes sociales hace difícil que unas normas comunitarias encuadren en las diferentes situaciones que se suscitan diariamente las redes sociales.

Las plataformas digitales, necesitan reglas que puedan ser seguidas, que les otorguen a los equipos de *policy* una guía muy clara para decidir remover o no y que otorguen un margen para preguntas sobre algún tipo de contenido.[18]

En nuestro país podemos encontrar una evolución continua sobre las plataformas digitales, WhatsApp y Facebook se mantiene como las más utilizadas y para el 2023 Instagram y Tiktok experimentaron crecimientos sobre la base de sus usuarios. Estas se han convertido en herramientas utilizadas para el contacto social, acceso a información, entretenimiento y comercio electrónico.[19] Para tener una idea de la magnitud de este factor, para el 2024 se cuenta aproximadamente con 90 millones de cuentas activas de Facebook en México.[20]

3.2. El contenido que circula en las redes sociales y su clasificación

El segundo reto es el contenido. Las plataformas digitales en general les dan la facultad a las personas usuarias de crear perfiles,

17 *Ibidem*, p. 2.

18 *Ibidem*, p. 45.

19 Asociación de Internet MX, *20 Estudio sobre los hábitos de usuarios de internet en México 2024*, México, CDETECH, Upsí vale, Knowsy, 2024, *https://irp.cdn-website.com/81280eda/files/uploaded/20_Ha-bitos_de_Usuarios_de_Internet_en_Me-xico_2024_VP.pdf*

20 *Datareportal*, "Digital 2024: Mexico", 2024, *https://datareportal.com/reports/digital-2024-mexico*

hacer redes, producir contenido como textos, imágenes, videos e interactuar con contenido comentando y compartir con otras personas.[21] Las redes sociales se han transformado en los canales de mayor diseminación, intercambio y circulación para billones de usuarios en todo el mundo. Si bien la idea de tener un espacio de comunicación, expresión y reunión resulta formidable para todas las personas; el problema surge cuando ese contenido contiene violencia gráfica, explotación sexual infantil y discursos de odio. Y esta información es visualizada por miles o hasta millones de personas en las plataformas.

Facebook ha agregado herramientas de *automoderación* que permiten a los usuarios tomar mayor control sobre el contenido que se ve en la plataforma y sus interacciones. Por ejemplo: filtros de palabras, opciones como bloquear o dejar de seguir. Y también se hacen esfuerzos educativos para la sociedad en general.[22]

Es importante señalar el estudio de Appelman,[23] en el cual plantea cómo el contenido en sí mismo es *problemático*, y presenta una serie de obstáculos, los cuales son: *a)* el tipo de servicio de internet; *b)* la categoría de contenido recurrente en cada plataforma; *c)* el hecho de eliminarlo puede ser una limitante para ubicar quién publicó la información; *d)* el tipo de contenido (uno es más fácil de remover); *e)* las reglas que establecen los procesos de remoción de contenidos son complejas en diferentes niveles, y *f)* el contexto individual de cada caso.

3.3. La estructura de las redes sociales (diseño) y el modelo de negocio

21 *Social Media* "Misinformation and Content Moderation issues for Congress", 2021, p. 1

22 *Idem.*

23 Appelman, N., *et. al.,* "Access to digital justice: in search of an effective remedy for removing unlawful online content", *Amsterdam Centre for Transformative Private Law*, University of Amsterdam, 2021, *https://bit.ly/3VjTxkM*

Generalmente, el modelo de negocio[24] depende de monetización a través de la atención en publicidad.[25] Este usa un complejo modelo estadístico de satisfacción que predice y maximiza el contenido atractivo.[26]

Este modelo corresponde con los cambios considerables en las condiciones competitivas, sobre todo, cuando las tecnologías digitales son un componente central de los negocios digitales.[27] En relación con esto Gillespie menciona que las plataformas digitales sienten profundamente que sus principios reflejan la misión de la corporación, el objetivo de los fundadores y la mejor intuición de la cultura de Silicon Valley.[28] A pesar de lo anterior, la estructura y naturaleza de cada red social es diferentes, así como sus reglas y principios.

3.4. La arquitectura de Internet

Los principios generales de internet y los factores de la infraestructura[29] afectan las conductas de las personas. Se pueden encontrar diferentes niveles sobre el contenido en la red. Estos son los siguientes:

---

24 "El 'modelo de negocios' se entiende como una representación de la forma en que una empresa crea, entrega y captura valor, comprendiendo así la forma en que la empresa organiza y coordina sus actividades y sus recursos al considerar diversos componentes estratégicos, las condiciones del mercado y necesidades de sus clientes" IFT, Estudios sobre plataformas digitales y sus modelos de negocios, Ciudad de México, 2021, p. 9, *https://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/autoridad-investigadora/estudiosobreplataformasdigitalesysusmodelosdenegocios4003.pdf*

25 Lazer, David M. J., *The science of fake news. A Dressing fake news requires a multidisciplinary effort*, marzo de 2018, p. 4.

26 *Idem*.

27 IFT, *op. cit.,* p. 12.

28 Gillespie, Tarleton, *op. cit*., p. 71.

29 Pisanty, Alejandro, *Principios fundamentales de Internet*, ISOC, México, *https://go.icann.org/3lXJbon* y Pisanty, Alejandro, "Open internet governance: the 6F framework and COVID-19", *MEDIANAMA*, 21 de mayo de 2020, *https://www.medianama.com/2020/05/223-open-internet-governance-6f-framework/*

- La arquitectura de Internet. Los principios generales y factores de la infraestructura (6F).
- El diseño de las plataformas digitales y su ampliación.

3.5. El lenguaje y contexto de cada caso

Otro factor que influye en la moderación de contenido es el lenguaje. En Facebook, 80 organizaciones externas revisan contenido en más de 60 idiomas, esto nos muestra nuevamente el panorama global que involucra la plataforma. A pesar de ello, el problema no únicamente surge por los diferentes idiomas en los cuales se entabla comunicación en la red social, sino por las diferentes acepciones que tienen las palabras. Lo que en un país puede ser una ofensa grave, en otro país puede que no lo sea. Esto lo podemos observar con el caso 2021-010-UA del Consejo Asesor de Contenido de Facebook.

En mayo de 2021, la página de un medio de comunicación en Colombia compartió una publicación que consistía en un video breve en el que se mostraba una manifestación en dicho país y se podía observar personas en una marcha detrás de un cartel con el escrito: "Sos Colombia". En el video se puede observar cómo los manifestantes llaman al presidente "hijo de puta" y la frase "deja de hacerte el marica en la TV". Estas frases Facebook las tradujo como *son of a bitch* y *stop being the fag on tv*. Es importante mencionar, que el video se acompañaba de un texto en español en el cual se expresaba admiración por los manifestantes, y la publicación tenía 19 mil visualizaciones aproximadamente y fue reportada por 5 usuarios.[30]

Debido a lo anterior, la red social eliminó el citado contenido en virtud que incluía el término "marica", lo cual infringía la norma comunitaria sobre lenguaje que incita al odio en Facebook, que prohíbe el contenido que "describe o señala negativamente a personas mediante insultos" en relación con características protegidas como lo es la orientación sexual.

[30] Consejo Asesor de Contenido, Facebook, Decisión del caso 2021-010-FB-UA, *https://oversightboard.com/decision/FB-E5M6QZGA/*

A raíz de la remoción de contenido, el Consejo Asesor de Contenido entró a revisar el caso ya que el usuario apeló la decisión de Facebook. El Consejo señaló que recibió 18 observaciones públicas en relación con este caso. Entre ellos cinco procedían de Asia-Pacífico y Oceanía; uno, de Europa; siete, de Latinoamérica y el Caribe; uno, de Oriente Medio y África del Norte, y cuatro, de Canadá y Estados Unidos. Los comentarios abarcaron los siguientes temas: *distintos significados y usos del término marica;* censura de los medios de comunicación en Colombia, y un análisis de si el contenido cumplía con las normas comunitarias.

Respecto del primer comentario, el Consejo solicitó opiniones de expertos, donde se pudo confirmar que el término tiene varios significados y puede usarse sin intención discriminatoria. Ciertamente, tiene un origen homofóbico (principalmente), pero su uso se utiliza con frecuencia para referirse a una persona como "amigo" o "compañero", y como un insulto equivalente a "estúpido", "tonto" o "idiota".

Por tanto, el Consejo Asesor de Contenido anuló la decisión de Facebook, ya que, al evaluar el valor del interés público de ese contenido, se determinó que la red social debió haber aplicado la concesión de interés periodístico en este caso.[31]

3.6. Los diferentes sistemas jurídicos y regulaciones nacionales

Los diferentes sistemas jurídicos, así como los modelos regulatorios de las plataformas digitales, crean dificultades para el acceso a la justicia. Esto lo podemos observar con las afectaciones que surgen de los derechos de la personalidad en estos espacios.

IV. El acceso a la justicia en plataformas digitales

Como mencioné al principio el estudio de Cai, Patel, Naderi y Wohn señala que las personas usuarias de plataformas digitales

[31] *Idem.*

tienen una diferente percepción de justicia en las decisiones que se toman al moderar el contenido. Ellos tomaron dos variables el contenido ilegal y el legal (que afecta). Para la primera se consideraron delitos y cuestiones que ponen en riesgo la seguridad pública (como por ejemplo pornografía infantil); en cambio para la segunda se consideraron discursos raciales, *bullying*, spam y discurso de odio.[32]

Lo interesante del citado estudio es que se demuestra como las personas usuarias tienen una mayor percepción de justicia respecto de las estrategias de moderación de contenido (retributiva) utilizadas en contenido ilegal más que en el legal. Es decir, ellas consideran que es justo recibir castigos severos para delitos como el terrorismo y violencia pública; y también utilizar estrategias de moderación de contenido (restaurativa) para las afectaciones como discursos raciales, *bullying*, spam y discurso de odio.[33]

En relación con lo anterior, el estudio sugiere que ambas estrategias de moderación de contenido deben ser utilizadas e incorporadas en las políticas de las plataformas digitales, y además es primordial que aquellas puedan diferenciar los diferentes tipos de afectaciones.[34]

V. Conclusiones

Las redes sociales desempeñan un papel crucial en la vida digital contemporánea, facilitando la comunicación, el entretenimiento y la libertad de expresión; sin embargo, la moderación de contenido en estas plataformas enfrenta desafíos significativos debido a la gran cantidad de usuarios, la diversidad de idiomas y contextos culturales, así como la complejidad del contenido que va desde la violencia gráfica hasta el discurso de odio.

Las normas comunitarias y los términos de servicio establecidos por las plataformas digitales buscan regular el comporta-

[32] Cai, Jie *et al., op. cit.,* p. 5.

[33] *Idem.*

[34] *Idem.*

miento y el contenido, pero estas reglas a menudo resultan vagas o insuficientes, lo que dificulta la percepción de justicia por parte de los usuarios. Esto subraya la necesidad de políticas de moderación *transparentes* que puedan abordar de manera efectiva los diferentes tipos de contenido problemático.

El acceso a la justicia en entornos digitales presenta desafíos adicionales debido a la diversidad de sistemas jurídicos y a la naturaleza global de las plataformas, lo que complica la aplicación uniforme de normativas y la resolución justa de disputas. Las personas usuarias pueden percibir diferencias significativas en la aplicación de medidas correctivas dependiendo del tipo de contenido involucrado, lo que sugiere la necesidad de enfoques flexibles y adaptativos en la moderación de contenido.

Finalmente, esta labor de las plataformas digitales no solo es una cuestión técnica y operativa, sino que también plantea profundas interrogantes sobre derechos digitales, libertades civiles y la responsabilidad de las plataformas en la regulación del discurso público.

Referencias

Appelman, N., *et. al.,* "Access to digital justice: in search of an effective remedy for removing unlawful online content", *Amsterdam Centre for Transformative Private Law*, University of Amsterdam, 2021.

Asociación de Internet MX, *20 Estudio sobre los hábitos de usuarios de internet en México 2024*, México, CDETECH, Upsí vale, Knowsy, 2024.

Cai, Jie, *et. al.,* "Content moderation justice and fairness on social media: comparisons across diferent contexts and platforms", *CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Estados Unidos, Cornell University, mayo 2024.

Chan Chan, F., El acceso a la justicia en las plataformas digitales. El dilema de los sistemas paralelos , en López Ulla, J. M. y Quiroga Corti, M. P., (coords.), *El impacto de la era digital en el derecho*, España, Editorial Aranzandi, S.A.U., 2023.

Consejo Asesor de Contenido, Facebook, Decisión del caso 2021-010-FB-UA.

Datareportal, "Digital 2024: Mexico", 2024.

Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet. Platforms, content moderations and the hidden decisions that shape social media*, Estados Unidos, Yale University Press, 2018.

Grimmelmann, James, "The virtues of moderation," *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 17, núm. 42, Estados Unidos, 2015.

IFT, Estudios sobre plataformas digitales y sus modelos de negocios, Ciudad de México, 2021.

INEGI, Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares, Principales resultados 2023.

INEGI, Estadística a propósito del día mundial del internet, Comunicado de prensa núm. 299/24, México, 15 de mayo de 2024.

Klonick, Kate, "Why the history of content moderation matters", *Techdirt*, 30 de enero de 2018.

Lazer, David M. J., *The science of fake news. A Dressing fake news requires a multidisciplinary effort*, marzo de 2018.

Pisanty, Alejandro, "Open internet governance: the 6F framework and COVID-19", *MEDIANAMA*, 21 de mayo de 2020.

Pisanty, Alejandro, *Principios fundamentales de Internet*, ISOC, México.

Riedl, Martin J., *et. al*., "Antecedents of support for social media content moderation and platform regulation: the role of presumed effects on self and others", *Information, Communication & Society*, vol. 25, Estados Unidos, 2022.

Rosen, Jeffrey, "Google's Gatekeepers", *The New York Times Magazine*, Estados Unidos, 28 de noviembre de 2008.

Social Media "Misinformation and Content Moderation issues for Congress", 2021.

El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia a través del juicio de amparo. Análisis del amparo directo en revisión 5465/2014 de la Primera Sala de la SCJN[1]

***

Access to justice for women victims of violence through the amparo trial. Analysis of direct amparo in review 5465/2014 by the first chamber of the SCJN

*María Elisa Franco Martín Del Campo**

Sumario: I. Introducción. II. La perspectiva de género y la interseccionalidad: aportes de los feminismos. III. El amparo directo en revisión 5465/2014 de la Primera Sala de la SCJN. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. Introducción

La violencia contra las mujeres es la violación a derechos humanos más sistemática e invisibilizada en el mundo, y la más fre-

[1] Las reflexiones planteadas en esta ponencia son producto del marco teórico y conceptual de la investigación en la que estoy trabajando en el IIJ-UNAM titulada *La violencia feminicida en México y el juicio de amparo*.

* Doctora en derecho por la UNAM. Investigadora de tiempo completo y coordinadora del Observatorio del Sistema interamericano de Derechos Humanos en el IIJ de la UNAM. El Sistema Nacional de Investigadores de CONAHCYT la reconoce como candidata a investigadora nacional.

cuente en México.[2] De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2021, en nuestro país el 70% de las mujeres ha vivido algún tipo de violencia de género. Frente a estas inaceptables estadísticas que demuestran nítidamente que la violencia contra las mujeres representa uno de los problemas más graves en materia de derechos humanos en el país, resulta pertinente analizar la figura que juega el juicio de amparo, como máxima institución procesal para la garantía de los derechos humanos.

En estas líneas la persona lectora encontrará reflexiones sobre la perspectiva de género y la interseccionalidad, y su importancia para la garantía de los derechos humanos de las mujeres a través del juicio de amparo.

Previo a este análisis resulta importante abordar un concepto clave para el desarrollo de este estudio: el *corpus iuris* de los derechos humanos de las mujeres. La Corte Interamericana ha señalado que se encuentra conformado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés)[3] y por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belém do Pará";[4] además de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.[5]

La CEDAW fue el primer tratado internacional dedicado específicamente al reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, uno de sus grandes aportes es señalar la importancia e impacto que tiene el derecho a la igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales; además de estable-

---

2 Lo anterior de acuerdo con información de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, *https://www.gob.mx/conavim/es/articulos/violencia-contra-las-mujeres-la-violacion-a-los-derechos-humanos-mas-sistematica-e-invisibilizada-en-el-mundo?idiom=es*

3 México es un Estado parte, firmó el tratado en 1980 y lo ratificó en 1981.

4 México es un Estado parte, firmó el tratado en 1995 y lo ratificó en 1998.

5 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 225.

cer garantías y medidas específicas para su efectivo ejercicio.[6] Mientras que la Convención de Belém do Pará es el primer tratado internacional en reconocer el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia, a partir de este derecho reconoce una amplia gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las mujeres; así como obligaciones específicas para los Estados desde el estándar de la debida diligencia.[7]

En este estudio se ha seleccionado el contenido del *corpus iuris* de los derechos humanos de las mujeres como punto de partida para el análisis del vínculo entre la perspectiva de género y la interseccionalidad, como metodologías, y el juicio de amparo como el mecanismo jurisdiccional más importante para la garantía de los derechos humanos en México. Es decir, se parte de la premisa de que el juicio de amparo es una garantía para los derechos humanos que debe servir para proteger los derechos humanos de las mujeres (que se encuentran ampliamente reconocidos en el *corpus iuris* de los derechos humanos de las mujeres) y que para lograrlo debe incorporar dos metodologías específicas: la perspectiva de género y la interseccionalidad.

En los siguientes acápites la persona lectora encontrará un desarrollo a nivel teórico conceptual sobre la perspectiva de género y la interseccionalidad, así como un análisis sobre su aplicación en el juicio de amparo a través del estudio de un caso concreto.

---

6 *Cfr.* Franco Martín del Campo, María Elisa, "Medidas especiales de carácter temporal: un claro camino para la plena efectividad del principio de paridad de género", en Esquivel Alonso, Yessica (coord.), *La paridad de género en la justicia electoral mexicana: el modelo Coahuila,* México, Tirant lo Blanch-Academia Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 254.

7 Para un análisis sobre el contenido, alcance y riqueza de la Convención de Belém do Pará se sugiere consultar Franco Martín del Campo, María Elisa, "La aplicación de la Convención de Belem do Pará como garantía del acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia: el caso Favela Nova Brasilia *vs.* Brasil", en Estrada Marún, José Antonio (coord.), *A diez años de la sentencia de "Campo Algodonero": reflexiones sobre el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de violencia de género,* México, Tirant lo Blanch-Academia Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

II. La perspectiva de género y la interseccionalidad: aporte de los feminismos

Los feminismos pueden ser entendidos como teoría y práctica que tienen como finalidad la igualdad y la libertad de las mujeres,[8] es decir, la de transformar todas las estructuras que representan la subordinación de lo femenino respecto de lo masculino, y de esta manera cambiar opresión por libertad. María Luisa Balaguer refiere que para abordar los aportes de los feminismos se ha aceptado su clasificación en tres etapas, imprecisas e insuficientes para dar cuenta de la historia de los feminismos,[9] pero útiles para este estudio a efectos de ilustrar que la perspectiva de género es uno de sus aportes.

Las tres etapas de los feminismos, que algunas autoras también denominan olas,[10] son: *i)* las sufragistas, un hito de esta etapa es la Declaración de Séneca Falls de 1848; *ii)* el nuevo feminismo, en el que destaca la importante producción teórica generada por intelectuales europeas y norteamericanas; y *iii)* el pensamiento feminista actual donde encontramos una diversidad y riqueza de corrientes,[11] por ejemplo, la ecofeminismo y el feminismo interseccional.

Además de estas tres etapas es importante señalar los aportes que las precursoras realizaron para la construcción de los femi-

8 *Cfr.* Nicolás, Gemma, "Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el *standpoint* a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista", en Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder,* España, Editorial Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009, p. 25.

9 Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género,* España, Ediciones Cátedra, Universitat de València e Instituto de la Mujer, 2005, p. 27.

10 Gamba, Susana, "Feminismo: historia y corrientes", en Gamba, Susana y Diz, Tania (coords.), *Diccionario de estudios de género y feminismos,* Argentina, Biblos, 2009.

11 *Cfr.* Jaramillo, Isabel Cristina, "La crítica feminista al Derecho", estudio preliminar en West, Robin, *Género y teoría del derecho,* Colombia, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 39.

nismos.[12] Destacan la "Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana" de Olimpe de Gouges, la "Vindicación de los derechos de la mujer" de Mary Wollstonecraft,[13] y "La unión obrera" de Flora Tristán. En estas obras encontramos una denuncia de la subordinación de las mujeres frente a los hombres; así como una exigencia para el reconocimiento de sus derechos. Para el análisis propuesto en este acápite es relevante señalar que en el pensamiento y exigencias de las precursoras se encuentra el "germen" de los importantes avances que hoy tenemos en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres.

La perspectiva de género es un aporte de los feminismos, el propio concepto de género como lo entendemos a partir de las interpretaciones de la SCJN[14] es producto del pensamiento feminista. Marta Lamas señala que podemos entender por género al "conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres",[15] es decir, el género se refiere a la construcción social y cultural a partir de la diferencia sexual. Lo anterior implica reconocer que sexo y género son conceptos distintos, para esto ha jugado un papel muy importante las ideas desarrolladas por Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo,* particularmente con la premisa de no se nace mujer se llega a serlo.[16]

Así, el sexo y el género no son sinónimos, el sexo se refiere al conjunto de criterios biológicos, mientras que el género es social y cultural. La Suprema Corte ha utilizado cuatro criterios para identificar el sexo: cromosómico, gonadal, genital y hormonal.[17]

---

12 Gamba, Susana, *op cit*.

13 Balaguer, María Luisa, *op. cit*., p. 28.

14 *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* México, SCJN, 2020.

15 Lamas, Marta, "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual", *Cuicuilco*, núm. 18, México, 2000, p. 3.

16 Beauvoir, Simone de, *El segundo sexo,* 2a. ed., trad. de Juan García Puente, México, Editorial de Bolsillo, 2013.

17 Pleno de la SCJN, Amparo directo 6/2008, 6 de enero de 2019.

Mientras que ha empleado el concepto de género para referirse al constructo social y cultural de lo femenino y lo masculino.[18]

El concepto de género ha sido muy importante para el desarrollo realizado por la SCJN para garantizar los derechos humanos de mujeres y niñas.[19] Como se ha demostrado en este acápite, el concepto de género como categoría analítica utilizada por la perspectiva de género es producto de los feminismos, y encontramos sus raíces en la segunda etapa, específicamente en la obra de Simone de Beauvoir y de Betty Friedan.[20] Desde el feminismo actual se ha trabajado de manera importante con la categoría de género:

> Fueron Kate Millet (1973), en su obra Sexual Politics de 1970, y Gail Rubin (1975), en su artículo The Traffic in Women: Notes on the Political Economy of sex de 1975, quienes dieron por vez primera contenido feminista al concepto de género, la primera refiriéndose al género tan solo como categoría analítica y la segunda, además, como un sistema de organización social [...] concibieron el género como el sistema de relaciones sociales que transforman la sexualidad biológica en un producto de la actividad humana.[21]

Además, del sustento teórico que los feminismos han aportado a la perspectiva de género, por ejemplo, con el concepto de género u otros clave como prejuicios, estereotipos o roles de género;[22] los feminismos también son metodología,[23] que se reflejan

---

18 Tesis 1a. XXVII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, t. I, marzo de 2017, p. 443.

19 *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, cit*.

20 Friedan, Betty, *La mística de la feminidad,* España, Ediciones Cátedra, 2016.

21 Nicolás, Gemma, *op. cit*., p. 31.

22 Para revisar el desarrollo conceptual de los prejuicios, estereotipos y roles de género desde el DIDH y el derecho constitucional en México se sugiere consultar Franco Martín del Campo, María Elisa, "La perspectiva de génaero en el Derecho. Una propuesta de conceptualización", *Jus Semper Loquitur. Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca,* núm. 14, México, 2015, pp. 11-48.

23 Ríos Everardo, Maribel, "Metodología de las ciencias sociales y perspectiva de género", en Blazquez Graf, Norma *et. al.* (coords.), *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales,* México, UNAM,

en los elementos que la Suprema Corte ha desarrollado para aplicar la perspectiva de género en el ámbito jurídico: *i)* identificar asimetrías de poder; *ii)* cuestionar hechos y pruebas desechando prejuicios, estereotipos y roles de género; *iii)* ordenar las pruebas que sean necesarias para visibilizar la discriminación y violencia de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente; *iv)* cuestionar la neutralidad del derecho aplicable; *v)* aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, y *vi)* usar un lenguaje incluyente.[24]

En esta metodología la SCJN reconoce implícitamente que la discriminación y violencia por motivos de género, que afecta particularmente a mujeres y niñas, no puede ser entendida y atendida desde las categorías tradicionales del derecho,[25] así, señala que las personas que apliquen la perspectiva de género deben preguntarse por las asimetrías de poder, cuestionar hechos y pruebas e inclusive la neutralidad del derecho; preguntarse por el poder y cuestionar es propio de los feminismos jurídicos.[26] En este sentido, es posible concluir que la metodología desarrollada por la SCJN para garantizar los derechos humanos de mujeres y niñas es producto de los feminismos.

Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias y Facultad de Psicología, 2010, pp. 179-195; Amorós Celia, "Globalización y orden de género", en Amorós, Celia y de Miguel, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo,* España, Minerva Ediciones, 2005, pp. 303-332; Gargallo, Francesca, *Ideas feministas latinoamericanas,* México, Universidad de la Ciudad de México, 2004.

24 Tesis 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836.

25 *Cfr.* Bodelón, Encarna, "Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico", en Nicolás, Gema y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder,* España, Editorial Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009, p. 95.

26 *Cfr. Ibidem,* p. 35; Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina, "Hacer derecho feminista" en Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina (comps.), *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates,* México, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2020, pp. 15-20.

También en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano o SIDH) la perspectiva de género ha encontrado un amplio desarrollo y ha representado un importante mecanismo para garantizar los derechos humanos de las mujeres y las niñas, particularmente sus derechos a una vida libre de violencia y discriminación.[27] La Comisión Interamericana ha señalado que la perspectiva de género "visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia [...]".[28]

La perspectiva de género representa una metodología para evitar que "los derechos humanos se siguen ejerciendo y defendiendo de manera androcéntrica",[29] critica realizada desde los feminismos jurídicos a la interpretación y aplicación de los derechos humanos. En conclusión, la perspectiva de género es un aporte de los feminismos al ámbito jurídico que permite garantizar en la práctica los derechos humanos de mujeres y niñas.

En cuanto al concepto de interseccionalidad, encontramos su origen en los trabajos de Kimberlé Crenshaw,[30] quien analizó las categorías de género y origen racial para evidenciar la situación particular de discriminación y violencia que enfrentan las "mujeres Negras".[31] El Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que

---

27 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 4: Derechos Humanos de las Mujeres*, San José de Costa Rica, 2021.

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*, OEA, 2019, párr. 8.

29 Facio, Alda, *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: análisis de los casos ante el Comité de la CEDAW,* San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 20.

30 Crenshaw, Kimberlé, "Desmarginalizar la intersección entre raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" en Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina (comps.), *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates,* México, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2020, pp. 35-56.

31 *Ibidem,* p. 35.

la interseccionalidad es una herramienta que nos permite identificar que la combinación de dos o más condiciones o características en una persona como el género, la edad, el origen racial, la orientación sexual, la discapacidad, entre muchas otras, genera un tipo de discriminación y opresión única. La interseccionalidad nos permite analizar "las categorías o características de las personas no como distintas, sino valorando la influencia de unas sobre otras, y cómo interactúan vinculadas con las dinámicas y relaciones de poder".[32]

III. El amparo directo en revisión 5465/2014 de la primera sala de la SCJN

El juicio de amparo es el mecanismo jurisdiccional más importante para los derechos humanos en nuestro país. En este acápite se analizará una sentencia de amparo a la luz de la perspectiva de género y la interseccionalidad.

La sentencia fue seleccionada porque es un ejemplo de la manera en que el juicio de amparo puede constituirse como una herramienta para garantizar efectivamente los derechos humanos de las mujeres, específicamente de las niñas. Además, el tema que analiza la SCJN se relaciona con una de las violaciones más graves a los derechos humanos de las niñas: la violencia sexual.

La sentencia analizada es un amparo directo en revisión[33] que es remitido a la Primera Sala para que determine si la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado de Circuito del artículo 2° de la Constitución fue correcta. El amparo es interpuesto por un hombre condenado por la violación sexual a una niña de 12 años, el quejoso señala que es descendiente directo de un indígena ma-

[32] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* México, SCJN, 2020, p. 86.

[33] Para analizar específicamente la tutela de derechos humanos a través del amparo directo se sugiere consultar Franco Martín del Campo, María Elisa, "La efectividad del amparo directo como garantía de derechos humanos" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Rentería Barragán, Luis Fernando (coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos,* México, IIJ-UNAM-IECEQ, 2021, pp. 513-530.

zateco, originario de la población de Sierra del Pozo de Águila, Municipio de Teotitlan de Flores Magón, en el Estado de Oaxaca, donde conservan sus propias costumbres e instituciones; y en los agravios plantea que su intención era "iniciar una familia en pareja y compartir un estado de vida con la víctima y el hijo nacido de esa relación", y que desde sus costumbres no es reprochable tener relaciones sexuales con una niña de 12 años si se tiene la intención de formar una familia.

La Primera Sala de la SCJN realiza un cuidadoso análisis constitucional y convencional de los derechos humanos de personas, comunidades y pueblos indígenas donde aborda, por ejemplo, el tema de autoadscripción. Dentro de los diversos elementos que son desarrollados en la sentencia únicamente será estudiada la interpretación que realiza de los derechos humanos de las niñas a través del análisis del derecho consuetudinario indígena, desde una perspectiva intercultural.

En este sentido, la Primera Sala señaló que "no serán aplicables las normas de derecho consuetudinario indígena que atenten directamente contra los derechos humanos que pertenecen al dominio del *ius cogens*",[34] resulta pertinente recordar que el derecho a la igualdad y no discriminación pertenece a este dominio. La Primera Sala establece que la aplicación de usos y costumbres indígenas no puede representar una excusa para agravar la opresión que viven, incluso al interior de la propia comunidad, personas tradicionalmente excluidas como son las niñas. La comunidad indígena no puede escudarse en el pluralismo jurídico para legitimar costumbres que entrañan violencia y discriminación contra las mujeres y niñas.

De esta manera, la alegada costumbre que permite a los hombres tener relaciones sexuales con niñas con el propósito de formar una familia es constitucionalmente incompatible, ya que "entraría en franco conflicto con el derecho a la igualdad y no discriminación, a la integridad personal y a una vida libre de violencias que los estándares nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos consagran en favor de las mujeres

[34] SCJN, Primera Sala, amparo directo en revisión 5465/2014, 26 de abril de 2017, párr. 88.

y de las personas menores de edad, asignando a estas últimas un status de protección reforzada".[35] Al reconocer la protección reforzada para las niñas, la SCJN está aplicando las perspectivas de género y niñez.

Asimismo, la Primera Sala reconoce la importancia de las medidas especiales para proteger a NNA de la violencia de otras personas, especialmente adultas. A partir de la aplicación del principio de vida, supervivencia y desarrollo, la SCJN sostiene que "el orden jurídico adopta, en principio, tipos penales que protegen a los niños, niñas y adolescentes que dado su estadio de desarrollo psicosocial, no pueden comprender cabalmente las consecuencias para su vida y salud de ciertas decisiones, entre ellas, las asociadas con la sexualidad".[36]

Respecto a la perspectiva de género, la Primera Sala visibiliza que las prácticas consuetudinarias basadas en la inferioridad y subordinación de las mujeres, así como los roles estereotipados de género provocan discriminación y violencia en su contra, lo anterior a partir del contenido de CEDAW y de la Convención de Belém do Pará.[37] De esta manera, la SCJN pone en evidencia prejuicios, roles y estereotipos de género y cuestiona las costumbres que entrañan discriminación y violencia contra las mujeres por motivos de género.

La Primera Sala también realiza un análisis interseccional pues reconoce que hay ciertos grupos de mujeres que enfrentan un riesgo mayor de ser víctimas de violencia, a partir de la discriminación que enfrentan por más de un factor, como las niñas indígenas. Así, la SCJN utilizó el género, la edad y el origen étnico para reconocer la situación específica de violencia y discriminación que enfrentan las niñas indígenas.

La Suprema Corte determinó a través de una sentencia de amparo que los derechos de las niñas son límites constitucional y convencionalmente válidos a la aplicación de normas de derecho consuetudinario indígena, por lo que declaró infundado el agra-

[35] *Ibidem*, párr. 101.

[36] *Ibidem*, párr. 106.

[37] *Ibidem*, párr. 103.

vio del quejoso; garantizando así los derechos humanos de las niñas indígenas a la igualdad y no discriminación, a la integridad personal y a una vida libre de violencia sexual. No es posible llegar a esta conclusión sin la aplicación de la perspectiva de género y la interseccionalidad.

IV. Conclusiones

Para que el juicio de amparo esté en posibilidades de garantizar efectivamente los derechos humanos de las niñas, las personas juzgadoras deben aplicar las perspectivas de género y niñez desde un enfoque interseccional. El Amparo Directo en Revisión 5465/2014 de la Primera Sala es muestra de lo anterior y representa una buena práctica para garantizar los derechos humanos de las niñas, en un contexto que los desafía permanentemente.

Referencias

Derecho interno

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Instrumentos internacionales

Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para".

Sistema de Naciones Unidas de Protección a Derechos Humanos:

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Jurisprudencia y doctrina internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16.

Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17.

Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 350.

Corte IDH. *Caso Garzón Guzmán y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2021. Serie C, núm. 434.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección,* OEA, 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes,* OEA, 2019.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Comité de los Derechos del Niño, *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*, 2019.

Comité de los Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea *una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), 2013.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Comité de los Derechos del Niño, Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tesis 1a./J. 18/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 406.

Tesis 1a./J. 22/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, t. II, abril de 2016, p. 836.

Tesis 1a. XXVII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, t. I, marzo de 2017, p. 443.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, amparo directo en revisión 5465/2014, 26 de abril de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, amparo directo 6/2008, 6 de enero de 2019.

Doctrina

Amorós, Celia, "Globalización y orden de género", en Amorós, Celia y de Miguel, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo,* España, Minerva Ediciones, 2005.

Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género,* España, Ediciones Cátedra, Universitat de València e Instituto de la Mujer, 2005.

Bodelón, Encarna, "Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico", en Nicolás, Gema y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder,* España, Editorial Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 4: Derechos Humanos de las Mujeres*, San José de Costa Rica, 2021.

Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina, "Hacer derecho feminista" en Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina (comps.), *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates,* México, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2020.

Crenshaw, Kimberlé, "Desmarginalizar la intersección entre raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" en Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina (comps.), *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates,* México, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2020.

Beauvoir, Simone de, *El segundo sexo,* 2a. ed., trad. de Juan García Puente, México, Editorial de Bolsillo, 2013.

Ezpeleta, Cecilia, "La interseccionalidad como herramienta analítica y su recepción en el ámbito de los feminismos jurídicos" en Costa Wegsman, Malena y Lerussi, Romina (comps.), *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates,* México, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2020.

Facio, Alda, *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:*

análisis de los casos ante el Comité de la CEDAW, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

Franco Martín del Campo, María Elisa *et. al., El niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México,* México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, 2011, colección La infancia y la justicia en México.

Franco Martín del Campo, María Elisa , "La perspectiva de género en el Derecho. Una propuesta de conceptualización", *Jus Semper Loquitur. Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca,* núm. 14, México, 2015.

Franco Martín del Campo, María Elisa , "La aplicación de la Convención de Belem do Pará como garantía del acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia: el caso Favela Nova Brasilia *vs.* Brasil", en Estrada Marún, José Antonio (coord.), *A diez años de la sentencia de "Campo Algodonero": reflexiones sobre el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de violencia de género,* México, Tirant lo Blanch y Academia Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Franco Martín del Campo, María Elisa , "La efectividad del amparo directo como garantía de derechos humanos" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Rentería Barragán, Luis Fernando (coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos,* México, IIJ-UNAM-IECEQ, 2021.

Franco Martín del Campo, María Elisa , "Medidas especiales de carácter temporal: un claro camino para la plena efectividad del principio de paridad de género", en Esquivel Alonso, Yessica (coord.), *La paridad de género en la justicia electoral mexicana: el modelo Coahuila,* México, Tirant lo Blanch y Academia Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Friedan, Betty, *La mística de la feminidad,* España, Ediciones Cátedra, 2016.

Gamba, Susana, "Feminismo: historia y corrientes", en Gamba, Susana y Diz, Tania (coords.), *Diccionario de estudios de género y feminismos,* Argentina, Biblos, 2009.

Gargallo, Francesca, *Ideas feministas latinoamericanas,* México, Universidad de la Ciudad de México, 2004.

González Contró, Mónica, "Derechos de niñas niños y adolescentes" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et. al.* (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana,* México, SCJN-IIJ-UNAM-Konrad Adenauer, 2013, t. I.

Jaramillo, Isabel Cristina, "La crítica feminista al Derecho", estudio preliminar en West, Robin, *Género y teoría del Derecho,* Colombia, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000.

Lamas, Marta, "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual", *Cuicuilco*, núm. 18, México, 2000.

Nicolás, Gemma, "Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el *standpoint* a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista", en Nicolás, Gema y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder,* España, Editorial Anthropos y Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, 2009.

Ríos Everardo, Maribel, "Metodología de las ciencias sociales y perspectiva de género", en Blazquez Graf, Norma *et. al.* (coords.), *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales,* México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias y Facultad de Psicología, 2010.

Suprema Corte de Justicia De La Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes,* 2a. ed., México, SCJN, 2014.

Suprema Corte de Justicia De La Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* México, SCJN, 2020.

Suprema Corte de Justicia De La Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia,* México, SCJN, 2021.

La justiciabilidad de los derechos ante el análisis del "coste-beneficio" en la etapa ponderativa: ¿un temor crítico con mayor asidero práctico?

***

The justiciability of rights in the cost-benefit analysis during the balancing stage: a critical concern with greater practical grounding?

*María Paula Garat**

Resumen: el presente artículo ahonda sobre uno de los temores críticos que en doctrina española Prieto Sanchís ha esbozado con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad: el riesgo de efectuar una ponderación con base al razonamiento utilitarista del "coste-beneficio". En este sentido, el artículo profundiza sobre esta crítica y la relaciona con el cuestionamiento al debilitamiento de los derechos invocado por Habermas y otros autores, mostrando su significancia teórica, y, a la vez, debatiendo sobre su verdadero riesgo de aplicación práctica. En esto último, se presentan algunos postulados jurisprudenciales realizados recientemente por el Tribunal Constitucional Español y, en Latinoamérica, por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, para notar algunas dudas en torno a esta cuestión, y vislumbrar la importancia de su profundización y abordaje.

* Doctora *cum laude* y Magister en Derecho Constitucional (Premio Extraordinario), por la Universidad de Sevilla, España. Profesora e Investigadora de Alta Dedicación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay, *maría.garat@ucu.edu.uy*

Abstract: the article analyses one of the critical fears that Prieto Sanchís has identified in Spanish doctrine regarding the application of the principle of proportionality: the risk of a balance (proportionality in the narrow sense) based on the utilitarian reasoning of "cost-benefit". In this sense, the article examines this criticism and links it to the question of the weakening of rights raised by Habermas and other authors, showing its theoretical significance and, at the same time, debating its real risk of practical application. In the latter, a recent judicial decision of the Constitutional Court of Spain and, in Latin America, of the Supreme Court of Justice of Uruguay, are presented in order to identify some doubts on this issue, and to show the importance of analyzing this topic.

Palabras clave: derechos, justiciabilidad, proporcionalidad, ponderación, coste-beneficio, presupuesto.

Key words: rights, enforcement, proportionality, balance, cost-benefit, budget.

Sumario: I. Introducción. II. El principio de proporcionalidad y sus temores críticos: ¿las "barreras de cortafuegos" frente al análisis económico del "mayor beneficio"? III. El riesgo de ponderación del "coste-beneficio" en los derechos y la reciente jurisprudencia: algunas dudas. IV.- Reflexiones finales. Referencias.

I. Introducción

Tanto la acepción teórica del principio de proporcionalidad de origen alemán, como su extrapolación a otros ordenamientos jurídicos, y su aplicación práctica por las y los jueces han conllevado diversas críticas y temores. Por una parte, del lado positivo de la balanza se coloca una mayor exigencia argumentativa. Se trata de un razonamiento lógico y estructurado a través, al menos, de tres subprincipios (idoneidad, necesidad, y ponderación), que implican un mayor ahondamiento y control de la actividad pública —incluso y especialmente la legislativa— por parte de los tribunales. Por otro lado, no obstante, es posible enlistar varios

cuestionamientos que incluyen: la flexibilización de los derechos fundamentales, entendidos como grandes conquistas, a ser ahora balanceados con otros intereses públicos; una gran e impredecible subjetividad del decisor, particularmente en la etapa de ponderación; y un mayor poder de los tribunales que, en su máximo extremo, podría implicar el tan temido "activismo judicial".

No haré una defensa a ultranza de la teoría del principio de proporcionalidad, aunque su aparición, desarrollo, y aplicación, no solo en Europa, sino también en Latinoamérica, me parece positiva.[1] Se trata de tomar como punto de partida la aplicación de principios y la necesaria protección, en la mayor medida, de todos los derechos en cuestión. Su recurrencia intenta lograr, en definitiva, una mayor garantía a los derechos fundamentales que se aplican en el caso, y justificar —y, por consiguiente, legitimar— únicamente las limitaciones que persigan un fin legítimo, y que, además, sean adecuadas, necesarias y proporcionadas.

Sin embargo, sí me detendré en una de las críticas, —o en lo que prefiero llamar un *temor crítico*—: el temor a que, en la etapa ponderativa, las y los jueces hicieran un análisis económico del "coste-beneficio" que la protección del derecho de una persona o minoría implica, y decidieran en función de lo que contribuya al mayor número de personas.

En principio esta crítica, y la posible aplicación de un razonamiento utilitarista, parecía un tanto alejada de la realidad, al menos en consideración del constitucionalismo actual y de la evolución habida a este respecto en el derecho internacional de los derechos humanos por especial incidencia de las cortes regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Sin embargo, al observar jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español y de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay encuentro ciertas dudas, por lo que entiendo de relevancia profundizar en esta temática.

---

[1] En similar sentido, Poscher, Ralf, "Proportionality and the Bindingness of fundamental rights", *MPI-CSL Working Papers*, núm. 2, 2021.

¿Qué es lo que corresponde atender en el tercer subprincipio del test de proporcionalidad, esto es, en la etapa ponderativa? ¿Implica la "máxima de la ponderación" un análisis económico, utilitarista, o de coste-beneficio? ¿Cuál es el impacto que la jurisprudencia podría conllevar, de profundizarse en estos postulados?

En el presente artículo propongo detenernos en la temática de la justiciabilidad de los derechos y los costes económicos que su efectividad conlleva, pero en un aspecto particular: en su invocación en el principio de proporcionalidad y, más precisamente, en la etapa de ponderación.

Para ello, realizaré una primera aproximación al contenido del principio de proporcionalidad y a sus principales críticas, ahondando especialmente en las que se relacionan con el objeto de este trabajo. Luego, referenciaré a una sentencia del Tribunal Constitucional Español, y a algunos fallos de la Suprema Corte de Justicia y de otros tribunales de Uruguay para, de ellas, extraer ciertas dudas sobre la ponderación y el análisis del "coste-beneficio". Por último, arribaré a algunas reflexiones finales sobre esta temática.

II. El principio de proporcionalidad y sus temores críticos: ¿las "barreras de cortafuegos"[2] frente al análisis económico del "mayor beneficio"?

La recurrencia al principio de proporcionalidad se ha extendido considerablemente y es, actualmente, la principal herramienta que se utiliza para examinar los casos de límites o restricciones a derechos fundamentales, particularmente cuando estos son impuestos por la autoridad.[3] Por consiguiente, recurriremos a

[2] Se toma la terminología utilizada por Habermas: Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010, p. 332; y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 512.

[3] Sobre la extensión en el empleo del principio de proporcionalidad véase Barak, Aharon, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, p. 182.

este principio cuando estemos ante una restricción a uno o más derechos fundamentales, por una parte, y ante la protección de uno o más derechos o fines legítimos, por la otra. Este punto es importante, puesto que el principio de proporcionalidad presupone, en su aplicación, que el ámbito de protección del o los derechos considerados alcanzan al caso concreto, y que, por otra parte, y del otro lado, se persigue la salvaguarda de un fin legítimo. No me detendré sobre estos presupuestos, pero el análisis de la legitimidad del fin es un punto en el que he previamente profundizado, reivindicando su importancia inicial en este examen.[4]

El principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.[5]

En primer lugar, la idoneidad examina si el medio empleado es apto para alcanzar el fin. Luego, la etapa de necesidad analiza si el medio objeto del examen es el único que posibilita arribar al fin, o si hay otro u otros medios que lo obtengan y que a la vez no afecten, o afecten en menor medida, al derecho o derechos involucrados. Por último, en la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, se aplica la denominada por Alexy "máxima de la ponderación" según la que "cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".[6]

---

4 Véase Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, España, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 101-121; y Garat, María Paula, "Herramientas para la resolución de casos de derechos humanos", en Risso Ferrand, Martín, *Derechos humanos. Interpretación y aplicación*, Montevideo, FCU, 2022, pp. 183 y 184.

5 Apenas se mencionarán. Al respecto puede verse, entre otros: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit*.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* 3ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Garat, María Paula, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, España, Athenaica, 2016; y Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, España, Tirant lo Blanch, 2020.

6 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit*., pp. 138 y 529.

Para efectuar esta ponderación, Alexy propone la utilización de una escala tríada[7] y graduar, de un lado, la afectación del derecho en cuestión en el caso concreto, y, del otro, la importancia de alcanzar el fin contrapuesto en dicho caso. Finalmente, la importancia del fin debiera superar la afectación al derecho para justificar la restricción.[8]

Si bien se ha realizado un cuestionamiento sobre el uso metafórico del lenguaje matemático, que podría conllevar a confusión o ser contraproducente,[9] las críticas al empleo de este principio se han concentrado especialmente en el debilitamiento de los derechos fundamentales, en la subjetividad o irracionalidad del decisor, particularmente en la ponderación, y en los mayores poderes del juez y menor deferencia al legislador.[10] No ingresaré en todas ellas, sino que me concentraré en lo que en la introducción denominé como uno de los *temores críticos* que guarda relación con algunos de los cuestionamientos listados.

Esta crítica fue formulada en España por Prieto Sanchís y supone un miedo a que, en la etapa de ponderación, se recurriese a teorías utilitaristas, más precisamente del "coste-beneficio". Sostuvo lo siguiente:

---

7 Alexy, Robert; "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio Juris*, núm. 4, 2003, p. 440.

8 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit*., p. 529. Corresponde puntualizar que la "fórmula del peso" posee otras variables, que no serán profundizadas en este trabajo. Al respecto Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 22 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 62 y ss.; Garat, María Paula, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica, cit*., pp. 40-41, y Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, *cit*., pp. 80 y 81.

9 Atienza, Manuel, "A vueltas con la ponderación", *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, La Razón del Derecho*, núm. 1, 2020, p. 7; Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", en Alarcón Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Argentina, Marcial Pons, 2011, p. 100.

10 Sobre estas críticas puede verse Garat, María Paula, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, *cit*., pp. 48-51.

> A mi juicio, esta proporcionalidad en sentido estricto puede suscitar dos problemas. El primero es que la terminología de «costes y beneficios» estimule una interpretación meramente económica que no me parece adecuada. Los costes y beneficios no han de entenderse, pues, en términos dinerarios, ni siquiera tampoco en términos cuantitativos, sino que se refieren al grado de lesión y satisfacción de bienes o principios constitucionales que a veces tutelan posiciones o expectativas valiosas para un solo individuo, cuya garantía resulta constitucionalmente tan relevante como la de aquellos otros que protegen intereses colectivos.[11]

Similar apreciación realizó Habermas. Para este autor la aplicación del principio de proporcionalidad implica colocar a los derechos en "el mismo nivel que otros bienes",[12] y los hace susceptibles de un análisis de "costes-beneficios":[13] "[...] si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico".[14]

También otros autores refirieron al riesgo de que, en este razonamiento, los intereses de la mayoría pesaran más que los individuales o de las minorías.[15] Asimismo, en similar sentido Dworkin había advertido que, dado que ciertos intereses de determinadas personas son tan importantes, sería moralmente equivocado para la comunidad sacrificarlos solo para asegurar un beneficio general.[16]

---

11 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 202 y 203.

12 Habermas, Jürgen, *op. cit*., p. 332.

13 *Ibidem*, p. 333.

14 *Ibidem,* p. 332.

15 Por ejemplo, Tsakyrakis, Stavros, "Proportionality: an assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, p. 471.

16 Dworkin sostuvo: "certain interests of particular people are so important that it could be wrong -morally wrong- for the community to sacrifice those interests just to secure an overall benefit". Dworkin, Ronald, *Is democracy posible here?*, Gran Bretaña, Princeton University Press, 2006, p. 31.

Se trataría, en esencia, de la aplicación de un pensamiento utilitarista, según el que correspondería optar por el mayor logro de utilidad, para el mayor número de personas.[17]

III. El riesgo de ponderación del "coste-beneficio" en los derechos y la reciente jurisprudencia: algunas dudas

La pregunta que sigue y que corresponde realizar es la siguiente: ¿estos *temores* teóricos tienen cabida práctica?

Si nos basamos en lo antes desarrollado responderíamos negativamente y mantendríamos la primera apreciación realizada al comienzo, esto es, que estos postulados parecen un tanto alejados de la realidad. Sin embargo, el TCE en sentencia 61/2023 del 24 de mayo de 2023, al analizar la prohibición de una manifestación pública en el contexto de la pandemia por Covid-19, consideró, en la etapa ponderativa, que: "[d]e los citados informes se desprende que de la prohibición [...] se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho comprometido".[18]

El fallo no analiza, conforme a la teoría antes descrita, cuán afectado está el derecho de reunión en el caso concreto, ni cuán importante es la salvaguarda del fin contrapuesto (protección a la salud) en el caso. En contrario, y aunque no lo indica expresamente, correspondería cuestionar si, a los efectos de justificar la prohibición, está implícitamente considerando el mayor beneficio, para el mayor número. Ello, con la adición de que tres magistrados disidentes consideraron que el derecho de reunión se había suprimido en el caso concreto analizado, y cuestionaron la ponderación realizada[19]. Puntualizaron: "tal como hemos

[17] Sobre el utilitarismo y el pensamiento de Jeremy Bentham, puede consultarse: Nino, Santiago, *Introducción al análisis del derecho,* 2a. ed., 1973, Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 391-401 y Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público, cit*., pp. 150 y 151.

[18] Tribunal Constitucional Español, sentencia 61/2023, del 24 de mayo de 2023, fundamento jurídico 4.

[19] Voto particular de los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y Enrique Arnaldo Alcubilla, y de la magistrada Concepción Espejel Jorquera a la sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 61/2023. Consideré este

expuesto, consideramos que una adecuada ponderación de los bienes y valores en conflicto, así como una correcta aplicación del juicio de proporcionalidad al caso, hubiera debido llevar a la conclusión contraria a la alcanzada en la sentencia".[20]

Por otro lado, en Latinoamérica, entiendo relevante presentar algunas interrogantes que pueden ser extraídas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.[21]

Desde 2016 la Suprema Corte recibió y viene aplicando el principio de proporcionalidad, como parámetro a ser analizado a los efectos de examinar la constitucionalidad de la limitación a un derecho fundamental.[22] No obstante, en forma previa a esa

caso como ejemplo en un análisis sobre la necesaria adición de un "test democrático" al control de los límites a los derechos fundamentales y a la aplicación del principio de proporcionalidad. Puede ahondarse en Garat, María Paula, "The principle of proportionality under democratic scrutiny: towards a comprehensive method for the analysis of human rights restrictions", artículo inédito en proceso de publicación, 2024.

20 Voto particular de los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y Enrique Arnaldo Alcubilla, y de la magistrada Concepción Espejel Jorquera a la sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 61/2023.

21 La Suprema Corte de Justicia de Uruguay es el máximo órgano del Poder Judicial, y tiene competencia originaria y exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (artículo 256 y siguientes de la Constitución uruguaya). Las sentencias de esa Corte y de tribunales uruguayos que son citadas en este trabajo pueden encontrarse en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial, *https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam*

22 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia 79/2016, del 5 de abril de 2016. Con respecto a la etapa de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, siguiendo a Casal, la Corte sostuvo: "La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medio-fines, que debe ser balanceada o proporcionada". La cita corresponde a Casal, Jesús María, "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales", *Revista de Derecho*, núm. 3, UCUDAL, 2002, pp. 125 y 126.

doctrina, la Suprema Corte de Justicia también había sostenido que "el interés particular debe ceder ante los intereses generales de la comunidad",[23] o que corresponde contemplar "el mayor beneficio para la sociedad".[24] Ello dio lugar a que algunos autores sostuvieran la preeminencia del interés general por sobre los intereses individuales,[25] lo que fue y es duramente criticado y descartado por otra doctrina en la que me encuentro.[26]

Sin embargo, estos postulados no se relacionaban, hasta el momento, con la etapa ponderativa del principio de proporcionalidad, y pareciera que, con la recepción de este último examen, quedarían en el pasado. Asimismo, y como refuerzo de esta apreciación, es de precisar que la misma Corte señaló también que

---

23 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia 527/2014, del 2 de junio de 2014, y sentencia 88/2016, del 11 de abril de 2016. Conforme analicé previamente: "esta posición ya había sido pronunciada con anterioridad. Por ejemplo, en sentencia 152/1991 se afirmó que el artículo 59 de la Constitución establece la primacía del interés general sobre el particular. En sentencia 33/1994 se argumenta que el principio de seguridad jurídica "debe ceder ante motivos de interés general". Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, *cit*., p. 350.

24 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia 181/2004, del 2 de junio de 2004.

25 Rodríguez Azcúe, Gustavo, "Principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares en las leyes de la crisis bancaria", en Guarga, Rafael, *et al*., *Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005, p. 290, y Sánchez Carnelli, Lorenzo, "La protección de los intereses generales", en Guarga, Rafael, *et al*., *Liber amicorum discipulorumque José Anibal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 355-376. Puede verse una síntesis de estas doctrinas y su vinculación con autores de derecho comparado en Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, *cit*., y Ruocco, Graciela, *El interés general como "límites de los límites"*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2021, pp. 112 y ss.

26 Risso Ferrand, Martín, "Los 'intereses individuales' y el 'interés general' en la Constitución", *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, 143, 2005, p. 11; Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 93 y ss.; Guariglia, Carlos, *El conflicto entre los derechos fundamentales*, Montevideo, Amalio Fernández, 2007, pp. 225 y ss.; Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, *cit*., p. 351; y Ruocco, Graciela, *op. cit*., pp. 119-120.

los fines "meramente económicos" no responden a razones de interés general.[27]

No obstante, en votos particulares de la magistrada Minvielle a algunos fallos relacionados con el derecho a la salud se presentan algunas controversias. Por una parte, la magistrada admitió que la efectividad de los derechos económicos o sociales está asociada a temas presupuestales. Asimismo, afirmó categóricamente que "ello no impide a que, en última instancia, el Poder Judicial deba decidir -siempre que se requiera su intervención- este tipo de conflictos como garante último", y que "el rol del Poder Judicial como garante de la tutela de los derechos de los individuos —en este caso del derecho a la salud— no puede ser desconocido, aún cuando para su protección tenga que inmiscuirse en cuestiones presupuestales".[28]

El razonamiento es sumamente destacable y aplaudible desde el punto de vista de la tutela de derechos, en tanto quita toda duda sobre el papel de la o el juez como garante último, y sobre el alcance de su función. No obstante, también agregó lo siguiente: "en la arena judicial, ubicados frente al caso concreto, el aspecto presupuestal de la cuestión debe ser, en todo caso, ponderado en las decisiones puntuales que el Poder Judicial se vea llamado a adoptar, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad".[29]

---

27 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia 396/2016, del 5 de octubre de 2016. Asimismo, en la sentencia 576/2017 del 8 de mayo de 2017 analizó una disposición que difería considerablemente en el tiempo el pago de determinadas condenas judiciales contra el Estado, y sostuvo que no se presentaba un fin legítimo, descartando como tal a la previsibilidad del gasto público.

28 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencias: 1981/2017, del 20 de diciembre de 2017; 125/2018 del 26 de febrero de 2018 (se aclara que en esta sentencia el voto de la ministra Minvielle fue acompañado por el dr. Turell); 75/2021, del 27 de abril de 2021; y 601/2022 del 2 de agosto de 2022 (se aclara que en esta sentencia el voto de la ministra Minvielle fue acompañado por la Dra. Morales). En adición: Discordia parcial de las ministras dras. Martínez y Minvielle a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 135/2021, del 3 de junio de 2021.

29 *Idem*.

Conjuntamente con ello, la ministra Minvielle citó un estudio multidisciplinario realizado en Uruguay y dispuso que:

> el objetivo de las políticas públicas en materia de salud es el de: '[...] alcanzar el mejor nivel de salud para el mayor número de personas atendiendo a los recursos disponibles de forma equitativa. En este sentido, en general, los Estados priorizan el suministro de medicamentos, tratamientos o prestaciones sanitarias atendiendo a razones de costo-beneficio en las que su eficacia comprobada suele ser un criterio determinante'.[30]

Encuentro que, si bien en esta jurisprudencia no se propugna expresamente la aplicación de un análisis del "coste-beneficio" en la etapa ponderativa, podríamos extraer ciertas dudas en relación con esta cuestión. El tema presupuestal y la discordia fueron también referidos en fallos de tribunales inferiores.[31]

En adición, por otra parte, en la sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Quinto Turno de Uruguay, número 25/2019 del 24 de abril de 2019, relativa a la obligación de proveer un medicamento de alto costo no registrado en el país, se sostuvo que a través del principio de proporcionalidad corresponde realizar un "equilibrio entre el derecho subjetivo y la política pública", en el sentido de que: "la sociedad no puede exigir lo imposible al Estado, de modo que la prestación exigida debe ser razonable y respetar los intereses colectivos. No se puede negar que la escasez de recursos se presenta como un

[30] *Idem*. La cita referida corresponde a Bardazano, Gianella *et. al*., *Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema*, Montevideo, Universidad de la República, CSIC, 2016, p. 98. El estudio diferencia entre lo que denomina una dimensión individual y una colectiva del derecho a la salud y entonces establece: "La dimensión colectiva del derecho a la salud se enfoca en un determinado o potencialmente determinable colectivo de pacientes, dejando en un segundo plano las necesidades individuales. El objetivo es alcanzar el mejor nivel de salud para el mayor número de personas atendiendo a los recursos disponibles de forma equitativa [...]"

[31] Discordia de la dra. Cristina Cabrera a la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, 30/2021, del 16 de abril de 2021, y Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno, sentencia 76/2022, del 7 de abril de 2022.

obstáculo para la realización de todos los derechos sociales de las personas".[32]

No obstante estas apreciaciones, el fallo no es claro en el punto, puesto que también menciona, citando a Van Rompaey, que:

> En la ponderación entre los derechos constitucionales, principios y valores que están en juego, parece razonable concluir que la actuación judicial en la protección del derecho a la vida y a la salud, no puede ser obstaculizada por la alegación de intereses generales o fiscales difusos y sin respaldo en elementos de convicción que permitan inferir su concreta afectación, ni supeditada a la satisfacción de requisitos reglamentarios o burocráticos".[33]

Por lo tanto y si bien entiendo que los fallos aludidos no implican la aplicación del temor crítico antes descrito, generan ciertas interrogantes sobre este punto, que permiten al menos preguntarnos si la aplicación práctica de la crítica que parecía alejada se acercará un poco más a nuestra realidad jurisprudencial.

IV. Reflexiones finales

El presente trabajo tuvo por finalidad centrarse en uno de los temores indicados por la doctrina en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad. Esto es, que la etapa ponderativa se redujese a un análisis económico, del coste-beneficio, y que se prefiriese la satisfacción de la mayoría, por sobre el derecho individual o de la minoría.

La jurisprudencia uruguaya citada y que pretendió mostrar que la crítica es, quizás, atendible, no es categórica sobre el punto, no obstante muestra ciertas dudas sobre si el interés de los más, —incluso en cuanto a costes económicos—, debe ser priorizado frente a los menos,[34] o bien respecto a cómo considerar el aspec-

---

[32] Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Quinto Turno, sentencia 25/2019, del 23 de abril de 2019.

[33] *Idem*, Van Rompaey, Leslie, "Reflexiones sobre el derecho a la salud y su judicialización", *Revista Judicatura,* t. 52, pp. 149 y 150.

[34] Conforme fue apuntado antes, la misma duda podría ser extraída de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 61/2023 del 24 de mayo de 2023, aunque sin mención a lo económico.

to presupuestal en la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Esta jurisprudencia relacionó este razonamiento —o al menos estas dudas— con el principio de proporcionalidad y la ponderación.[35]

Si volvemos, entonces, sobre la pregunta realizada al comienzo de la sección anterior, esto es, si los temores que refería Prieto Sanchís tienen cabida, me inclino por realizar una reflexión.

Pues, como fue visto y puede ser profundizado, tanto el principio de proporcionalidad, como particularmente su etapa ponderativa, tienen por fin garantizar los derechos fundamentales aún frente a las limitaciones mayoritarias, e incluso ante las que se basen en una doctrina del "coste-beneficio". El subprincipio de ponderación no consiste en atender al mayor beneficio para el mayor número, sino de, por una parte, graduar la afectación del derecho en el caso concreto, y, por la otra, determinar la importancia de, también en el caso concreto, salvaguardar el fin contrapuesto —que previamente determinemos como legítimo—. En este marco, entiendo que una profundización de esta temática deviene ahora necesaria y adquiere relevancia.

Referencias

Alexy, Robert; "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio Juris*, núm. 4, 2003.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

[35] Corresponde notar que no en todos los casos es aplicable el principio de proporcionalidad o la ponderación. No me detuve sobre ello, pero el punto puede ser profundizado en Garat, María Paula, "Herramientas para la resolución de casos de derechos humanos", en Risso Ferrand, Martín, *Derechos humanos. Interpretación y aplicación*, Montevideo, FCU, 2022, pp. 177-179.

Atienza, Manuel, "A vueltas con la ponderación", *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, La Razón del Derecho*, núm. 1, 2020.

Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", en Alarcón Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica*, Argentina, Marcial Pons, 2011.

Barak, Aharon, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.

Bardazano, Gianella *et. al*., *Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema*, Montevideo, Universidad de la República, CSIC, 2016.

Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Ed., Madrid, 2007.

Dworkin, Ronald, *Is democracy posible here?*, Gran Bretaña, Princeton University Press, 2006.

Nino, Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho, 1973,* 2ª Ed., 12ª Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2003.

Garat, María Paula, *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, España, Athenaica, 2016.

Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, España, Tirant lo Blanch, 2020.

Garat, María Paula, "Herramientas para la resolución de casos de derechos humanos", en Risso Ferrand, Martín, *Derechos humanos. Interpretación y aplicación*, Montevideo, FCU, 2022.

Garat, María Paula, "The principle of proportionality under democratic scrutiny: towards a comprehensive method for the analysis of human rights restrictions", artículo inédito en proceso de publicación, 2024.

Guariglia, Carlos, *El conflicto entre los derechos fundamentales*, Montevideo, Amalio Fernández, 2007.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2014.

Poscher, Ralf, "Proportionality and the Bindingness of fundamental rights", *MPI-CSL Working Papers*, núm. 2, 2021.

Risso Ferrand, Martín, "Los 'intereses individuales' y el 'interés general' en la Constitución", *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, 143, 2005.

Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, FCU, 2008.

Rodríguez Azcúe, Gustavo, "Principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares en las leyes de la crisis bancaria", en Guarga, Rafael, *et al*., *Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005.

Ruocco, Graciela, *El interés general como "límites de los límites"*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2021.

Sánchez Carnelli, Lorenzo, "La protección de los intereses generales", en Guarga, Rafael, *et al*., *Liber amicorum discipulorumque José Anibal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005.

Tsakyrakis, Stavros, "Proportionality: an assault on human rights?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009.

Los derechos de acceso a la justicia y al uso del propio idioma en la justicia constitucional peruana

***

The rights of access to justice and the use of one's own language in Peruvian constitutional justice

Nadia Paola Iriarte Pamo[*]

Resumen: el presente trabajo está dedicado a la exposición y análisis del desarrollo jurisprudencial que sobre el acceso a la justicia y al uso del propio idioma ha realizado el Tribunal Constitucional del Perú. Busca reflexionar sobre su contenido, dimensiones, límites y la relación que guardan con otros derechos. Destaca la incidencia del derecho al uso del propio idioma en el acceso a la justicia, apelando a los principales casos resueltos por el Tribunal, así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, plantea los desafíos de la justicia constitucional sobre la materia.

Abstract: this paper is dedicated to the exposition and analysis of the jurisprudential development on access to justice and the use of one's own language by the Peruvian Constitutional Court. It seeks to reflect on its content, dimensions, limits and the relationship with other rights. It highlights the incidence

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Directora de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. *ORCID: 0009-0008-3573-7068*.

of the right to use one's own language in the access to justice, appealing to the main cases resolved by the Court, as well as to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, and finally, it raises the challenges of constitutional justice on the matter.

Palabras clave: derecho de acceso a la justicia, derecho al uso del propio idioma, derechos lingüísticos, diversidad cultural, justicia constitucional.

Keywords: right to access to justice, right to use one's own language, linguistic rights, cultural diversity, constitutional justice.

Sumario: I. Introducción. II. El acceso a la justicia como derecho fundamental. III. El derecho al uso del propio idioma. IV. El derecho al uso del propio idioma y su incidencia en el derecho de acceso a la justicia. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La diversidad cultural, étnica y lingüística de Iberoamérica es una realidad compleja que plantea grandes desafíos y compromisos en el ámbito del derecho constitucional. Esta gran diversidad constituye una riqueza cultural en diversos países, tales como México, Guatemala, Bolivia y Perú que cuenta con pueblos indígenas.

La Constitución Política del Perú (Constitución) no es solo una obra normativa, sino que en su dimensión cultural es expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas,[1] que contiene diversas disposiciones (arts. 2.19, 17, 48, 88, 89, y 149) que se erigen como expresión de la identidad cultural fundada en la diversidad.

Perú cuenta con 55 pueblos indígenas y 48 lenguas originarias, que constituyen la expresión de una identidad colectiva y de

[1] Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, p. 34.

una manera distinta de concebir y de describir la realidad. Estos pueblos deben contar con los mecanismos necesarios para hacer efectivos sus derechos fundamentales, tales como los derechos de acceso a la justicia y al uso del propio idioma.

Al respecto, ambos derechos cuentan con un marco normativo y han sido objeto de un importante desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional del Perú (Tribunal). En ese sentido, el órgano constitucional ha expedido profusa jurisprudencia sobre su contenido, dimensiones y límites. Además, este órgano constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han puesto de relieve la existencia de la barrera lingüística que obstaculiza el acceso pleno a la justicia por parte de los pueblos indígenas.

II. El acceso a la justicia como derecho fundamental

En el sistema jurídico peruano el acceso a la justicia constituye un derecho fundamental. Como bien específica el Tribunal tiene base constitucional, ya que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución.[2]

Para Cappelletti y Garth, el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos.[3]

El Tribunal en reiterada jurisprudencia manifiesta que este derecho garantiza que las personas tengan la posibilidad real y efectiva de acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presenta-

[2] Tribunal Constitucional del Perú, expediente 02535-2022-PA/TC, sentencia 51/2024 del 17 de julio de 2023, fundamento 3, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/02535-2022-AA.pdf*

[3] Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, FCE, 1996, p. 13.

ción de reclamos en un proceso judicial. Repara que ello no significa que los jueces se vean obligados a estimar demandas que les sean presentadas sino que se dé respuestas a las mismas, ya sea estimando o desestimando la pretensión planteada.[4]

Bajo esta orientación, su contenido protegido no se agota en salvaguardar el "derecho al proceso"; es decir, en la facultad de activar el aparato jurisdiccional del Estado y que exista un proceso dentro del cual se pueda dirimir las controversias jurídicas; sino que, este proceso debe desarrollarse en el marco de las respectivas garantías procesales.

El ejercicio del derecho de acceso a la justicia no es absoluto, puede ser limitado. Sobre el particular, el Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias. Por ejemplo, en la sentencia 51/2024 emitida en el expediente 02535-2022-PA/TC advierte que la validez, de los límites o restricciones que se establezcan, depende de que no obstaculicen, impidan o disuadan el acceso del particular a un tribunal de justicia. Agregado a ello, observa que la Constitución ha reservado esa facultad para el legislador ordinario, quien debe respetar el contenido esencial del derecho y considerar que la restricción debe satisfacer los principios de razonabilidad y proporcionalidad. También, precisa que esos límites deben interpretarse de manera restrictiva, bajo los alcances del principio *pro actione*.[5]

El Nuevo Código Procesal Constitucional del Perú (NCPC), en su artículo VIII del Título Preliminar, preceptúa que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos en los procesos donde el Perú es parte.

Al respecto, puntualizamos que la Corte IDH es uno de los tribunales internacionales a los que alude el mencionado NCPC. En este marco, recurrimos a lo desarrollado por la jurisprudencia interamericana sobre la materia abordada. Así, en el caso *Quis-*

[4] Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02535-2022-PA/TC..., *cit*, fundamento 4. STC 03063-2009-PA/TC y STC 01873-2014-PA/TC.

[5] *Ibidem*, fundamentos 4, 6 y 7.

pialaya Vilcapoma vs. Perú, la Corte IDH expresa que el acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de poner en conocimiento de las autoridades los hechos sucedidos, sino que es necesario que los sistemas de denuncia sean eficaces y deriven en una investigación real y seria, pues de lo contrario carecerían de utilidad.[6]

Acerca de los límites del derecho de acceso a la justicia, la Corte IDH sostiene en el caso *Cantos vs. Argentina* que las limitaciones deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.[7] Adicionalmente, en el c*aso Tiu Tojín vs. Guatemala* anota que cualquier práctica o norma del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al derecho de acceso a la justicia.[8]

En suma, el acceso a la justicia es un derecho fundamental y un derecho humano; su contenido es amplio y complejo; y, supone la posibilidad de acceder —de manera real y efectiva— a la jurisdicción para obtener un pronunciamiento basado en derecho y en el marco de un proceso con las respectivas garantías procesales. Este acceso a los tribunales para la tutela de los derechos, debe ser libre e igualitario. Por lo que se debe eliminar las barreras que limiten, restrinjan o impidan su ejercicio.

III. El derecho al uso del propio idioma

La Constitución trata los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado, desde una doble perspectiva. La indivi-

---

6 Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308, párr. 207, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_308_esp.pdf*

7 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentin*a. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97, párr. 54, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf*

8 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190, párr. 95, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf*

dual que implica el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente o a través de un intérprete proporcionado por el Estado (art. 2.19 de la Constitución). La dimensión colectiva que supone que cuando una lengua originaria es predominante en determinada zona geográfica del país, dicha lengua, además del castellano, debe ser oficial en la referida zona (art. 48 de la Constitución).[9] La oficialidad de una lengua originaria conlleva, por ejemplo, a brindar servicios de atención al público en esa lengua.

El Tribunal ha desarrollado significativas líneas jurisprudenciales en relación con el derecho reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución. Verbigracia, en la STC 00367-2016-PHC/TC declara fundada la demanda por habeque todostado la vulneración del derecho del accionante a usar el idioma shipibo conibo y dispone que todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen personas que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas, deben adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar su derecho a usar su propio idioma a través de un intérprete durante todo el trámite del proceso.

Ponemos de relieve que el Tribunal, en la STC N.° 00367-2016-PHC/TC, ha declarado una trascendental doctrina jurisprudencial. Así, sostiene que los jueces constitucionales tienen la obligación de garantizar la impartición de justicia en los casos que las personas se autoidentifiquen como indígenas, considerando los siguientes principios: acceso a la justicia diferenciada, derecho de defensa, pro persona, pro pueblo indígena, no discriminación, equidad jurídica, acción afirmativa, trato con respeto a la diferencia cultural, no revictimización, protección a la identidad e integridad de grupo, y a ser informado de manera adecuada.[10]

---

9 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0889-2017-PA/TC, sentencia del 17 de abril de 2018, fundamentos 8 y 9, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf*

10 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0367-2016-PHC/TC, sentencia 467/2020 del 21 de julio de 2020, fundamentos 42 y 44, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00367-2016-HC.pdf*

En la STC 07731-2013-PHC/TC, el Tribunal declara fundada la demanda de *habeas corpus* y evidencia la relación entre el derecho al uso del propio idioma y el derecho de defensa. En ese sentido, precisa que para el ejercicio del derecho de defensa es necesario que a la recurrente, en su calidad de quechuahablante, se le designe un traductor o intérprete. En el caso concreto, determina que una persona analfabeta y quechuahablante que declara su comprensión mínima del español, tiene derecho a que el juez penal le proporcione un intérprete con la finalidad de que pueda comunicarse correctamente y sin limitaciones, a la par que pueda ser oída de la forma más adecuada durante el proceso.[11]

Resaltamos que el derecho al uso del propio idioma tiene una estrecha relación con otros derechos como: acceso a la justicia, identidad cultural, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

De otro lado, mencionamos la Sentencia 3/2023 emitida en el proceso de *habeas corpus* (Expediente 03703-2019-PHC/TC) promovido por el señor Medina Siccos. En este asunto, el Tribunal verifica que la totalidad de diligencias del proceso penal seguido en contra del actor, han sido desarrolladas en castellano jurídico y observa que no se contó con el apoyo de algún intérprete —de manera oficial e íntegra—. Por lo que declara fundada la demanda de *habeas corpus*.

Un aspecto esencial sobre el que repara el Tribunal, en la sentencia 3/2023, es respecto a esta afirmación realizada por el presidente de la Sala del Poder Judicial: "los miembros del colegiado pueden hacer las veces de intérpretes por dominar el quechua". Sobre el particular, el Tribunal sostiene que si bien es cierto, las autoridades o funcionarios públicos —al tener arraigo en determinados lugares— pueden desempeñarse mediante el castellano y el idioma mayoritario de la región en el que se encuentren; sin embargo, tratándose de un procedimiento en el que se está discutiendo la responsabilidad penal de un procesado y que, eventualmente, concluirá con una pena tan severa como es la priva-

[11] Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 07731-2013-PHC/TC, sentencia del 9 de diciembre de 2015, fundamento 19, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/07731-2013-HC.pdf*

ción de la libertad de una persona, resulta razonable, a la par que exigible, que cuente con un intérprete.[12]

Observamos que el Tribunal se pronunció sobre el derecho al uso del propio idioma no solo en procesos de amparo o *habeas corpus*, sino también en procesos de cumplimiento. Para ilustrar, mencionamos el expediente 06349-2015-PC/TC, en este caso don Santiago Manuin Valera y don Wrays Pérez Ramírez interpusieron demanda de cumplimiento contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, a fin de que se dé cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo núm. 957), el cual establece la obligación del poder judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en dicha Corte Superior cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo. Alegaron que dicha obligación es una manifestación de lo establecido en el artículo 2.19 de la Constitución. El Tribunal declara fundada la demanda de cumplimiento.

A nuestro parecer ese incumplimiento afectaba la norma procesal objeto del proceso e implicaba una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales.

El Tribunal, en criterio que compartimos, considera que si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan expresarse a los procesados en un idioma conocido por ellos o si dicho servicio es meramente contingente y sujeto a interrupciones, no se cumple de manera efectiva el mandato de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, y del artículo 2.19 de la Constitución.[13]

---

12 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03703-2019-PHC/TC, sentencia 3/2023 del 6 de diciembre de 2022, fundamento 29, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03703-2019-HC.pdf*

13 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 06349-2015-PC/TC, sentencia 390/2020 del 14 de julio de 2020, fundamento 8, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/06349-2015-AC.pdf*

Esta sentencia es emblemática porque concretiza el objeto del proceso de cumplimiento referido a que se cumpla una disposición y evidencia la dimensión subjetiva de este proceso constitucional, que se traduce en la protección de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, en específico el derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Todo ello incide no solo en el ejercicio efectivo del citado derecho, sino de otros, como el derecho de defensa y el derecho de acceso a la justicia.

Por otra parte, evidenciamos que pese a la existencia del mandato constitucional del artículo 48 de la Constitución, desde el año 1993, este no se concretaba en la realidad. Recién el 5 de julio de 2011 se publica la Ley 29735, que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Posteriormente, se aprueba su reglamento mediante el Decreto Supremo 004-2016-MC, publicado el 22 de julio de 2016. Este marco normativo no implicó cambios significativos en la materialización del derecho a que el Estado haga oficiales las lenguas originarias allí donde resultan predominantes.

Bajo este contexto, en 2018 el Tribunal sienta un hito importante al declarar un estado de cosas inconstitucional en relación con la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comunique oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes, tal como lo exige el artículo 48 de la Constitución (STC 0889-2017-PA/TC).[14]

Agregado a ello, se estableció diversas acciones a realizar por parte de las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos. Así, se ordenó que el Ministerio de Educación en un plazo no mayor a 6 meses contado a partir de la fecha de publicación de la STC 0889-2017-PA/TC (Caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco) elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo ordena el artículo 5.1 de la Ley 29735, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales.

[14] Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0889-2017-PA/TC , *cit*., fundamentos 8 y 9.

Mediante acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de mayo de 2020, se dispuso someter el citado caso al procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias del Tribunal. Finalmente, el Tribunal expidió el auto de fecha 17 de diciembre de 2020, que declara que el Ministerio de Educación cumplió con el mandato de elaborar y publicar el Mapa Etnolingüístico del Perú, pues mediante Decreto Supremo 011-2018-MINEDU se aprobó dicho mapa etnolingüístico que se erige como la principal herramienta de planificación que permite identificar y determinar la predominancia de una lengua originaria y la adecuada toma de decisiones en materia de uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de esta lengua.

IV. El derecho al uso del propio idioma y su incidencia en el acceso a la justicia

El acceso a la justicia en el Perú enfrenta diversas barreras: *i)* las institucionales, que afectan a todas las personas; *ii)* las sociales, que perjudican a determinados grupos sociales, especialmente los grupos vulnerables; y, *iii)* las económicas que afectan las transacciones y el desarrollo.[15]

Nos centraremos en las barreras sociales, siendo una de ellas: la barrera lingüística. El Perú es un país multilingüe; sin embargo, la posibilidad de que las personas que hablan idiomas distintos al castellano puedan expresarse en su lengua originaria durante un proceso judicial, afronta múltiples obstáculos, por ejemplo, no se cuenta con suficientes intérpretes. Esto dificulta el acceso a la justicia y genera situaciones de exclusión, marginación y desigualdad.

La barrera lingüística, así como las complejidades del sistema judicial desaniman a los indígenas a acceder al aparato jurisdiccional. Gran parte de los que acuden a los tribunales de justicia no entienden el español y los tecnicismos legales, lo que dificulta la exposición adecuada de sus problemas a la autoridad jurisdiccional.

[15] Bhansali, Lisa, "Justicia", en Giugale, Marcelo *et al.* (coords.), *Perú. La oportunidad de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable*, Lima, Banco Mundial, 2006, p. 793.

El derecho al uso del propio idioma consagrado en el artículo 2.19 de la Constitución tiene como objetivo preservar la identidad cultural de las personas y asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de las partes en un proceso a fin de que puedan ejercer, de manera efectiva, sus derechos fundamentales siendo uno de ellos el derecho de acceso a la justicia.

En el Perú, en muchas ocasiones, hablar una lengua originaria es motivo de discriminación. Diversos estereotipos y prejuicios son la base de una minusvaloración de la persona que busca comunicarse en su lengua originaria. Esta discriminación estructural impide superar las brechas sociales relacionadas con el acceso a la justicia.

Al respecto, el Tribunal en la STC 0889-2017-PA/TC manifiesta que todo acto u omisión que constituya una discriminación por el uso de un idioma propio distinto al castellano en el ámbito público, en las zonas donde aquel predomina, no resulta consistente con la Constitución, pues es un impedimento para que las personas tengan acceso a los servicios del Estado.[16]

Sobre la materia abordada, se pronuncia la Corte IDH en numerosa jurisprudencia. Verbigracia, en el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación; el Estado de Guatemala debe asegurar que las personas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin.[17]

En la misma perspectiva, en los casos *Fernández Ortega y otros vs. México;*[18] y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, la Corte IDH indica que: "la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó [...] un trato que

---

16 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0889-2017-PA/TC , *cit*., fundamento 19.

17 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala , cit.,* párr. 100.

18 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 201, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf*

no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad [...] basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia".[19]

En la Opinión Consultiva OC-16/99, la Corte IDH sostiene que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas —siendo una de ellas, proveer de traductor— que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Enfatiza que, si no existieran esos medios, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[20]

Finalmente, manifestamos que es necesario el compromiso y la participación de múltiples actores para enfrentar los desafíos que nos presenta esta problemática compleja, y, eliminar definitivamente la barrera lingüística.

V. Conclusiones

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y un derecho humano, su contenido es amplio; y, supone la posibilidad de acceder —de manera efectiva y real— a la jurisdicción para obtener un pronunciamiento basado en derecho y en el marco de un proceso con las respectivas garantías procesales.

Para el ejercicio eficaz del derecho de acceso a la justicia es necesario que el seno de un proceso se nombre intérprete a aquella persona que tiene como idioma uno distinto al castellano. Un proceso —para alcanzar sus fines— debe reconocer y resolver

[19] Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párr. 185, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf*

[20] Corte IDH. OC-16/99. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva del 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 27, párr. 19, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf*

factores de desigualdad de quienes acceden a los órganos jurisdiccionales.

La Constitución del Perú trata los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado, desde una doble perspectiva: la individual (art. 2.19 de la Constitución) y la colectiva (art. 48 de la Constitución).

El derecho al uso del propio idioma tiene como objetivo preservar la identidad cultural de las personas y asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de las partes en un proceso a fin de que puedan ejercer, de manera efectiva, sus derechos fundamentales siendo uno de ellos el derecho de acceso a la justicia.

El acceso a la justicia en el Perú enfrenta tres clases de barreras: las institucionales, las sociales, y las económicas. Una de las barreras sociales que urge eliminar es la barrera lingüística.

Referencias

Bhansali, Lisa, "Justicia", en Giugale, Marcelo *et al*. (coords.), *Perú. La oportunidad de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable*, Lima, Banco Mundial, 2006.

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, FCE, 1996.

Corte IDH. OC-16/99. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva del 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 27.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentin*a. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C, núm. 97.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190.

Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0367-2016-PHC/TC, sentencia 467/2020 del 21 de julio de 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03703-2019-PHC/TC, sentencia 3/2023 del 6 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 06349-2015-PC/TC, sentencia 390/2020 del 14 de julio de 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 07731-2013-PHC/TC, sentencia del 9 de diciembre de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0889-2017-PA/TC, sentencia del 17 de abril de 2018.

Nuevos ámbitos de actuación de la supremacía constitucional en el siglo XXI (Globalización, Estados soberanos y contra-límites)

***

New areas of action of constitutional supremacy in the 21st century

*Eduardo Jiménez**

Sumario: I. Sobre los nuevos modos de presentación de la supremacía constitucional. (Y su aporte a la superación del "pretorianismo"). II. La República Italiana y la puesta en acción de la Teoría de los "Contra-Límites". III. La actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Resultados del incipiente intento de "diálogo entre cortes" generado por el Superior Tribunal de Justicia Argentino. V. Nuestras breves conclusiones. Referencias.

> "Vamos hacia un nuevo rumbo, con la nueva marcha, con la nueva lealtad hacia el futuro de los argentinos. Una marcha presidida por un profundo senti-

* Doctor en Derecho (UNMDP) y Magister en Derecho y Políticas Ambientales (Universidad del País Vasco). Catedrático concursado en la asignatura Teoría Constitucional (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata). Autor de una veintena de libros y alrededor de 200 artículos en revistas de su especialidad. Profesor visitante en la Universidad de Carlos III, Valencia, Complutense y Salamanca (España), Universidad de Cagliari (Italia) y Universidad Católica de Lima (Perú). Es también a la fecha Magistrado actuante por ante la Cámara Federal de Mar del Plata (Argentina), *www.profesorjimenez.com.ar*

> do moral, por un profundo sentido patriótico, para concretar nada más y nada menos que los objetivos del Preámbulo de la Constitución Nacional de los argentinos, que yo les pido a todos, que lo vayamos repitiendo como si fuera un compromiso al mismo tiempo que un rezo laico y una oración patriótica que ya empezamos a cantar, porque esto significa que vamos dejando atrás la decadencia argentina."
>
> *Raúl Ricardo Alfonsín*

I. Sobre los nuevos modos de presentación de la supremacía constitucional (y su aporte a la superación del "pretorianismo")

(Desarma, y sangra)

Es nuestra intención, y nuestro interés el de acentuar e intentar consolidar espacios democráticos y participativos en América Latina, a fin de erradicar el modelo "pretoriano" de los confines que integran nuestra región y prevenir, luego, su reaparición, ya sea manifiesta o velada.

Pero es necesario acotar que, aún con la vigencia en nuestro sub continente de un esquema tutelar regional de los Derechos Fundamentales, que mayormente se expresa en el sistema de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ella admite, y apuntala su existencia, en la presencia de Estados soberanos que basan aún su molde institucional en un diseño presidido por la idea de nación soberana, que se halla particularmente enmarcada y condicionada por la prevalencia de su Constitución.

Adviértase que, en territorio europeo, a diferencia del latinoamericano, se ha consolidado fuertemente (con numerosos avances y retrocesos, por cierto), una progresiva erosión de aquel principio unitario de organización política que representa la soberanía de cada Estado, y la derivación que, desde aquel orden, establece cada Constitución nacional. Bien acota aquí Gustavo Zagrebelsky,[1] que los significados resultantes de

[1] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* 11a. ed., Madrid, Trotta, 2016, p. 12.

tal adaptación "[...] pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público", aclarando, seguido, que en realidad "[...] el rasgo más notorio del derecho público actual [vinculado éste a los países centrales, y particularmente al concierto europeo], no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, *sino su pérdida de posición central*" (textual de su original, cursivas añadidas).

Por ello, este autor propone que el rasgo característico de la situación actual (en las democracias más consolidadas y participativas del mundo) es que las categorías que ahora enuncia y dispone el derecho constitucional, para ser útiles en la conformación de la convivencia estatal, han de encontrar combinaciones que no derivan ya del dato otrora indiscutible, proporcionado por la noción de soberanía estatal absoluta como centro de ordenación. Por el contrario, el derecho constitucional supone hoy, en términos de Zagrebelsky "[...] un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales".

Dicho lo anterior, cabe acotar, además, que el escenario europeo supone la conformación de sociedades pluralistas y participativas (a las que, entre nosotros, aspira arribar Roberto Gargarella cuando nos habla de "el Derecho como conversación entre iguales"[2]). Ellas, están hoy de uso enmarcadas e integradas por grupos sociales que detentan ideologías y proyectos diversos, aunque ninguno de ellos posee fuerza suficiente como para dominar íntegramente el escenario de convivencia, o el poder real que permitiría en los hechos, restablecer o implementar un con-

[2] Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021. Allí, se cuestiona aquello que debiéramos hacer para que las democracias contemporáneas puedan abrirse al diálogo ciudadano. Recomendamos, por supuesto, su lectura íntegra. En esencia, propone Gargarella que "[...] la democracia constitucional debe ser otra cosa", a lo que agrega que ella "[...] debe ordenarse a partir de otros principios —principios igualitarios— y actuar con el propósito de servir a fines mejores: los coherentes con los ideales del diálogo".

cepto de "soberanía", tal y como nosotros hoy la conocemos en nuestra región.[3]

O sea que, en este esquema, la vigencia del sistema constitucional ofrece en aquellos espacios a cada sector social, la legitimidad necesaria como para intervenir en la competición, intentando así dotar al Estado de una orientación social y política determinada, aunque asumiendo como valor dado, que las posibilidades de acción les han sido ofrecidas por el compromiso constitucional previamente acordado.

Es por tal razón, que, para esta postura interpretativa, la así denominada "soberanía de la Constitución" (en el contexto de primacía del espacio regional integrado por cada Estado), implica una interesante novedad, en tanto y en cuanto no se pretenda a partir de esa enunciación, crear un nuevo centro de imputación jurídica y social, que asegure por sí solo, la unidad política estatal.

Ha sido en consecuencia, en espacios regionales como el europeo, donde la revisión del concepto clásico de soberanía (ya sea ésta interna, cuanto externa), ha validado el costo pagado por el hecho de haberse creado en ese ámbito, una modalidad de integración basada en el pluralismo como única forma de unidad posible (dúctil, en términos de Zagrebelsky). Ello supone, claro está, abandonar la idea de soberanía estatal, concebida como único principio político dominante que impida, dada su expansión, desarrollar una dogmática jurídica fluida y contenedora de los elementos básicos que conforman los elementos del derecho constitucional de nuestra época.

Es sabido que desde el momento en que el Tribunal de Justicia Europeo determinó la estructura y ordenamiento de aquel sistema jurídico, se consagró —entre otros— el principio del denominado "efecto directo" del derecho comunitario,[4] con lo que

[3] Así, Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit*., p. 13, define a estas sociedades como "[...] dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, que asignan a la Constitución, no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma".

[4] *Cfr*. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-26/82, *Van Gend en Loos*, de 3 de febrero de 1963.

los ordenamientos nacionales enfrentaron desde ese entonces, la necesidad de establecer adecuados criterios de enlace entre los ordenamientos jurídicos internos y el ordenamiento jurídico supranacional.

Así, y desde el marco argumental ofrecido por el Tribunal de Justicia Europeo,[5] los diversos tribunales constitucionales del "viejo continente" elaboraron en forma progresiva, variados mecanismos jurídicos, a fin de garantizar la prevalencia en la aplicación de la normativa comunitaria,[6] considerando para ello que la integración europea forma parte de los valores que derivan de sus respectivas constituciones, ocupándose al mismo tiempo, de corroborar la concordancia interna con el fundamento de la integración. Individualizaron para ello ciertas normas vinculadas a derechos esenciales de las personas y principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno, que, por su trascendencia y efectos, poseen concreta aptitud para impedir la aplicación y sin más, de la doctrina de la "primacía".

Cabe destacar aquí que el proceso de integración entre estos dos ámbitos, ha ameritado la construcción de un diálogo —que no siempre se ha presentado fácil, o distendido— y en el que no pierda protagonismo institucional cada una de las respectivas instituciones judiciales allí intervinientes. Pero claramente, entendemos nosotros que esta construcción dialógica entre ambos márgenes jurídicos (el estatal y el comunitario europeo), no deja espacio válido para la actuación de fuerzas que horaden el real sentido de la democracia, aun cuando ella asuma hoy nuevas formas, tal lo acaecido en el ámbito latinoamericano.

En definitiva, y sean cuales fuesen los resultados de la organización jurídica y política que involucró a la Unión Europea y sus estados miembros, es atendible el intento que allí se ha desplegado para mantener un nivel general que se exhiba seguro, estable y equilibrado, respecto de la estructura y funcionamiento de las fuerzas armadas de cada una de las naciones signatarias. Ello más

---

5 *Cfr.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-6/64, *Costa c/ENEL*, de 15 de julio de 1964.

6 En lo que respecta al ámbito de la justicia constitucional italiana, puede citarse para cotejo, la decisión 98/1965, de 16 de diciembre de 1965.

allá de no desconocer el poder bélico que desplegó la OTAN en tal contexto.

Retornando ahora el espacio latinoamericano, sobre el que versa principalmente nuestro estudio, es dable señalar que resulta necesario construir, al menos en el ámbito de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, consensos en torno a la existencia de una regla de cohabitación normativa, para lo cual los Estados signatarios de la Convención deben necesariamente reconocer la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana, en tanto confirmen con sus fallos el carácter vinculante de las interpretaciones que el tribunal regional efectúa respecto del sentido de la normativa contenida en la CADH.

Aun así, los espacios nacionales en este sistema regional de tutela a los derechos fundamentales han de preservar sus márgenes de apreciación local, resguardando los límites impuestos por sus textos fundamentales basados en reglas de supremacía constitucional.

Ellos, en nuestro sentir, debieran adaptarse a un nuevo constitucionalismo que privilegie el diálogo y la participación, asumiendo la existencia de un ordenamiento regional que debe ser respetado, aunque con límites expresos, como los ya mencionados, ubicando en tal concierto de adaptación a las fuerzas militares, para así despejar toda perspectiva posible de "pretorianismo" ya sea en sus formas explícitas, o aun de aquellas "veladas" tan nocivas para el despliegue de una cultura democrática a la que todos aspiramos concertar.

Bien se ha dicho en este sentido, que "[...] el único contenido 'sólido' que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender contra las agresiones de sus enemigos, es la pluralidad de valores y principios",[7] lo que claramente excluye, si es debidamente instalado en el concierto social, la perspectiva de acceso de grupos militares al poder, pues resulta claro que cada tema que hoy aborda la dogmática constitucional requiere de la presencia de ciertos elementos, los que solo pueden coexistir si son relativizados entre sí. Esta lógica (la que pregona la ductilidad

[7] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit*., p. 18.

o moderación), es incompatible con la rigidez del pensamiento militar; particularmente al momento de concebir la vida política y social interna de los Estados nacionales.

Y –en definitiva– creemos que todo lo anterior debe ser contextuado, frente al problema que aquí se plantea, desplegando la totalidad de esfuerzos pertinentes a fin de asegurar que las Fuerzas Armadas puedan acompañar a la sociedad global, en su proceso de modernización, lo que no puede ser separado de la vigencia de los espacios democráticos.[8]

Si bien, mayormente durante el siglo xx América Latina fue asolada por diversos modos de pretorianismo, la consolidación de modernas formas de Estado Constitucional como la que propiciamos, permitiría resignificar al principio de legalidad como "legalidad constitucional", lo que se presenta entonces contextualmente, como un fuerte enemigo de aquellos excesos que derivan del uso no regulado del poder[9] corruptela esta, habitual en los militares que asumen ilegalmente el gobierno del Estado.

Aun cuando los efectos perniciosos de la sobreabundancia normativa impliquen una perversión en el funcionamiento del sistema constitucional, ella tiende a ser transitoria de la concepción del derecho, ya que responden a una situación estructural de las sociedades democráticas actuales, donde el principio de constitucionalidad opera como función unificadora de la convivencia ciudadana.

Por ello es que nos pareció interesante profundizar, en el marco del modelo europeo, las limitaciones institucionales que Italia ha impuesto al avance del derecho de la Unión, a partir de la "teoría de los contra-límites", que seguido desarrollaremos.

---

8 Bien expresaba en este punto Raúl Alfonsín, que "[...] la revolución tecnológica de nuestro tiempo, al precipitar dramáticos cambios en los sistemas de información y producción, impone también *una urgente reformulación de lo que debe entenderse por un aparato bélico*", Alfonsín, Raúl, *El poder de la democracia* citado, p. 138, cursivas añadidas).

9 Señala aquí acertadamente Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit*., p. 29, con cita a León Duguit, que "[...] la generalidad de la ley comporta una "normatividad media", esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder".

II. La república italiana y la puesta en acción de la teoría de los "contra-límites"

(En invierno, no hay sol)

Es sabido que desde el momento en que el Tribunal de Justicia determinó la estructura y ordenamiento del sistema jurídico europeo, consagra –entre otros– el principio del denominado "efecto directo" del derecho comunitario,[10] con lo que los ordenamientos nacionales enfrentaron desde ese entonces, la necesidad de establecer adecuados criterios de enlace entre los ordenamientos jurídicos internos y el ordenamiento jurídico supranacional.

Así, y desde el marco argumental ofrecido por el Tribunal de Justicia Europeo,[11] los diversos tribunales constitucionales estaduales elaboraron en forma progresiva, variados mecanismos jurídicos, a fin de garantizar en forma armónica, la prevalencia en la aplicación de la normativa comunitaria.[12] Consideraron para ello, que la integración europea forma parte de los valores que derivan de sus respectivas constituciones, ocupándose al mismo tiempo, de corroborar la concordancia interna con el fundamento de la integración. Individualizaron a tal fin ciertas normas vinculadas a derechos esenciales de las personas y principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno, que, por su trascendencia y efectos, poseen concreta aptitud para impedir la aplicación y sin más, de la doctrina de la "primacía".

Cabe destacar aquí que el proceso de integración entre estos dos ámbitos, ha ameritado la construcción de un diálogo –que no siempre se ha presentado fácil, o distendido– a fin de que, en ese contexto, no pierda protagonismo institucional cada una de las respectivas estructuras judiciales allí intervinientes. Es este el caso de la Comunidad Europea (Unión Europea) y la Corte Constitucional italiana.

---

10 *Cfr*. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-26/82, *cit*.

11 *Cfr.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-6/64, *cit*.

12 En lo que respecta al ámbito de la justicia constitucional italiana, puede citarse para cotejo, la decisión 98/1965, *cit*.

No hay duda aquí de que, en los orígenes de las relaciones entre ambos ámbitos judiciales, esa construcción dialógica no fue de fácil elaboración. Fue en tal contexto, que la Corte Constitucional de ese país elabora y desarrolla luego la "Teoría de los Contra-límites", lo que claramente implicó la creación y plasmación en los hechos, de un nuevo orden jurídico integrado, que alcanzó a cohesionar, así sea mínimamente, al "constitucionalismo nacional" con los principios fundamentales que animan al sistema europeo de protección a los derechos fundamentales.

Esta teoría de los "contra-límites, como lo vimos, ha sido creada con la finalidad de atemperar la primacía habida entre las dos fuentes, equilibrando la necesidad de adaptación a la manda normativa europea, manteniendo empero, los tribunales constitucionales estaduales su "derecho a la última palabra", particularmente desde que estos últimos se cercioran de la obligación –habida en cabeza del juez comunitario– de desaplicar en forma inmediata toda norma interna que se exhibiese contraria a la prevalencia del derecho comunitario.

Así las cosas, los jueces constitucionales italianos, al crear un sistema en el que sus decisiones pudiesen intervenir al solo efecto de corregir las sentencias de los magistrados europeos, asumieron que el TJ era el regulador principal de las relaciones entre los diversos ordenamientos, aun cuando ello reduce la posibilidad concreta de aplicar la teoría de los contra límites.

Con ello, nos encontramos con una realidad presente, derivando de ella que las frágiles relaciones entre primacía del derecho comunitario y la actuación de los contra límites, se encuentre aún hoy en día sujeta a cambios y variaciones de adaptación. Máxime, cuando aún hoy se están produciendo ajustes jurisprudenciales que navegan entre la consolidación de los contrapesos que surgen de la "primacía", expandiéndose además la superposición entre ordenamientos nacionales y el europeo, con lo que aun aquellos equilibrios que se encontraban presuntamente consolidados, vuelven a ponerse en discusión

Es por tal razón que los tribunales judiciales se vieron obligados a dar razón y justificar las decisiones que adoptaran, teniendo a la vista un ordenamiento jurídico europeo que les vincula, aunque de modo poco coherente y, con dificultades para inte-

grarse en forma homogénea. Todo ello requirió generar un diálogo interjurisdiccional constante y por demás imaginativo entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la UE.[13]

Tal amalgama se logró, en un principio, utilizando la herramienta jurídica consistente en interponer la cuestión "prejudicial".[14] Hay que recordar que, en una comunidad predominantemente legislativa como lo es la CEE, donde los ordenamientos jurídicos nacionales se hacen cargo de su aplicación y predomina la regla de la descentralización, es consustancial a la buena marcha, y aun a la propia existencia de la Comunidad, que su interpretación, sea efectuada en modo uniforme para todo el ámbito territorial que ella comprende.

Así, señaló acertadamente Francisco Fernández Segado,[15] con cita a Robert Lecourt (a la sazón, presidente del Tribunal de Justicia, entre 1967 y 1976), que la función primaria del Tribunal Comunitario era "[...] la piedra angular de la Comunidad; no era solo una misma norma común, sino que era necesario interpretarla y aplicarla de igual manera en toda su extensión territorial por los Tribunales de los Estados Miembros". De ello deriva este

---

13 Expresa sobre esta cuestión Cid Villagrasa, Blanca, *La Corte Constitucional Italiana y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿Europeización del derecho constitucional nacional o nacionalización del derecho europeo?*, p. 333), que lo antes señalado, ha supuesto "[...] tener que buscar una fórmula de equilibrio respetuosa con la unidad en la diversidad, como medio para compensar un sistema supranacional de relaciones entre distintos ordenamientos. Esto es, los tribunales nacionales, junto con el Tribunal de Luxemburgo, han buscado el punto de equilibrio para aplicar con primacía y eficacia directa el Derecho de la Unión, sin perder los principios nacionales en los que se personifica la identidad constitucional del Estado".

14 Se encuentra consagrada en el art. 177 del Tratado de Roma, donde se expresa que "[...] el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, y c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean".

15 Fernández Segado, Francisco, "El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Común: las transformaciones constitucionales Dimanantes de ello", *revistasjuridicas.unam.mx/indez.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5738/7534*

reconocido jurista español, la relevancia del instituto procesal que instituye el artículo 177, cuya función primigenia es la de garantizar la unidad del derecho comunitario en su aplicación por los jueces nacionales, de modo de propiciar una aplicación uniforme no solo respecto del contenido material de la normativa comunitaria, sino particularmente, la determinación uniforme de su alcance, sus efectos y eficacia.

Es en ese orden de ideas que por lo general, los distintos Tribunales supremos de los Estados miembros de la UE se negaron a ser definidos como integrados por "jueces de acuerdo con el Derecho Comunitario" (*Cfr*. art. 234 TCE), individualizando además ellos, una serie de normas comunitarias de las que deducen su posición de "último garantes de sus sistemas constitucionales nacionales" en situaciones de alta sensibilidad donde en su criterio, no cabe aplicar sin más la doctrina de la "primacía del derecho de la Unión Europea".[16]

Haciendo uso de tal matriz interpretativa y dialógica, es que la Corte Constitucional de Italia, con base en la utilización de la teoría de los contra-límites, ha descartado la intromisión de la normativa comunitaria en aquella regulación fundamental italiana, atinente a principios esenciales y derechos inalienables de la persona, en tanto estos últimos conforman un núcleo material intangible e inderogable, inclusive para el TJE lográndose con ello, en cierto sentido, la así denominada "europeización del derecho nacional", implicando ello claramente, una concreta limitación en las interferencias del derecho europeo.

Tal modalidad, torna al principio de "primacía del derecho comunitario", en una versión que ahora se halla condicionada, por el límite que implica la vigencia de los principios fundamentales estaduales. Ello, a través de la aplicación de la "cláusula de salvaguardia", que, al ser aplicada por los magistrados judiciales

[16] Un claro ejemplo de esta situación, lo encuentra Cid Villagrasa, *op. cit*., p. 333, cuando destaca que las Cortes Constitucionales "[...] han aprovechado los márgenes abiertos por los Tratados de la Unión, en concreto la cláusula de salvaguardia de las identidades nacionales [Art. 4 TUE], para elaborar técnicas de protección de las normas y principios tutelados por las constituciones nacionales".

locales, delega en las técnicas de "balance" o "equilibrio" surgentes del diálogo entre cortes, la labor de hallar las soluciones más adecuadas para los casos que en concreto sean abordados por ellos.

Como consecuencia de lo analizado, la normativa convencional ha tendido a intentar que las relaciones jurídicas entre los diversos ordenamientos de los Estados miembros de la UE fuesen reconstruidos o armonizados desde una perspectiva predominantemente "monista" (Europeización de los contra-límites), tratándose de buscar una reformulación que respete más precisamente las ideas de "unidad en la diversidad", características del ordenamiento europeo. Así, al "europeizar" los contra-límites, se intentó desarrollar un concepto de primacía "condicionada"o "invertida", dispuesta a reconocer los límites que exhiben los principios fundamentales estatuidos localmente, circunscribiendo el balance resultante del "diálogo entre cortes", a adecuar o balancear las soluciones que se muestren pertinentes respecto de cada caso en particular.

III. La actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es sabido que la Corte Interamericana ejerce, a partir del dictado del precedente *Myrna Mack Chang*,[17] pero en forma contundente al juzgar el precedente *Almonacid Arellano vs. Chile*,[18] el así deno-

[17] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, en voto del juez Sergio García Ramírez, donde había realizado una aproximación conceptual a la idea de control de convencionalidad que se realiza de uso en sede interamericana y también en el ámbito interno de los Estados parte.

[18] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154. Allí señaló que "[...] la Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, tam-

minado "control de convencionalidad", evaluando el acatamiento a la normativa de la CADH y otras convenciones sobre derechos humanos a las que el país en cuestión hubiese adherido (lo que se ha dado en llamar el "*corpus juris* interamericano"), con la normativa interna instituida y aplicada por ese Estado.

Así, el control de convencionalidad es conocido como "control primario" cuando es realizado como control doméstico, a modo de verificación (entre nosotros difusa), efectuada en los confines del país (lo que también se conoce como un modo de manifestación del control de constitucionalidad del derecho internacional).

A su vez, ese control es denominado "secundario" cuando el mismo es realizado por la Corte IDH, como tribunal regional, de modo concentrado.

En el caso *Trabajadores Cesados del Perú*,[19] y siguiendo esta línea jurisprudencial, la Corte IDH señaló que los jueces del Estado están obligados a velar para no mermar el "efecto útil" de la Convención. Desde este lugar interpretativo sostiene el argentino Hitters que el control de convencional primario debe extenderse a todas las autoridades y órganos del Estado. En consecuencia, para este jurista, el así denominado "control de convencionalidad secundario (heterónomo) importa por sus efectos, una modalidad de casación regional, que tiende a unificar la interpretación que de la Convención realizan los países plegados al "modelo interamericano".

---

bién están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer **una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta solamente el tratado, como también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana", (textual del precedente, el resaltado en original. En igual sentido se expide en *Caso La Cantuta vs. Perú.* Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007, párr. 173.

[19] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*..., *cit*.

Así, al ser aplicadas en forma sistémica (conglobada) las modalidades de control primario y secundario de convencionalidad, se desarrolla con ello el principio de subsidiaridad, que para el sistema impone el artículo 46.1.1 de la CADH, y por el que el Estado Parte resulta ser el principal garante de su efectividad.[20]

Siguiendo entonces, esta regla, todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la CADH, tienen la obligación de ejercer control de convencionalidad, con excepción del supuesto en que notoriamente no hubiese un verdadero acceso a la justicia en el ámbito interno.[21] En este último supuesto, es válido ocurrir a peticionar tutela y realizar el control de convencionalidad directamente ante el propio Sistema Interamericano.

Dicho lo anterior, debe aquí ser recordado un principio liminar y específico del derecho constitucional finisecular, es el de "fundamentalidad", por el cual esta rama del derecho se encuentra habilitada para "capturar" áreas de otras disciplinas jurídicas, si es que las reputa esenciales para la estructuración y operatividad del Estado.[22] Ello es complementado hoy a partir de la existencia en los más nuevos sistemas constitucionales, de un mandato de "apertura", que se evidencia entre nosotros principalmente en la letra de los artículos 22, incisos 22 y 24, y 23 del texto fundamental.

A partir de tal argumentación, puede sostenerse que el Estado nacional soberano no solo se nutre hoy —desde lo interno— de aquellas áreas reputadas esenciales para estructurarse, sino ahora de aquello que —nacido en el marco contextual de los ordenamientos supranacionales— también lo nutre.

Claro es que lo mencionado no obtura en modo alguno la generación de un incipiente derecho constitucional supranacional, que claramente se encuentra hoy en pleno desarrollo, exhibiendo

---

20 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144.

21 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259.

22 *Cfr*. Sagüés, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, p. 30.

en tal tránsito, un claro camino de adecuación que no se presenta necesariamente como plegado al proceso de "globalización", también en avance, ya que este último bien puede realizarse, aunque en ese caso debe hacerlo democrática y participativamente.[23]

3.1. El control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional: matices válidos para generar un posible diálogo democrático entre cortes

El así denominado "margen de apreciación nacional" resulta ser un criterio hermenéutico, utilizado por tribunales regionales de derechos humanos para mejor interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de DDHH de que ellos son tributarios.

Parte de la doctrina especializada, deriva del principio de subsidiariedad propio de estos instrumentos internacionales de tutela a derechos fundamentales, la posible o real existencia de un margen de apreciación nacional, para ser aplicado por los Estados parte del sistema.

Así para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la existencia del margen de apreciación nacional,[24] es una especie de "deferencia" del cuerpo colegiado y hacia los jueces nacionales con los que el mismo actúa, para qué ellos decidan sobre determinadas y acotadas cuestiones al momento de la ejecución de la sentencia oportunamente dictada en sede regional, lo que de uso se entiende como un cierto margen de actuación deferido a las autoridades nacionales, que se actúa en relación a puntos que por lo general, no han obtenido en el sistema consenso interestatal.

---

[23] Cabe aquí resaltar las precisas advertencias de Spota, Alberto A., "Globalización, integración y derecho constitucional", en AA.VV., *La Constitución Real: enfoques multidisciplinarios*, La Ley, p. 111, cuando expresaba que "[...] el derecho constitucional, en un proceso de globalización como en el que hemos ingresado, no tiene por ahora a mis ojos, y sin sentirme dueño de la verdad, ni nada que se le parezca, respuesta posible".

[24] Este concepto, legislado y vigente en el ámbito de la protección regional europea de los derechos fundamentales deriva de la actuación del Consejo de Estado francés, y de cierta jurisprudencia administrativa de algunos países europeos.

Esta doctrina se sustenta en esencia, en la actuación del derecho nacional, y reivindica el válido —aunque acotado— ejercicio de la soberanía estatal en tal contexto. Es real también que para que los Estados parte en determinado ámbito convencional regional se encuentren habilitados para actuar el margen de apreciación nacional, ellos deben necesariamente cobijar un modelo de vigencia del Estado de Derecho en una sociedad democrática, siendo este su campo de acción propio en la interpretación de los derechos fundamentales, realizado por la autoridad soberana del Estado, y los jueces internacionales que así la admiten.

El marco interpretativo aquí propuesto, resulta de gran utilidad cuando se toman en consideración determinadas pautas culturales propias del estado soberano, ya que en estos casos los tribunales regionales dejan a la consideración de las autoridades nacionales, el cuidado de apreciar la necesidad y amplitud de ciertas injerencias dentro de las libertades consagradas por el sistema regional.

Debe ser enfatizado, luego de dicho lo anterior, que la actuación del margen de apreciación nacional, ya sea en el ámbito interno o en el internacional, propicia y enfatiza la noción del "diálogo entre cortes", ya que en el primer supuesto se produce un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional, a partir del confronte de principios iusfundamentales que el Estado adopta dentro de su ordenamiento, en tanto el Estado nacional se encuentre obligado a ello.[25]

Por su parte cuando hablamos del margen de aplicación "internacional", en estos supuestos el Estado nacional se enfrenta al desarrollo de un marco jurisdiccional que se encuentra en marcha. Aquí, el magistrado de la Corte Nacional de un Estado firmante de la Convención, cuenta con un espacio limitado de interpretación.

[25] En nuestro caso, por así disponerlo expresamente el art. 2 de la CADH, que en lo pertinente establece lo siguiente: "[...] si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Diversa es la situación cuando se evalúa el válido poder del Estado nacional frente a circunstancias excepcionales, como lo son la guerra o la emergencia interna legítimamente declaradas. Aquí, los límites de interpretación del Estado se extienden, admitiéndose cierto margen mayor en punto a la limitación o restricción en el goce de los derechos.

Este modelo dialógico se encuentra instalado y en funcionamiento, en el ámbito territorial del Sistema Europeo de Derechos Humanos,[26] donde es regulado en forma minuciosa.[27] Allí, el artículo 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos[28] ha sido interpretado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular al admitirse la suspensión de derechos en caso de peligro público, habiendo avalado la discrecionalidad del estado al regular ciertos aspectos de la vida social.[29]

---

26 Donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en primer lugar, y luego la Comisión Europea de Derechos Humanos, trasladan esta figura del ámbito nacional, al internacional (regional europeo, en este caso), con base en la aplicación del principio de subsidiariedad, como ya lo he expuesto, generando así una modalidad de división de tareas que posibilita un oportuno y adecuado diálogo entre Cortes.

27 Es restrictivo o prácticamente inexistente, con relación a derechos que están consolidados en el sistema; pero más permisivo, cuando la vigencia del derecho implica la realización o cumplimiento de obligaciones positivas, o involucra valores morales o culturales fuertemente enraizados en la sociedad.

28 La norma expresa que "[...] 1.- En el caso de guerra o en caso de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier alta parte contratante puede tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en la presente Convención, en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales providencias no sean opuestas a las otras obligaciones que dimanan del derecho internacional.
2.-. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del art. 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párr. 1), y 7.
3.- Toda alta parte contratante que ejerza este derecho a derogación, tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor cuando las disposiciones de la Convención vuelvan a tener plena aplicación".

29 *Cfr*. CEHD, en Autos "Escuela Lingüística Belga" (1968). También, al fallar el caso "Lawlwess c/Irlanda" en 1968, determinó que el Estado poseía

En realidad, al darse estos supuestos, los órganos de control del Convenio Europeo evalúan las restricciones a derechos humanos, generadas en los Estados parte, y que vayan más allá del "margen de apreciación nacional", con lo que, en este contexto, las autoridades nacionales no poseen aquí, poder ilimitado, o irrestricto.

En lo que respecta al Sistema Interamericano, esta solución no ha sido instituida en forma específica en el texto regional (CADH) pero cabe expresar que ha sido utilizada en menor grado que en el sistema europeo, y en forma moderada, habiendo señalado al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[30] que "[...] no se puede extender sin más esta doctrina Europea" restringiendo considerablemente su vigor.

Aun así, al resolver el caso *Castañeda Gutman*,[31] la Corte IDH aceptó que la dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sean competencia exclusiva del Estado Mexicano, con lo que la habilitación del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano, al igual que en su par europeo, es amplio cuando la Corte no sentó aún opinión, y se restringe cuando existen estándares definidos al respecto.

También al discutirse la actuación en sede interna de un "recurso ordinario y eficaz",[32] y aun aceptando aquí la vigencia de

---

margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía adoptar para proteger la vida de la nación, siempre teniendo en cuenta los parámetros dispuestos por la Convención. Posteriormente, en Autos "De Wide c/Belgica" (1972), donde se discutía la detención de vagabundos, estableció que "[...] el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir infracciones penales".

30 *Cfr.* Autos "Álvarez Giraldio", "Sánchez Villalobos" y "Chavez Cambronero".

31 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184. Allí el Juez Nogueira Alcalá recuerda —de todos modos— que, al ingresar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los estados (parte) resignan una porción de su soberanía, en aras de un bien superior, aunque la Corte resaltó en el fallo que no puede imponerse un modelo electoral único para América Latina.

32 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

un margen de apreciación nacional, recordó que no se puede infringir la esencia del derecho.

La Corte IDH, si bien no se expidió expresamente, mencionando el instituto, en la práctica utiliza en tal sentido el "test de proporcionalidad",[33] y así reconoce —como se lo vio– mínimos, acotados o amplios márgenes de apreciación estatal según las circunstancias. También ha destacado que la admisión de tal "margen de apreciación" no es absoluta, ya que el mismo puede estar sujeto a restricciones.

También impuso este alto tribunal, que toda restricción a la libertad personal debe estar atada a las reglas de proporcionalidad o racionalidad, con lo que la base de actuación de este instituto es por lo general la falta de consenso existente sobre ciertos temas que pueden provocar violación de derechos en el Sistema Interamericano.

Esto genera en los hechos una paradoja, ya que si bien en principio, el Sistema Interamericano argumenta su confianza respecto de la actuación institucional del Estado parte, demuestra en realidad desconfianza, en la medida en que el tribunal regional protege los derechos instituidos en el sistema, a través de controles estrictos.

Puede señalarse, a favor de la vigencia y aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, el hecho de que los actores nacionales se encuentran en mejor posición que los tribunales internacionales para resolver determinados problemas.

Además, los tribunales internacionales no reconocen ni se encuentran familiarizados de uso, con las circunstancias históricas, culturales, etc., que vivencian los habitantes de los estados nacionales que integran el sistema. Tampoco cabe poner en duda la legitimidad democrática de los Estados nacionales que se hacen parte en el sistema de protección.

También, actuando el margen de apreciación nacional, pueden ser evitadas confrontaciones inútiles e innecesarias.

---

[33] Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.

En contra de la aplicabilidad del instituto, puede ser señalado que ella puede atentar contra la universalidad de los DDHH una vez que el tribunal internacional determina su alcance.

Asimismo, podría permitir a los tribunales nacionales abstenerse de cumplir sus obligaciones, una vez que fuera objeto de condena por la corte regional. Como argumento extremo, la actuación del margen de apreciación nacional puede impedir conocer con precisión cual va a ser el alcance y desenlace del conflicto en cuestión.

Con lo expuesto, podemos concluir aquí, que para generar un efectivo y constructivo diálogo entre cortes, resulta fundamental el concreto aporte del Estado de derecho en una sociedad democrática,[34] que se exhiba apto para generar tales consensos, teniendo en consideración que el adecuado funcionamiento del sistema de justicia es una condición determinante para la actuación del Estado de derecho.

Es real, en el contexto antes narrado, que las sociedades occidentales modernas requieren para sobrevivir como tales, la existencia de pluralismo y diversidad ideológica y moral, consustanciadas con un marco de real tolerancia, lo que resulta ser el núcleo caracterizador de las democracias liberales, pero ellas, también deben exhibir un nítido compromiso con el respeto a la autonomía personal y social de los ciudadanos que la integran.

Esto ha sido al menos declamado en la generalidad de las cartas constitucionales de la región, con lo que el ideal democrático implica desde la teoría, el rechazo de la heteronomía, en cuanto propicia el valor del auto gobierno colectivo, que implica generar reglas básicas y procedimientos democráticos para la acción de gobierno, la toma de decisiones públicas, y articulación de marcos reales de igualdad y unidad respecto de actitudes, generando con ello representaciones simbólicas prácticas y específicas entre los ciudadanos que conforman esa sociedad democrática.

[34] Que conlleva la existencia de pluralismo, tolerancia y espíritu abierto. No escapa a mi consideración que para que ello ocurra, se requieren no solo el cumplimiento de ciertos aspectos formales (elecciones libres y periódicas), sino también de aspectos materiales como lo son el pluralismo y la tolerancia como reglas de convivencia aceptadas por todos.

En este sentido, la elaboración colectiva de modos de comunidad democrática, implica también generar ámbitos de fraternidad relativos a experiencias comunes en la vida pública,[35] lo que se asocia en esencia, a la idea de Gobierno democrático comunitario y participativo. De esa manera, se intenta estabilizar y generar un equilibrio entre la visión "pesimista" (que enmarca al conflicto constitucional de las sociedades modernas) y la optimista (dada por la dimensión arquitectónica y articuladora de la práctica política actual.

Es en tal contexto que consideramos posible generar un auténtico y constructivo "diálogo entre cortes" que supere la interconexión normativa, engarzándola en un modelo de tutela real regional de los derechos humanos, propio de sociedades democráticas integrantes del sistema regional de tutela a los derechos humanos.

IV. Resultados del incipiente intento de "diálogo entre cortes" generado por el superior tribunal de justicia argentino.

4.1. El caso Fontevecchia y su análisis

El 14 de febrero de 2017, nuestra Corte Suprema de Justicia falló los obrados "Fontevecchia".[36] Allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había dejado sin efecto una indemnización dispuesta por sentencia de la Corte Argentina, a raíz de publicaciones periodísticas, cuando en el ámbito interno, había pasado en autoridad de "cosa juzgada".

---

[35] Con ello las decisiones institucionales son consideradas "del ciudadano", lográndose de este modo resolver la tensión que se genera entre la autonomía de la voluntad y la búsqueda de un ideal democrático común, logrando una aproximación a las ideas de estabilidad, pero también legitimidad del sistema inserto en la sociedad.

[36] En autos "Ministerio de Relaciones y Culto s/Informe Sentencia dictada en el caso Fontevecchia y Dàmico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ("LL" del 20 de febrero de 2017, p. 9; AR/JUR/66/2017).

Comunicada que fue la sentencia interamericana al Estado argentino, y las mandas de ejecución que ella conllevaba, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, remite oficio a la Corte Suprema de Justicia, por el que le hace saber acerca de lo ordenado por el Tribunal regional, para dar cumplimiento a la manda en cuestión. La Corte Suprema determina entonces (por mayoría) que no correspondía hacer lugar al mandato de la Corte IDH.

La composición de ese controversial fallo fue la siguiente:[37] un voto mayoritario emitido por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, que desestima la presentación. El magistrado Rosatti comparte la solución mayoritaria, aunque por sus propios fundamentos. El pronunciamiento cuenta además con la disidencia del magistrado Maqueda.

Nuestro pensamiento respecto del fallo anotado, concuerda con la disidencia del ministro Maqueda.[38] En este sentido, cabe destacar en primer lugar, que tanto el voto mayoritario, como el particular efectuado por el ministro Rosatti y el disidente del ministro Maqueda, asumen sin ambages, que "[...] las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciadas en causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia",[39] y que es obligación del Estado "[...] cumplir lo dispuesto en decisiones del Tribunal", lo que "[...] corresponde a un principio básico del derecho, sobre la responsabilidad internacional del Estado",[40] o que "[...] las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este", "[...] dentro

37 Precedido este voto por el dictamen de la Procuradora General de la nación, Alejandra Gils Garbó, con quien coincide solo el voto disidente del magistrado Maqueda.

38 Así lo he expresado en mi trabajo "Acerca de las normativas interconectadas y la actuación del denominado 'margen de aplicación nacional'", en Gozaíni, Osvaldo (dir.), *Problemas de interpretación en el control de constitucionalidad y de convencionalidad*", Ediar, p. 91 y ss.

39 Disidencia del ministro Maqueda, considerando 3a.

40 Textual del dictamen de la Procuradora General de la Nación.

de sus potestades remediales",[41] y finalmente, que en función de lo dispuesto por el artículo 68.1 de la CADH, y el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina, "[...] el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH, en los procesos en que ha sido parte".[42]

Dicho lo anterior, coincidimos también –solo en principio– con la propuesta del ministro Rosatti, en tanto señala que una orden de la Corte IDH, no posee aptitud para revocar lo indicado en una sentencia firme de la Corte Argentina, dictada en los márgenes de su competencia, ello en función de lo normado en los artículos 75 incisos 22, 22, 108 y 116 de la Constitución.[43]

Pero es también claro, que para este caso el Tribunal regional no indicó la "revocación" de la sentencia en cuestión, sino mandó que ella se dejara "sin efecto". No olvido aquí que el voto mayoritario de la Corte Suprema asimila, con utilización del Diccionario de la Real Academia Española,[44] ambos términos, pero, aun así, no puedo dejar de lado que una sana y garantista motivación en materia de interpretación constitucional, invita a recurrir a lo informado por cualquier diccionario de corte jurídico, específico para el tema.

Así, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, informa que la revocación resulta ser (1a. acepción), un "[...] recurso admitido por algunas legislaciones y llamado también *de reposición*, en solicitud de que el juez que ha dictado una resolución interlocutoria la modifique por acto de contrario imperio a causa del error en que incurrió al dictarla", expresando luego, y solo en su segunda formulación, para

41 Textual del voto mayoritario, Considerando 6a.

42 Textual del voto particular del ministro Maqueda, Considerando 4a.

43 Es esta la tesitura que he adoptado con anterioridad en el punto véase *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 2001, t. I, cap. V., punto 5.3., pp. 186 y ss. Remito a tal argumentación, en honor a la brevedad y por exceder ella, el confín de este análisis.

44 Según nuestro cotejo, *Diccionario de la Real Academia Española*, 20a. ed., Espasa-Calpe, p. 1187, que enuncia la voz en su primera acepción, como "[...] dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución".

acepciones generales *con reflejo jurídico,* a dejación sin efecto de un acto".[45]

A lo dicho, debo adunar que hoy, y particularmente luego de operada la reforma constitucional Argentina de 1994, el Estado nacional, como también la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, han asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional, vinculadas a la vigencia real, y no formal de los derechos humanos.

Es por tal razón que en este punto puedo acompañar la primera y validante argumentación del ministro Rosatti al emitir su voto, propugnando —como corresponde— la generación de un "diálogo jurisprudencial" entre dos ámbitos de distinta fuente (nacional e internacional), pero detentando ambas, igual jerarquía conceptual. Desde allí, rescata la necesidad de enfatizar y hacer respetar ciertos márgenes de "apreciación nacional", que disuadan a las organizaciones internacionales a las que nos hemos vinculado, de asumir actitudes globalizantes y casatorias, impropias del resguardo de ambas "soberanías", aunque resaltando que las dos deben confluir en la necesidad de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Hasta aquí, nuestro acuerdo con la matriz de este precedente, ya que los votantes de la pieza mayoritaria, luego de no hacer coincidir los efectos de "revocar" (impropio para motivar alteraciones en una sentencia firme de un tribunal superior nacional), con "dejar sin efecto".

Cabe concluir entonces que, con su fallo, el Tribunal al emitir el Considerando 2 , la Corte Interamericana *no revoca* la sentencia de la Corte Suprema Argentina, ni opera en modo de cuarta instancia procesal de revisión, que el Sistema Interamericano no admite.

---

[45] *Cfr.* Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, p. 678. Asimismo, el Diccionario Jurídico de Mónica Sánchez y Virginia Pérez Pino (Tecnos, Madrid, p. 264), refiriéndose a la revocación de actos, la presenta como "[...] retirada de los actos administrativos no declarativos de derechos y de los actos de gravamen o desfavorables para los interesados, que la Administración puede hacer en cualquier momento, siempre que no constituyan dispensa o exención no permitida por ley, sean contrarios al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico".

Entiendo, contra la interpretación ofrecida por la Corte Suprema sobre esta cuestión, que lo decidido por la Corte IDH tornó aquí a la sentencia judicial dictada en sede interna, en una modalidad de "cosa juzgada írrita", que nuestro Superior Tribunal de Justicia debió haber detectado y declarado ante la comunicación recibida por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Es que desde este lugar interpretativo, se ha señalado con acierto que la "cosa juzgada" no puede constituirse en "[...] excusa, o forma de garantizar inversamente, la impunidad en nombre de la estabilidad, la seguridad jurídica o la certeza", y además, que "[...] el paradigma de los derechos humanos (en tensión, muchas veces con las necesidades de previsión del mercado, del comercio, de la economía), con su discurso en prédica en contra de la impunidad".[46]

Gozaíni divide conceptualmente la "cosa juzgada írrita" (que pretendemos involucrar en este acto), de aquella "fraudulenta", para expresar que la primera se consolida cuando se ha generado un error judicial, que provocó una notoria injusticia. En este supuesto, se acreditó claramente —desde lo fallado en el orden interamericano—, el error judicial que motivó una sentencia local claramente contraria a la libertad de expresión, base necesaria para articular una República democrática. Es seguro que no se trató aquí de imponer una "cuarta instancia" judicial frente al dictado de una sentencia proveniente de la Corte IDH.

Realmente, los ministros del Tribunal nacional deben actuar en todos los casos de consuno, propiciando la salvaguarda de los espacios que hacen a nuestros márgenes de apreciación nacional, pero claro, ello debe hacerse de un modo reflexivo, que valide la generación de un intenso y fructífero diálogo jurisprudencial entre los actores principales del Sistema Interamericano, aunque sin olvidar que ambos han asumido la convicción de haber alcanzado la persona humana la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que como se sabe, el Estado que se hace parte

[46] *Cfr*. Gozaíni, Osvaldo A., *Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta)*, Buenos Aires, Ediar, 2016. También en "DP y C", junio de 2016, p. 249, DJ30/11/2016,85, AR/DOC/1470/2016.

en un sistema de derechos humanos —y más aún, el que jerarquiza este sistema hasta alcanzar el nivel de su texto fundamental— conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino concurriendo con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar.

En consecuencia, propiciamos avalar la calidad de incolumnidad que debe darse a las sentencias finales de nuestro más alto tribunal de justicia, con el debido resguardo de la calidad de "cosa juzgada que ellas detentan a partir de su firmeza, a modo de "margen de apreciación nacional" en el Sistema Interamericano. Empero, ello no debe implicar resignar el compromiso del Estado argentino de cumplir con las decisiones de la Corte IDH, en aquellos procesos en que ha sido parte, o considerar como lo ha hecho inveteradamente el propio Tribunal de justicia, que los pronunciamientos dictados por el Tribunal regional se constituyen para nosotros en pautas de interpretación obligatoria (*Cfr*. art. 75, inc. 22 CN).

Como corolario de lo expresado, es que debo discrepar con la solución mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia Argentina en este precedente, ya que aun siguiendo la interpretación general habida en el mismo por el ministro Rosatti, quien enfoca la cuestión desde un análisis dialógico, propicio y adecuado, creo que debió haberse interpretado al fallar que por efectos de lo sentenciado en la Corte IDH, la sentencia cuestionada (y que fuera ordenada "dejar sin efecto" por el Tribunal internacional) se había tornado en "cosa juzgada írrita".

Por tal razón, y ante la comunicación de Cancillería, debió haberse abordado y resuelto la cuestión, adecuándose el fallo con un sentido garantista *y pro homine*,[47] resguardándose en sintonía con la Corte IDH la libertad de expresión conculcada en el caso, sin resignar nuestra Corte Suprema, la calidad de "intérprete final de la Constitución Argentina" que claramente ella posee.[48]

---

47 *Cfr.* arts. 32, 33, 75 inc. 22 CN., y 13 de la CADH.

48 Peyrano (Ratificación de los lineamientos pretorianos y doctrinales de la revisión de la cosa juzgada en la impugnación de la sentencia firme, t. 1) ha señalado acertadamente en éste sentido, ante la posibilidad de intentar una

Es del caso también —por iguales motivos— cuestionar al voto disidente del ministro Maqueda, en tanto resuelve acatar sin más, y de modo automático, el decisorio de la Corte IDH, sin dejar en claro previamente que existen determinados márgenes de apreciación nacional que deben ser respetados en el contexto de diálogo inter-jurisdiccional que el ministro Rosatti claramente resaltó al votar el rechazo a cumplir con lo pedido en la comunicación del Tribunal interamericano.

4.2. Las repercusiones y la reacción de la Corte Suprema de Justicia

Con fecha 18 de octubre de 2017, la Corte IDH resolvió[49] que el Estado argentino no había cumplido con las medidas de reparación dispuestas en su sentencia sobre el fondo de la cuestión, y ordenó cumplirlas, enfatizando el deber jurídico del Estado para cumplir *sin condiciones,* las medidas reparatorias ordenadas por la Corte IDH.

Resaltó, además en su fallo la Corte regional, que la medida de reparación consistente en "dejar sin efecto" sentencias del ámbito interno, había sido cumplida por otros países, y también por la propia República Argentina, en otros casos,[50] lo que hace contrastar al país incumpliente con toda su jurisprudencia anterior.

En este sentido, y como se lo propició párrafos más arriba, la propia Corte IDH señaló con contundencia que "dejar sin efecto" la resolución de un juez en el ámbito interno, no exige necesariamente que se la revoque, indicado seguido, que es deber

acción autónoma de nulidad, por esta cuestión, que "[...] si se parte de una premisa de que ni tan siquiera un fallo final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra exento de ser impugnado mediante una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada, se sigue que a fortiori, tampoco lo estará una sentencia ejecutoriada en relación de la cual se ha intentado sin éxito, abrir la instancia extraordinaria federal".

49 Me refiero, en este caso, a los obrados Corte IDH. *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*, Etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia. 18 de octubre de 2017.

50 Contextuado del fallo, párr. 20.

del Estado, establecer actos o medidas de cualquier índole que permitan "dejar sin efecto" una resolución judicial contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, el 6 de diciembre de 2017, la Corte Suprema de Argentina dicta una resolución,[51] prestando un original modo de acatamiento a la sentencia en cuestión.[52] Así, ordenó acompañar a la sentencia original, una leyenda que exprese "[...] esta sentencia fue declarada incompatible con la CADH por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

De este modo, corrige su error de interpretación, aun cuando sobrevuele contextualmente en la resolución en cuestión, el mantenimiento de un criterio de peligrosa discrecionalidad sobre el acatamiento futuro a resoluciones de organismos internacionales de protección a los derechos fundamentales, que espero implique —en cambio—, una primera ventana a la generación de adecuados y democratizadores espacios en los que se puedan definir apropiados "márgenes de apreciación nacional", compatibles y complementarios con la plena y fecunda actuación de la Corte IDH en resguardo de la vigencia de la CAHD.

V. Nuestras breves conclusiones

No nos cabe hoy duda de que el Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, dotado hoy de un importante grado de legitimidad democrática, la obtuvo en base a su dura labor, horadando las terribles dictaduras imperantes en el pasado reciente de América Latina, y acompañando luego los lentos pero inexorables procesos de transición y consolidación de las democracias regionales.

Creo sinceramente que en el actual escenario latinoamericano, el valor estratégico de éste sistema regional de tutela a los derechos fundamentales, reside en apuntalar los lentos pero

51 Res. CSJN, 415/2017, del 6 de diciembre de 2017.

52 Que, si bien no concuerda con el aquí propuesto, implica afirmar que seriamente existen de todas maneras, variados e imaginativos modos de cumplimiento a las decisiones de la Corte IDH, aun respetando los necesarios márgenes de apreciación nacional que se pudiesen invocar.

inexorables caminos que lleven a la consolidación —y no al retroceso— de nuestros espacios democráticos, en particular a los judiciales y a los ingentes esfuerzos de los Estados parte del sistema para superar los actuales niveles de exclusión y desigualdad, circunstancias estas que permiten avizorar aún, la existencia de graves déficits democráticos en el contexto antes narrado, de reedificación de los espacios democráticos en el mundo.

A tal fin, debe mantenerse y enfatizarse el rol subsidiario que cumple en el sistema, la Corte IDH, lo que no implica para el Tribunal internacional, abjurar de su misión consolidante de los espacios democráticos del sistema, procurando que los principios y estándares generados se incorporen, tanto a la doctrina de los Tribunales nacionales, cuanto a la orientación general que nutre a los diversos sistemas constitucionales de la región.

Y es en tal contexto que debe desarrollarse el diálogo interjurisdiccional, cuyos términos no han sido aun totalmente definidos por la jurisprudencia y doctrina interamericana, ni ha dado paso cabal a la figura del "margen de apreciación nacional" como complemento necesario en la activación real de tal diálogo aun cuando Uruguay hubiese optado por recurrir a la idea de contra límites para salvaguardar sus decisiones soberanas en materia de derechos humanos.[53]

Propone Pizzolo que una salida esta clara tensión, pasa por relativizar con la prudencia que el caso amerita, el principio de jerarquía que anima a ambas fuentes, equilibrando con ello la interacción jurisprudencial, cuya existencia claramente se evidencia en el intento —no siempre logrado— de generar un crecimiento regional armónico y efectivo en el sistema.

Cabe aclarar que no hablamos aquí de una nueva forma constitucional que se suma a otra ya existente, sino de una variación en el propio sentido de la idea de "forma constitucional". Desde este lugar del pensamiento, creo que para que exista un solo orden jurisprudencial con real aptitud para imponer tal articulación, ello deberá ser en su oportunidad, normativamente dispuesto o efectivamente consensuado con las fuentes nacionales,

[53] Lo que aún se encuentra en discusión, a partir de las disputas generadas por el caso *Gelman*, fallado por la Corte IDH en contra de Uruguay, en decisiones que todavía no fueron acatadas por esa nación sudamericana.

quizá a partir de la generación de reformas constitucionales pactadas entre los Estados, como sucedió en el proceso de integración europea.

Y por supuesto, de ninguna manera lo propiciamos autoritariamente impuesto "desde arriba" por la Corte IDH, aun cuando se exprese que ello parta de un loable intento de coordinación, ya que no es este el caso de no perder el supuesto "tren de la globalización", sino de enfrentar sus efectos más perniciosos, tomando solo lo que ella tiene de beneficioso, desde la actuación efectiva y eficiente de un modelo democrático constitucional, nutrido de nuevos modos participativos.

Estamos propiciando, entonces, emprender un camino lento pero efectivo y beneficioso de diálogo interjurisdiccional, que de seguro deberá ser acompañado por la Corte IDH, desde el dictado de sus precedentes. Es de todos modos real que la existencia de un sistema constitucional convencionalizado solo se logrará (a ello aspiramos) con articulaciones democráticas, participativas y que rescaten prudentemente los necesarios márgenes de apreciación nacional, y cuyas bases institucionales sean respetadas al momento de realizar los derechos constitucionalizados, pero también convencionalizados.

O no podremos hablar ya, en el futuro, de la subsistencia de un sistema efectivo y eficiente de tutela a los derechos fundamentales en la región.

Referencias

Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

Gozaíni, Osvaldo A., *Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta)*, Buenos Aires, Ediar, 2016.

Sagüés, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea.

Spota, Alberto A., "Globalización, integración y derecho constitucional", en AA.VV., *La Constitución Real: enfoques multidisciplinarios*, La Ley.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* 11a. ed., Madrid, Trotta, 2016.

Detención policial sin orden judicial: una problemática común a la región

***

Police detention without a court order: a common problem in the region

*Facundo Leguizamón**

Resumen: las detenciones policiales sin orden judicial suelen ser fuentes generadoras de transgresiones a derechos fundamentales. Esta situación se agrava cuando estas prácticas recaen sobre grupos en condiciones de vulnerabilidad que, por esa circunstancia, tienen dificultades para acceder a la justicia. El tema es abordado en esta presentación en función de lo que acontece en América Latina, proponiendo la promoción de acciones colectivas para generar el control judicial, cuando los destinatarios de las detenciones sean de sectores vulnerables.

Abstract: police arrests without a court order tend to give rise to infringements of fundamental rights. This situation is aggravated when these practices target groups in vulnerable conditions who, due to this circumstance, have difficulties accessing justice. The approach taken in this presentation is based on the situation in Latin America, proposing the promotion of class actions to generate judicial review, when the detainees are from vulnerable sectors.

Palabras claves: control – vulnerables – acciones

Keywords: review – vulnerable – actions

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

En una anterior ocasión encaré el tema de las detenciones policiales sin mandato judicial desde la perspectiva de lo que ocurre en Argentina.[1] En esta oportunidad, abordaré la cuestión en función de lo que acontece en América Latina,[2] anticipando que, aunque las realidades y los motivos que generan este proceder policial puedan ser distintos en los Estados que conforman la región, cuando se vean afectados sectores vulnerables pueden ser aplicables las mismas soluciones.

En función de ello, expondré cuáles son los estándares que debe cumplir una detención policial para que sea convencional, es decir, conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos y las decisiones que surgen de sus organismos de aplicación; cuáles son las reglas que surgen de estos sistemas para asegurar el cumplimiento de esos estándares; la realidad de lo que acontece en la región en materia de detenciones policiales —que en general dista de aquellos postulados— y, finalmente, propondré una posible solución para mitigar los efectos de esas transgresiones cuando tales prácticas recaen sobre grupos vulnerables.

II. Desarrollo

En acotada síntesis, de acuerdo a los estándares internacionales vigentes, quienes se encuentran en una situación concreta

1 Leguizamón, Marcos Facundo, "Detención policial sin orden judicial: una problemática común a las provincias", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 9, núm. 2, Buenos Aires, 2019, pp. 55-66, *https://estudioleguizamon.com/wp-content/uploads/2021/05/Leguizamon-Detencion-sin-orden-judicial.pdf*

2 Por razones de extensión del presente trabajo como por la complejidad de la cuestión, recurriré al método del muestreo para abordar algunos de los casos que resultan más significativos.

de privación de la libertad, tienen derecho a ser informadas y notificadas de manera comprensible de los motivos de su detención desde el primer momento posible; las autoridades deben materializar la detención con la presencia de testigos civiles de actuación y deben comunicar el arresto inmediatamente al juez competente; al detenido, se le debe permitir comunicar a un tercero y a un abogado de su confianza o defensor oficial, que está bajo custodia del Estado y, para el caso de que este no pueda hacerlo por alguna razón, debe hacerlo la autoridad policial. Asimismo, el detenido tiene derecho a ser revisado por un médico, preferentemente no perteneciente a la misma autoridad y a ser alojados en establecimientos dignos y acordes a la naturaleza de la infracción, su edad y género.[3]

De igual forma, los organismos de aplicación de los tratados de derechos humanos no solo han dictado normas tendientes a resguardar del mejor modo posible a la persona frente a una detención (de cualquier índole y no solo la tratada aquí) sino que han emitido pronunciamientos con el fin de que sus postulados sobre estas y otras materias se cumplan.

En particular, al margen de las previsiones estipuladas convencionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha ido edificando reglas —a modo de reaseguro— con el objeto de expandir los efectos de sus decisiones y el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, más allá de lo que dispone el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos[4] (CADH), frente a las

---

[3] Osio, Alejandro Javier, "Detenciones en la vía pública. Análisis convencional. Es necesario y urgente reformar la legislación pampeana (y las prácticas)", *Revista Pensamiento Penal,* Argentina, 2017, pp. 1-32, *https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45492-detenciones-via-publica-analisis-convencional-es-urgente-y-necesario-reformar*

[4] Convención Americana de Derechos Humanos, art. 28, 1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autori-

dificultades invocadas por un *Estado federal* para la aplicación uniforme de los compromisos internacionales asumidos, la Corte IDH dijo que "según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional".[5]

Ante la excusa de un Estado por la responsabilidad relacionada con los actos u omisiones de sus *autoridades judiciales*, la Corte IDH señaló que "es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión *de cualesquiera de sus poderes u órganos* en violación de los derechos internacionalmente consagrados".[6]

Con el objeto de evitar que transgresiones similares a las resueltas se *reiteren* en el futuro, el máximo tribunal regional resolvió que "el Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad".[7]

Con el fin de generar una herramienta eficaz para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el

---

dades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre si una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención. *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*

5 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 46.

6 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre 1999. Serie C, núm. 69, párr. 220.

7 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 162.

ámbito interno,[8] la Corte IDH dijo que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".[9] Incluso, el alto tribunal interamericano señaló que este control debe realizarse *ex officio* es decir que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".[10]

En igual sentido, al analizarse una serie de casos de la Corte IDH[11] se señaló que "dicho órgano interamericano ha 'amplificado' notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo ahora que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutiva, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares".[12]

Vale decir, al margen del carácter *subsidiario* de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, en parti-

---

8 Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 7: control de convencionalidad*, *https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf*

9 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

10 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

11 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 173; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71.

12 Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, 2008, p. 141, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf*

cular, la Corte IDH ha ido achicando el margen de no acatamiento de sus decisiones. Sin embargo, la situación en particular en materia de detención policial sin orden judicial en los países de la región dista con creses de ser conforme a los estándares internacionales indicados.

Así, y a modo de ejemplo pues —lamentablemente— no hace falta evidenciarlo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su visita a Brasil advirtió que los agentes de policía realizan detenciones indiscriminadas sobre los consumidores de drogas.[13] De igual forma, el citado Grupo en su última visita a México en octubre del 2023 señaló que le preocupaba especialmente la detención de personas en contexto de movilidad, además de indicar que la detención arbitraria afecta a una amplia gama de personas en este país.[14] Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una serie de recomendaciones a Nicaragua como consecuencia del progresivo deterioro de la situación de los derechos humanos —entre los que está la libertad ambulatoria— como consecuencia de las protestas sociales que se desencadenaron en ese país a partir de abril de 2018.[15]

En los ejemplos citados, se advierte que, si bien las razones que motivan las detenciones puedan ser distintas, estas suelen recaer sobre *grupos vulnerables* (en el caso de Brasil, sobre consumidores de drogas; en el de México, sobre personas en contexto de movilidad y en el de Nicaragua, sobre protestantes). Estas prácticas no han pasado desapercibidas para los organismos de aplicación de los tratados de derechos humanos.

Así, la Corte IDH en el caso *Torres Millacura* hizo suyas las conclusiones de la antropóloga Sofía Tiscornia —que oficiara de

---

13 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria,* 2014, *https://www.refworld.org/es/ref/mission/unhrc/2014/es/101037*

14 Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *México: Reformas adicionales y una implementación efectiva son esenciales para prevenir la detención arbitraria generalizada, dicen expertos de la ONU,* 2023, *https://www.ohchr.org/es/press-releases/2023/10/mexico-further-reforms-and-effective-implementation-are-essential-prevent*

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2018, Capitulo IV.B Nicaragua,* 2018, *https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4B.NI-es.pdf*

perita en el caso— quien expusiera que las normas que habilitan a la policía a detener reiteradamente a las personas "impactan en los sectores más desprotegidos de la sociedad".[16]

En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria dependiente de Naciones Unidas señaló que el impacto de la guerra contra las drogas "suele ser mayor en los pobres, pero también suele superponerse a la discriminación que practican las fuerzas del orden contra grupos vulnerables. Se ha hecho referencia a este fenómeno como la interseccionalidad de las diferentes formas de discriminación, que agudiza la situación de desventaja".[17]

Entonces, si las facultades policiales de detener sin orden judicial suelen recaer sobre grupos de personas que, precisamente por estar en condiciones de vulnerabilidad, se encuentran dificultados —cuando no imposibilitados— para articular remedios tendientes a controlarlas judicialmente y, en definitiva, a neutralizar las afectaciones de sus derechos fundamentales,[18] ello genera la necesidad de buscar remedios alternativos.

Esta necesidad de buscar vías alternativas tendientes a hacer efectivos los estándares internacionales en la materia, se evidencia aún más, si traemos a colación el caso de Argentina, que en distintas ocasiones tanto el Comité de Derechos Humanos[19]

---

16 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229, párr. 60.

17 Asamblea General de las Naciones Unidas, *La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas,* 2021, párr. 51, *https://documents.un.org/access.nsf/get?OpenAgent&DS=A/HRC/47/40&Lang=S*

18 Leguizamón, Marcos Facundo, *op. cit*., p. 64.

19 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina,* 2016, párr. 17. El Comité reitera su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de averiguar su identidad sin orden judicial anterior y por un largo período de tiempo, sin que la persona detenida sea llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer un control judicial (art. 9). 18. El Estado parte debe tomar todas las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, con el fin de combatir eficazmente las detenciones no vinculadas a la comisión de un delito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto. *https://acnudh.org/comite-de-derechos-humanos-ccpr-argentina-2013/*

como el Comité contra la Tortura,[20] han realizado informes negativos respecto de las prácticas sistemáticas de los agentes policiales de detener sin orden judicial.

A ello se debe sumar, que también la Corte IDH en reiteradas ocasiones ha condenado al Estado argentino por estas prácticas policiales,[21] sentenciando incluso el Tribunal regional —con el fin de que no se repitan hechos similares— a que el Estado adopte "las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos".[22] Sin embargo, en distintas provincias del país, todavía existen vigentes normas similares por las que resultara sancionado internacionalmente[23].

---

20 Comité contra la tortura, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina*, 2017, párrs. 13. El Comité se muestra preocupado ante informaciones que dan cuenta de patrones de violencia y arbitrariedad por parte de las fuerzas de seguridad federales y provinciales en el marco de detenciones policiales sin orden judicial, particularmente de jóvenes y menores en situación de marginalidad social, que incluirían detenciones por averiguación de identidad y otras detenciones no vinculadas a conducta delictiva [...] dichos abusos incluirían tentativas de homicidio [...] desapariciones forzadas, así como actos de tortura [...]. 14. El Comité urge al Estado parte a adoptar medidas efectivas para: [...] b) Restringir el recurso a la detención a situaciones de flagrancia y a la existencia de orden judicial previa, tal y como establece la Corte IDH en la sentencia Bulacio c Argentina; y c) Asegurar que todas las personas detenidas gocen, en el derecho y en la práctica, de todas las salvaguardias legales fundamentales a partir del mismo momento de la privación de libertad [...], *https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Observaciones%20finales%20sobre%20el%20quinto%20y%20sexto%20informe%20conjunto%20peri%C3%B3dico%20de%20Argentina.pdf*

21 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit*.; *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187; *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina...*, *cit*.; *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Fondo Reparaciones Y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2020. Serie C, núm. 410; *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C, núm. 411.

22 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina...*, *cit*., párr. 162. De igual forma, el mismo tribunal en *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina...*, *cit*., párr. 80, se consideró que una disposición similar era contraria a los artículos 7.3 y 2 de la Convención Americana.

23 Art. 8, Ley orgánica para la policía de la provincia de Corrientes, Decreto-ley 33, "[...] la Policía de la Provincia deberá: [...] t) Demorar a toda persona de

Entonces, a margen de si las normas que habilitan a la policía a detener sin orden judicial son o no *convencionales,*[24] o si en todo caso, la policía actúa en base a *sesgos discriminatorios,*[25] lo fundamental es que se produzca el *control judicial* sin demora de esa detención policial para que, de ese modo, se activen los demás derechos reconocidos de acuerdo a los estándares internacionales vigentes.

En ese sentido, dijo la Corte IDH "el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido [...]. La inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas realizadas sin orden judicial".[26]

En función de ello, cuando las detenciones policiales sin orden judicial recaigan de un modo sistemático sobre sectores de

---

la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se negare a identificarse o no portare documento de identificación personal o no tuviere domicilio fijo o conocido. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para su identificación, averiguación de domicilio, conductas y medios de vida, sin exceder el plazo de veinticuatro horas., *http://www.saij.gob.ar/LPW0000033*

24 Sobre el particular, "a fin de salvaguardar la excepcionalidad y estricta legalidad de una detención efectuada por la policía sin orden judicial, resulta necesario que exista la obligación legal de que los funcionarios intervinientes dejen asentadas las razones o motivos que, en aplicación de las causales que establezca la ley, habrían justificado una detención", Corte IDH. *Caso González y otros vs. Venezuela.* Fondo y Reparaciones. Sentencia del 20 de septiembre de 2021. Serie C, núm. 436, párr. 96.

25 Se ha dicho que los agentes policiales a menudo actúan basándose en perfiles raciales y étnicos, esto es, basándose en el color de su piel, en su vestimenta, en su vello facial o en el idioma que hablan, pese a que estudios han demostrado la ineficacia de la utilización de tales perfiles. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere*, 2015, párr. 16, *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10141.pdf*

26 Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 289, párr. 129.

la población que, por sus condiciones de vulnerabilidad, se vean en dificultades para acceder a la justicia, tal situación adquiere una dimensión colectiva que habilita, con sustento en el artículo 25 de la CADH, a que se promuevan acciones de este carácter en beneficio de tales grupos, tendientes a generar el control judicial.

En ese sentido, dijo la Corte IDH que "el recurso de habeas corpus o exhibición personal ha sido considerado por el Tribunal como el medio idóneo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención",[27] por lo que bien podrían promoverse hábeas corpus de carácter colectivo tendientes a asegurar el control judicial de las detenciones policiales que se practiquen sin orden judicial sobre sectores vulnerables de la población.

III. Conclusión

Sobre el particular el Comité de Derechos Humanos al interpretar el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señaló que este "exige, en primer lugar, que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal sea llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Ese requisito se aplica en todos los casos sin excepción y no depende de la elección de la persona privada de libertad ni de su capacidad para exigir su cumplimiento".[28]

En un sentido similar, el máximo Tribunal interamericano al interpretar los alcances del artículo 7 de la CADH respecto de la garantía de que toda persona privada de su libertad pueda recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su detención, señaló que tal garantía "no solo debe existir formalmente en la legislación sino

27 *Idem*.

28 Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 35, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), 2014, párr. 32, *https://www.refworld.org/es/leg/general/hrc/2014/es/104763*

que debe ser *efectiva*, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención".[29]

Es que si no se articulan acciones de esta naturaleza cuando las detenciones sin orden judicial se practiquen sobre sectores vulnerables de la población, los estándares internacionales sobre la materia difícilmente se realizarán en la práctica por la aludida dificultad de acceder a la justicia que tienen estos grupos. Con el control judicial el juez no solo revisará la legalidad de la detención, sino que también materializará la vigencia de los otros derechos.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria,* 2014.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas,* 2021.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2018*, *Capitulo IV.B Nicaragua,* 2018.

Comité Contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina*, 2017.

Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 35, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), 2014.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina,* 2016.

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere*, 2015.

Corte IDH, *Acosta Martínez y otros vs. Argentina*, fondo reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2020, Serie C,

[29] Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303, párr. 140.

núm. 410, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_410_esp.pdf* (fecha de consulta: 29 de mayo de 2024).

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187.

Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre 1999. Serie C, núm. 69.

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 289.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39,.

Corte IDH. *Caso González y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 20 de septiembre de 2021. Serie C, núm. 436.

Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303.

Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Serie C, núm. 229.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 173.

Corte IDH. *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C, núm. 411.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 7: control de convencionalidad*.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, 2008.

Leguizamón, Marcos Facundo, "Detención policial sin orden judicial: una problemática común a las provincias", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 9, núm. 2, Buenos Aires, 2019.

Ley Orgánica para la Policía de la Provincia de Corrientes, Decreto-ley 33.

Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *México: Reformas adicionales y una implementación efectiva son esenciales para prevenir la detención arbitraria generalizada, dicen expertos de la ONU,* 2023.

Osio, Alejandro Javier, "Detenciones en la vía pública. Análisis convencional. Es necesario y urgente reformar la legislación pampeana (y las prácticas)", *Revista Pensamiento Penal,* Argentina, 2017.

El derecho a la presunción de inocencia, su regulación en el sistema internacional de protección de derechos humanos y el derecho constitucional mexicano

***

The right to the presumption of innocence, its regulation in the international system for the protection of human rights and Mexican constitutional law

*Sergio Arnoldo Morán Navarro**

Resumen: en nuestro país, derivado de una sentencia de la Corte Interamericana, el Poder Judicial de la Federación, está dispuesto a asumir la plena responsabilidad de la decisión, y permitir que personas que han cometido un delito grave, que hoy en día están enunciados en el artículo 19 constitucional, como delitos que requieren prisión preventiva oficiosa, puedan seguir su procedimiento en libertad provisional bajo caución. De ser así, el posible escenario que tendríamos, pudiera traducirse en un descontento social que se pudiera generar por permitir que personas que cometieron estos delitos, continúen su proceso estando en libertad, solo garantizando la comparecencia de ellos a los juicios bajo caución, sin que se afecte, no solo su derecho a la presunción de inocencia, sino también los derechos de audiencia, debido proceso, legalidad y cualquier

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, profesor titular en la Universidad Autónoma de Nayarit, integrante del Sistema Nacional de Investigadores nivel I del CONAHCYT y profesor con perfil PRODEP, otorgado por la SEP del Gobierno Federal.

otro que puedan hacer valer en todos y cada una de las instancias judiciales.

Abstract: in our country, derived from a ruling by the Inter-American Court, the Judicial Branch of the Federation is willing to assume full responsibility for the decision, and allow people who have committed a serious crime, which today are listed in the article 19 of the Constitution, as crimes that require informal preventive detention, can continue their procedure on provisional release under bail. If so, the possible scenario that we would have could translate into social discontent that could be generated by allowing people who committed these crimes to continue their trial while free, only guaranteeing their appearance at trials under bail, without is affected, not only their right to the presumption of innocence, but also the rights of hearing, due process, legality and any other that they may assert in each and every one of the judicial instances.

Palabras clave: derecho constitucional, derechos humanos, derechos fundamentales, derecho a la presunción de inocencia.

Keywords: constitutional law, human rights, fundamental rights, right to the presumption of innocence.

Sumario: I. El concepto del derecho a la presunción de inocencia. II. La influencia de las disposiciones internacionales que regulan el derecho a la presunción de inocencia. III. El derecho a la presunción de inocencia en el derecho constitucional mexicano. IV. Algunas consideraciones. Referencias.

I. El concepto del derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia a lo largo de la historia ha tenido un tratamiento que ha permitido sentar las bases bajo los cuales, se puede justificar la afectación que puede sufrir una persona en su derecho a la libertad personal. Originalmente, el centro de la discusión se enfocó desde la noción misma de la pureza absoluta; procurando encontrar un sustento ideológico que permitiera justificar la inocencia de las personas desde el nacimiento, y

que es posible mantener hasta la muerte. Recordemos que, en la antigua Roma y hasta el derecho canónico, el principio in *dubio pro-reo*, es posiblemente uno de los aspectos más antiguos que se tengan. Así, Justiniano en el Digesto expresaba "es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente".[1]

Esta máxima que sigue vigente hasta nuestros días, fue una parte fundamental bajo la cual se regulaba este principio de lo más favorable al reo, hasta en la valoración de las pruebas, al grado tal que para Maier, constituyó la "exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible".[2] En este sentido, debe existir, de que los hechos delictivos que son imputados a una persona, deban afectar esa presunción,[3] desde el momento mismo en que una persona va estar sujeta a un procedimiento penal, y queden debidamente demostrados en sentencia.

La idea del derecho a la presunción de inocencia, en opinión de Gozaine,[4] es uno de los elementos que todo proceso penal debe garantizar, y es con la sentencia emitida en sede judicial, que se puede modificar la condición de inocencia de una persona, o en su caso, el juzgador pudiera absolver en la misma, y es así como solo en sentencia, sería posible que se pudiera modificar el estatus que mantiene una persona en la sociedad de inocente. Y es así, como, solo en sentencia, es posible modificar el estatus social de inocente de una persona, y la "condena", permitiría concebir un nuevo estatus del individuo en la sociedad.[5] Para Ferrajoli, el derecho a la presunción de inocencia, implica la aceptación de

---

1 Ulpiano, Digesto, De poenis, citado por Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 494.

2 *Ibidem*, p. 495.

3 Aguilar García, Ana Dulce, *Presunción de inocencia*, CNDH, 2015, p. 22.

4 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional,* de. Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 227.

5 Benavente Chorres, Hesbert, "El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales", *Estudios Constitucionales,* año VII, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile- Universidad de Talca, 2009, pp. 59-89, p. 61.

dos reglas, la primera, consistente en aceptar lo que él denomina como "la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal" y en un segundo término, "la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda".[6]

Para Nogueira Alcalá, una persona tiene una condición previa en la sociedad, de que su comportamiento cumple con las reglas impuestas por el Estado de derecho, es decir, el derecho a la presunción de inocencia, es una condición a *priori,* que permite refrendar que las personas nos comportamos en sociedad de acuerdo con los principios, valores y reglas conferidas en el propio Estado de derecho, y se constituye en consecuencia, como el derecho que tenemos al vivir en sociedad, de contar con la garantía del debido proceso, y de evitar cualquier medida que pudiera provocar un daño a cualquier persona considerada como inocente, hasta que no se demuestre lo contrario en un juicio penal.[7]

En opinión de Gozaine, el contar con el derecho a la presunción de inocencia, no es un elemento que permita exculpar a una persona de su responsabilidad en la comisión de un delito, sino que, se debe traducir, como el derecho que tiene cualquier persona, de que la autoridad tenga la obligación de demostrar en un juicio, con las pruebas aportadas, de la responsabilidad que tuvo una persona en la comisión de un delito, atendiendo al principio de razonabilidad de la decisión judicial.[8] En este punto, es importante resaltar, que para que ello fuera aceptable, cualquier persona tendría el derecho de audiencia, así como el derecho al debido proceso, mismos derechos, que podemos considerar como mínimos indispensables a garantizar en una sociedad democrática.

En este sentido, para Manzini Vizenzo el derecho a la presunción de inocencia contiene una calidad jurídica en la cual,

---

6 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón,* 5a. ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 551.

7 Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", *Revista Ius et Praxis,* núm. 11, Universidad de Talca, 2005, pp. 221 y 222.

8 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil", *Revista Latinoamericana de Derecho,* año III, núm. 6, México, UNAM, 2006, p. 158.

una persona debe considerarse como no culpable penalmente. Y para aceptar la pérdida de esta condición, requiere de elementos racionales que pudieran justificar el bien jurídicamente protegido que se pretende proteger con los procedimientos instaurados en la comisión de un delito, debido a la actuación represiva del Estado, que pretende actuar para evitar un daño o una ofensa mayor por parte del sujeto activo del delito.[9] Pero para justificar esta actuación, se requiere forzosamente de la comprobación de los hechos y de la responsabilidad del sujeto que participa en la comisión de un delito, debido a que a *contrario sensu*, encontramos como parte de los derechos de toda persona, el derecho a la presunción de inocencia, mismo que, la justificación para verse afectada, en todos los casos, debería ser hasta en tanto se pueda lograr la comprobación de la comisión de un delito, y la responsabilidad que tuvo un individuo en la misma.

Para Binder el derecho a la presunción de inocencia implica, que la culpabilidad debe quedar plenamente demostrada,[10] mediante las pruebas aportadas en el juicio, sin que sea necesario que se tuviera que construir la inocencia de una persona. Por lo que, nadie debería ser considerado culpable hasta en tanto no exista una condena, y eso es solo posible obtenerlo a través de una sentencia judicial que así lo decrete.[11] Habría que agregar, que no basta con obtener una sentencia condenatoria, sino que se requeriría, además, que la sentencia haya quedado firme para todos los efectos legales conducentes, es decir, que no se pueda ya modificar por ninguna instancia revisora dentro de las instancias de justicia de un país.

Al respecto, Cárdenas Rioseco considera que:

> [...] la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de

[9] Manzini Vizenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, vol. I, 1951, p. 180.

[10] Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1993, p. 20.

[11] Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.,* p. 9.

carácter delictivo o análogos a estos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.[12]

En este sentido, para Nogueira Alcalá, el principio de presunción de inocencia, permite obtener una perspectiva que impacta en doble aspecto, el primero, centrado en la carga y valor de la prueba, como parte de los requisitos necesarios que va a requerir el juzgador en el juicio. Y el segundo, el razonamiento o consideración que debe tomar en cuenta el juzgador para resolver la litis, es decir el conflicto en sentencia.[13] Al respecto, Martínez Remigio señala la necesidad de considerar que: "La presunción de inocencia extiende su vigencia más allá de la fase del juicio oral, para gozar de virtualidad en el momento de la investigación. Influye en el terreno valorativo, pero trasciende de este para encuadrarse en el aspecto objetivo de la prueba. Es un principio general de directa aplicación por los órganos jurisdiccionales".[14] Es decir, se centra en el tratamiento que debe recibir el indiciado en el procedimiento penal, exigiendo en consecuencia, la afectación mínima de cualquier medida que pudiera restringir los derechos de toda persona sujeta a un procedimiento penal. Legales.

Y al ser así, entonces, el principio de presunción de inocencia representa la garantía que tiene cualquier persona, de ser tratado en todo momento como inocente, y no sufrir la afectación o limitación de cualquier de sus derechos hasta en tanto no exista una sentencia condenatoria, y como afirmamos, siempre que esta sentencia haya quedado firme para todos los efectos legales conducentes.

II. La influencia de las disposiciones internacionales que regulan el derecho a la presunción de inocencia

En el ámbito internacional, el antecedente que logró consolidar la concepción de este derecho se vio reflejada en la Declaración

12 Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La Presunción de Inocencia*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 23.

13 Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.,* p. 9.

14 Martínez Remigio, Zarezca, "Presunción de inocencia en el proceso penal", *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, año III, núm. 5, diciembre de 2005, p. 25.

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, a disponer en el artículo 9 de la Declaración[15] que debe ser severamente reprimido por la ley. El derecho internacional también ofrece cobertura normativa a la presunción de inocencia. El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe el derecho a la presunción de inocencia.[16] También el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)[17] lo regula en los mismos términos. Además, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos igualmente regula el derecho a la presunción de inocencia.[18] En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado que "las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática", que determinó en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*,[19] de ahí que, cumplidas las exigencias legales y constitucionales, es posible que puedan establecerse medidas cautelares al imputado, que, en todo caso, requieren revisarse de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico.

La Corte IDH, en el caso *Suárez Rasero vs. Ecuador*,[20] ha señalado que el principio de presunción de inocencia es el resultado de las garantías judiciales reconocidas en la Convención Ameri-

15 "Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona".

16 "[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

17 "[t]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

18 "[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

19 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párr. 197.

20 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35, párr. 77.

cana sobre Derechos Humanos, por él, se afirma que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Por ello, es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*.[21]

En lo que respecta al juez, este principio exige que "los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, [...] y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado". En ese sentido, "[l]a presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que [sí lo] es".[22] Este principio también vincula a las autoridades públicas. Por él resulta exigible que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquélla.[23]

III. El derecho a la presunción de inocencia en el derecho constitucional mexicano

A raíz de la reforma constitucional de 18 de junio del 2008, el Estado mexicano llevó a cabo la incorporación del derecho a la presunción de inocencia en el artículo 20 apartado B, de los derechos de toda persona imputada.[24] Adicionalmente, también realizó un ajuste a las disposiciones complementarias que permitan sentar las bases para que una persona que se presume su respon-

21 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111, párr. 154.

22 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie c, núm. 220, párr. 184, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, núm. 233, párr. 128.

23 Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 119, párrs. 159 y 160.

24 Artículo 20 [...] apartado B. De los derechos de toda persona imputada: [...] I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; [...]

sabilidad en la comisión de un delito pueda seguir el procedimiento preferentemente en libertad. Al disponer en el artículo 18, primer párrafo.[25]

Incluso, se incorporó al texto constitucional, el catálogo de delitos bajo los cuales es posible determinar la prisión preventiva oficiosa, que tradicionalmente estaba reservada para los delitos que en la legislación procesal penal, estaban señalados como graves, y que tanto la federación como las entidades federativas del país, podía señalar por sí mismas dicho catálogo, propiciando que una misma figura delictiva, tuviera un tratamiento diferenciado según el territorio del país en el cual se cometió el delito. Situación que ya no es posible, debido a que, ahora, el catálogo de delitos que prevé la prisión preventiva oficiosa se encuentra dentro del propio texto constitucional, en el artículo 19, segundo párrafo.

La prisión preventiva es una de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por los juzgados de control, para garantizar la comparecencia de la persona imputada en el juicio, así como para complementar el desarrollo de la investigación y para proteger a la víctima, a los testigos o a la comunidad. Sin embargo, en la práctica, las autoridades ministeriales han solicitado la prisión preventiva, incluso, en aquellos casos en donde no se ha previsto como oficiosa, identificada como prisión preventiva justificada. Esta situación desde antes de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 ya se contemplaba, y los supuestos bajo los cuales era posible solicitarla, estaban debidamente analizados tanto por la doctrina, en los códigos de procedimientos penales vigentes tanto a nivel federal, como de cada una de las entidades federativas.

Sin embargo, en la actualidad, la prisión preventiva justificada, desde la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, desde el 18 de junio del año 2016, ha generado bastante inconformidad entre la comunidad jurídica del país. Ya que la autoridad ministerial, en cualquier delito que no requiera prisión preventiva oficiosa, es decir, sin encontrarse

[25] Artículo 18. Párrafo primero. Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. [...]

la comisión del delito en el catálogo previsto en el artículo 19 de la Constitución mexicana, ha solicitado ampliamente esta medida en otros delitos, propiciando incluso, que los jueces tanto federales como del fuero común, en sus inicios, la concedieran en la mayoría de los casos, situación que había convertido a la medida de prisión preventiva, como una herramienta que está afectando gravemente al derecho a la presunción de inocencia.

La discusión, tanto en el ámbito doctrinal, como aquella que ha derivado en la resolución de los asuntos en los tribunales, ha permitido una amplia y extensa discusión, que inclusive, ha derivado en que algunos juzgadores, han resuelto asuntos decretando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, argumentando en su decisión; de prisión preventiva, incluso de la oficiosa; la autoridad ministerial no expuso los razonamientos para justificar la medida. Situación que es por demás limitada en el análisis, y que, en consecuencia, nos obliga a tratar de encontrar más datos que pudieran entender y justificar esta decisión que puede resultar más compleja de los que pudiera representar en un análisis simple.

Dentro de las razones que se han utilizado, y que se han difundido a nivel social, comentan que la prisión preventiva en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, oral y adversarial, deriva del sistema anglosajón, y que, en aquel sistema, no se autoriza la prisión preventiva de manera oficiosa, sino que, en cada caso, la autoridad judicial revisa la medida, y las razones por las cuales la fiscalía lo solicita, y en su caso, decide si la concede o no. Situación que en un primer término podemos considerar adecuada. Sin embargo, de los datos oficiales que se encuentran disponibles, en el sistema estadounidense, refleja que un porcentaje casi total, todas las conductas constitutivas de la comisión de un delito, que tradicionalmente identificamos como graves,[26] en lo que respecta a la prisión preventiva, son solicitadas por las fiscalías y concedidas por las autoridades judiciales en aquella nación.

[26] Elemento que fue eliminado del Código Nacional de Procedimientos Penales, y que ahora en nuestro país solo se señalan como delitos con prisión preventiva oficiosa, y que en Estados Unidos de América son los homicidios en primer grado, violación, secuestro, narcotráfico, delincuencia organizada, por citar algunos.

Esta cuestión en nuestra nación, debemos recordar que no está regulada en los mismos términos, ya que, si bien es cierto que, el derecho a la presunción de inocencia es un derecho de rango constitucional, y no solo de ese nivel, sino también convencional, lo cierto es también que en nuestra nación encontramos al mismo nivel jerárquico, es decir, en el texto constitucional, las limitaciones que deberán tener los derechos, y en este sentido, la limitación de la presunción de inocencia, solo para el caso de continuar el procedimiento judicial en el cual se estará juzgando a una persona, el indiciado, procesado o inculpado, por utilizar algunas de las denominaciones que recibe una persona cuando se presume su participación en la comisión de un delito de los contemplados con prisión preventiva oficiosa según el artículo 19 constitucional, debe seguir el procedimiento estando recluido en un centro penitenciario.

Dentro del catálogo de medidas cautelares, la prisión preventiva es la más gravosa, porque implica mantener en la cárcel a una persona mientras se desarrolla el proceso. Es decir, significa ir a la cárcel sin condena. Para decidir sobre la prisión preventiva, los juzgados de control deben aplicar los principios de subsidiariedad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En junio de 2008 se introdujo al artículo 19 constitucional una modalidad de aplicación de la prisión preventiva denominada oficiosa o automática, que eliminó la posibilidad judicial de aplicar los principios arriba citados en un debate en el que se discutiera la procedencia o no de la prisión preventiva. Basta con que la fiscalía judicialice la carpeta de investigación imputando la responsabilidad a una persona por la comisión de un delito contenido en el catálogo del artículo 19 constitucional, y que se dicte auto de vinculación a proceso, para que el juzgado de control esté obligado a imponer la prisión preventiva a la persona sin mayor trámite.

Esta realidad, de conformidad con el Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional,[27] en junio de 2022, 226,916 personas se encontraban detenidas, y 92,595 contaban con prisión preventiva. Al respecto, en la Suprema Corte

[27] Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/747188/CE_2022_06.pdf*

de Justicia de la Nación, se encuentra la acción de inconstitucionalidad 130/2019, aun cuando se inició la discusión en octubre de 2021, continúa en trámite en el máximo tribunal de la nación, así como también, existe un amparo en revisión 355/2021, en el cual, los quejosos solicitaron a la justicia federal, la revisión bajo el principio de interpretación conforme en sentido amplio, de las bases contenidas en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y su respectiva armonización tanto con el artículo 19 constitucional y el 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con la finalidad de invalidar la prisión preventiva oficiosa que fue decretada en su contra.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene como limitaciones para el análisis del presente caso, la jurisprudencia 20/2014, que deriva de la contradicción de tesis 293/2011, y que resulta de aplicación obligatoria. Bajo este escenario, la prisión preventiva oficiosa encuentra un sustento importante derivado del resultado de la tesis que se emitió en la contradicción de tesis 293/2011.

En el ámbito internacional, la Corte IDH resolvió el caso *Daniel García y Reyes Alpízar*,[28] misma que resultó en la condena al Estado mexicano, y en consecuencia, determinar como una de las medidas de no repetición, en lo que respecta a las reparaciones, e inclusive, condenando a reformar su legislación con la finalidad de eliminar la prisión preventiva oficiosa, sustentando su determinación en el derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, es importante resaltar que, en lo que respecta a la contradicción de tesis 293/2011,[29] en la cual, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que tanto derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, no se encuentran relacionados en términos jerárquicos, sino que forman parte del parámetro de regularidad

[28] Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

[29] Contradicción de Tesis 293/2011, "SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional", *https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556*

constitucional bajo el cual se estructura el Estado de derecho en nuestra nación. Sosteniendo que, cuando en la Constitución se encuentre una limitación expresa al ejercicio de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, deberán prevalecer los límites previstos en el texto constitucional. Lo anterior, fue decidido, tomando como sustento el artículo primero, párrafo primero de la Constitución mexicana, en contravención a lo dispuesto por el mismo artículo primero párrafo segundo. Es decir, el máximo tribunal del país, decidió privilegiar el principio de interpretación constitucional conforme, respecto al principio pro persona. Esta situación, derivó en la sentencia emitida por la Corte IDH, que condenó al Estado mexicano en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs México*, de 7 de noviembre de 2022.[30]

En este sentido, la Corte IDH examinó la figura del arraigo a la luz de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a aquella regulación contenida en la Constitución mexicana respecto a las limitaciones previstas al derecho a la libertad personal, y determinó que los contenidos en la Constitución mexicana, en su regulación de la limitación al derecho a la libertad personal, van más allá de las que se encuentran reguladas en la Convención Americana de Derechos Humanos respecto al derecho a la libertad personal, situación que derivó en esta condena en la sentencia de noviembre de 2022, en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs México*, que se hizo llegar al Estado mexicano el 27 de enero del 2023, por contravenir la regulación del derecho a la libertad personal previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos.

IV. Algunas consideraciones

En nuestro país, la prisión preventiva oficiosa no se encuentra regulada en los mismos términos que aquellas naciones de tradición del *commun law*, debido a que, en aquellas naciones, si bien es cierto que, cualquier persona que comete un delito sea cual

[30] Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 470.

fuere este, puede solicitar le autorice la libertad provisional bajo caución. Adicional a lo anterior, para Richard M. Aborn y Ashley D. Cannon, la prisión preventiva justificada, en los países de tradición anglosajona, propicia que gran parte de las personas detenidas por la comisión de un delito, y que les decretaron la prisión preventiva justificada, se mantienen en prisión, durante todo el procedimiento del juicio.[31]

Así, en nuestro país, para evitar una amplia discriminación que permite esa discrecionalidad, se utilizó el principio de legalidad y se incorporó a la propia Constitución, en el artículo 19, los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, propiciando que, en todos los casos, quienes sean señalados por su probable responsabilidad en esos delitos que requieren prisión preventiva oficiosa, todos, sin discrecionalidad judicial, deben seguir el procedimiento estando detenidos.

Las recientes decisiones judiciales que varios jueces federales han autorizado, de revocar la prisión preventiva oficiosa en varios procedimientos en los cuales se había cometido un delito de los señalados con prisión preventiva oficiosa por el artículo 19 de la Constitución mexicana, es por demás, de un escaso análisis constitucional, ya que pretende que, para justificar la medida, el Ministerio Público señale las razones por las cuales está solicitando las mismas, situación que el propio texto del artículo 19 de la Constitución mexicana no exige.[32] Hacerlo en esos térmi-

[31] Aborn, Richard M. y Cannon, Ashley D., "Prisiones: encerrados sin sentencia", *Americas Quarterly, https://www.americasquarterly.org/prisiones-encerrados-sin-sentencia/*

[32] Han sido bastantes las decisiones que al día de hoy, han dictado jueces federales para autorizar la libertad provisional bajo caución a personas que han cometido delitos de los señalados con prisión preventiva oficiosa, como lo ha sido la autorizada el 23 de septiembre de 2023 al abogado Juan Collado, *https://elpais.com/mexico/2023-09-22/un-juez-concede-la-libertad-provisional-a-juan-ramon-collado-el-abogado-de-pena-nieto.html*, así como la autorizada el 24 de febrero de 2024 a Emilio Lozoya, *https://www.proceso.com.mx/nacional/2024/2/20/juez-concede-libertad-provisional-emilio-lozoya-324288.html*, o la autorizada el 12 de abril de 2024 a Jesús Murillo Karam *https://lopezdoriga.com/nacional/juez-concede-prision-domiciliaria-exprocurador-jesus-murillo-karam/*, por citar algunos casos relevantes, entre otros del ámbito nacional.

nos, implica incluso confundir las bases bajo las cuales se sustenta el Estado de derecho en nuestra nación, sujetándolas a aquellas que tienen vigencia en la tradición anglosajona, situación que en nuestra nación no está permitida, por ser ampliamente discriminatorias.

Referencias

Aguilar García, Ana Dulce, *Presunción de inocencia*, CNDH, 2015.

Benavente Chorres, Hesbert, "El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales", *Estudios Constitucionales,* año VII, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, 2009.

Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La Presunción de Inocencia*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón,* 5a. ed., Trotta, Madrid, 2001.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil", *Revista Latinoamericana de Derecho,* año III, núm. 6, México, UNAM, 2006.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional,* de. Belgrano, Buenos Aires, 1999.

Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Fundamentos, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Manzini Vizenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, vol. I, 1951. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1993.

Martínez Remigio, Zarezca, "Presunción de inocencia en el proceso penal", *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, año III, núm. 5, diciembre de 2005.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", *Revista Ius et Praxis,* núm. 11, Universidad de Talca, 2005.

Inclusión y diversidad en el contexto del constitucionalismo para la democracia del siglo XXI

***

Inclusion and diversity in the context of constitutionalism for 21st century democracy

*Marina del Pilar Olmeda García**
*Fernando Manuel Castro Figueroa***

Resumen: el estudio que integra este trabajo está referido a la inclusión y diversidad como tema estructural del constitucionalismo, la democracia y el ejercicio de los derechos en el siglo XXI. El objetivo es explicar los antecedentes y la naturaleza de la inclusión y la diversidad, así como su importancia como derecho humano, desde los ámbitos macrosocial y personal. Se parte del convencimiento, de que es imprescindible garantizar el respeto de los derechos humanos y sus garantías a todas las personas sin distinción de su origen étnico, género, edad, estado civil, religión, nacionalidad, lengua, diversidad sexual, situación económica y cualquier otra condición física o social que diferencie a unos seres humanos de otros.

La metodología aplicada para esta investigación incluye los enfoques cualitativo y cuantitativo. En el ámbito cualitativo se seleccionó y analizó el marco teórico conceptual correspondiente a diferentes campos del conocimiento, particularmente las humanidades y las ciencias sociales. La aplicación de la investigación cuantitativa se realizó a través de la revisión de información de datos y resultados estadísticos y numeralia, así como reportes para toma de decisiones y resultados de estudios de instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil sobre este tema.

Abstract: the study integrated into this work addresses inclusion and diversity as a structural theme of constitutionalism, democracy, and the exercise of rights in the 21st century. The objective is to explain the background and nature of inclusion and diversity, as well as their importance as human rights, from both macro-social and personal perspectives. It is based on the conviction that it is essential to ensure the respect of human rights and guarantees for all individuals, regardless of their ethnic origin, gender, age, marital status, religion, nationality, language, sexual diversity, economic situation, and any other physical or social condition that differentiates one human being from another.

The methodology applied to this research includes both qualitative and quantitative approaches. In the qualitative domain, the theoretical and conceptual framework from various fields of knowledge, particularly the humanities and social sciences, was selected and analyzed. The quantitative research was conducted through the review of data and statistical results, as well as reports for decision-making and results of studies by public institutions and civil society organizations on this topic.

Palabras clave: inclusión, diversidad, derechos humanos, equidad, exclusión.

Keywords: inclusion, diversity, human rights, equity, exclusion.

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento. III. Marco teórico conceptual. IV. Naturaleza e implicaciones de la inclusión y diversidad. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El presente trabajo es producto de dos líneas de investigación amplias sobre derechos humanos y ética jurídica que se realiza en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California, UABC, y que coordina la autora. En el presente caso, se trata de un estudio delimitado a la inclusión y diversidad como un derecho humano imprescindible del constitucionalismo para la democracia en el siglo xxi.

La primera premisa de este estudio es el reconocimiento de que la inclusión y el respeto a la diversidad revisten una gran importancia en la construcción de sociedades democráticas, además de contribuir para el alcance del fin último del Estado, el bien común. Ainscow conceptualiza a la Inclusión, como una "búsqueda interminable de formas más adecuadas de responder a la diversidad".[1] Por su parte, la diversidad es conceptualizada por Melba Adriana Olvera, como "la variedad de diferencias entre las personas".[2] Estas van desde la religión, raza, cultura, género, orientación sexual, experiencias de vida, entre otras particularidades humanas que identifican en su individualidad a las personas. Es decir, la inclusión pretende garantizar que estas diferencias sean reconocidas, respetadas y valoradas con la finalidad de alcanzar la mayor equidad entre los seres humanos.

Otra premisa de que parte esta investigación, es que la diversidad no puede quedar limitada al ámbito individual de los caracteres o condición personal de cada ser humano, sino que por el contrario la inclusión tiene también un ámbito macro que es el que comprende las diferencias entre las personas en sociedad, los grupos humanos o las regiones del mundo y las naciones. Este tipo de inclusión se explica más desde su contraste, por lo que utilizaremos los términos "exclusión" y "desigualdad"; estas se generan a través de modelos, de relaciones socioeconómicas, como los casos del imperialismo, feudalismo, mercantilismo, colonialismo y en el presente el neoliberalismo entre otros sistemas de sometimiento.

Asimismo, se puede afirmar que la inclusión y diversidad se encuentran ampliamente relacionadas, toda vez que la inclusión implica reconocer, respetar, valorar y celebrar la diversidad existente en las sociedades multiculturales. En efecto, el multiculturalismo responde al reconocimiento de la diversidad, en una época en la que la globalización es un elemento del desarrollo de las naciones. Habrá que reconocer también que la Inclusión abar-

---

1 Ainscow, Mel, "Desarrollo de sistemas inclusivos", ponencia presentada en el *Congreso "La respuesta a las necesidades educativas especiales en una escuela vasca inclusiva"*, San Sebastián, p. 12, *https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO6565/mel_ainscow.pdf*

2 Olvera Rodríguez, Melba Adriana, *Inclusión y diversidad*, México, 2024, p. 20.

ca múltiples ámbitos como el educativo, cultural, social, laboral y político, entre los más importantes.

Desde un enfoque de derechos humanos, la inclusión tiene la función fundamental de garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos y sus garantías a todas las personas, independientemente de su origen étnico, género, edad, estado civil, religión, nacionalidad, lengua, diversidad sexual, condiciones económicas, sociales o de salud y cualquier otra identidad particular propia de cada ser humano. En este orden de ideas, la autora Narelly Soto Builes afirma, que la inclusión "hace referencia a metas comunes para disminuir y sobrepasar todo tipo de exclusión, desde una perspectiva de derecho basada en los conceptos de igualdad y libertad, principios fatales de toda democracia [...]".[3] Así, la inclusión es un proceso que tiene como finalidad que todas las personas, independientemente de sus particularidades, puedan hacer valer sus derechos y favorecerse de las oportunidades presentes en su contexto social, partiendo de la base del respeto a la dignidad de los seres humanos.

Objetivo. El objetivo de esta investigación es presentar los antecedentes y explicar la naturaleza y el reconocimiento de la Inclusión y diversidad como un derecho humano en los diferentes contextos de la convivencia humana, desde una visión del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos.

Hipótesis. Se parte de la hipótesis, de que la inclusión es un derecho humano de primera importancia para promover la igualdad y disminuir las inequidades que generan la pobreza, la carencia, la limitación de oportunidades, que se traducen a su vez en el bajo desarrollo de algunas regiones y naciones del mundo. Por lo que es necesario impulsar políticas públicas, programas y acciones de gobierno a la luz del constitucionalismo contemporáneo y del avance de los derechos humanos, como un proceso para garantizar la participación plena y equitativa de las personas, sin discriminación ni diferencias por motivo de etnia,

[3] Soto Builes, Narelly, ¿Diversidad-inclusión vs. transformación?, *El Ágora USB, Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 7, núm. 2, Colombia, Julio-diciembre, 2007, p. 325.

edad, género, capacidades diferentes, orientación sexual, religión y otras identidades particulares de cada ser humano y por grupos, tratándose de naciones y regiones del mundo.

Metodología. La metodología aplicada para esta investigación siguió un enfoque tanto cualitativo como cuantitativo. En el ámbito cualitativo se seleccionó y analizó un vasto marco teórico conceptual, a partir del amplio y profundo desarrollo de ideas que abarca varios campos multidisciplinarios sobre este tema, desde diferentes ciencias, que incluyen particularmente la antropología, la filosofía, la sociología, la política, la psicología y en especial la ciencia jurídica. Se suma a este análisis cualitativo, el examen del marco normativo sobre el tema que incluyen el también profundo desarrollo convencional en lo universal, lo regional, lo internacional y en lo nacional, tanto bases constitucionales como legislación secundaria. En la investigación cuantitativa se revisaron diferentes estudios de instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y organismos públicos, que dan cuenta de estándares, porcentajes, medias, estadísticas y percepciones que delimitan la amplitud y profundidad de la numeralia para valorar los alcances del problema de investigación.

En su estructura, este trabajo se sistematizó, después de esta introducción, en tres apartados, un planteamiento donde se presenta, delimita y se explica la justificación del tema. En un segundo eje temático se integra el marco teórico en los límites que permiten los requisitos establecidos para estos trabajos. En un tercer eje temático se presenta el resultado del análisis de la naturaleza e implicaciones de la inclusión y la diversidad. El trabajo se cierra con las conclusiones a que nos llevó la investigación.

II. Planteamiento

El concepto de inclusión tiene su origen en las luchas sociales de la historia de la humanidad, en las que los grupos sociales vulnerables o más desprotegidos exigen del Estado el reconocimiento, protección y una respuesta contra la exclusión y discriminación. Se afirma, que "ante una sociedad por sí misma excluyente, y por esto generadora de víctimas, es necesario buscar otras fuentes

del bien común a largo plazo más radicales y no coyunturales, que favorezcan la justicia, la equidad y la inclusión de todos en nuestra sociedad".[4] En coincidencia, en el presente el reconocimiento de la inclusión y el respeto a la diversidad son elementos indispensables en la construcción de sociedades democráticas.

La inclusión comprende tanto las relaciones entre naciones, las decisiones de gobierno, las institucionales y las interpersonales. Incluye afectividad, emociones, tolerancia, prudencia y con el entendimiento de reconocer al otro como otro. La doctrina afirma, que "la inclusión integra [...] las emociones, la afectividad y la capacidad de las personas de aceptar a otro y convivir en armonía aceptando las diferencias".[5] Deberá asimismo considerarse que en el presente la comprensión de la inclusión adquiere mayor importancia en un mundo globalizado e interconectado donde se relacionan y cohabitan diferentes culturas y personas con experiencias, perspectivas y entendimiento de manera diversa; esto hace necesario el respeto a las diferencias para facilitar a las personas alcanzar un ejercicio pleno de sus derechos. María Candau Vera afirma, que "se promueve inclusión cuando se reconoce que vivimos en sociedades multiculturales y se educa para valorar y practicar la comunicación y el diálogo entre culturas, la interculturalidad". [6]

Otro ámbito de entendimiento de este tema es el referido a la materialización y efectividad de la inclusión. Habrá que considerar la exigencia para el Estado de actuar a través de políticas públicas, acciones, programas y medidas que promuevan la inclusión y su respeto en los diferentes ámbitos de la vida humana, particularmente el educativo, el laboral y el político. Se afirma, que "para que, por medio de la implementación de políticas y

[4] Mínguez Vallejos, R., Romero Sánchez, R. y Gutiérrez Sánchez, M., "La alteridad como respuesta educativa frente a la exclusión social", *Revista Complutense de Educación*, vol. 24, núm. 1, Madrid, 2017, pp. 35-38.

[5] Reverón, C. A., Rodriguez, V. L., y Hernández, C. H., *La inclusión escolar de los niños con necesidades especiales*, España, Canarias: formación y estudios, 2017.

[6] Candau, Vera María, "Derechos humanos y educación intercultural", Prats, Enrique, *Multiculturalismo y educación para la equidad*, Barcelona, Editorial Octaedro, 2007, pp. 45-60.

el reconocimiento de las diferencias, movilice y empodere a los grupos de atención prioritaria".[7] Ciertamente, es indispensable que las políticas del Estado aborden las problemáticas que ocasionan la desigualdad y discriminación, de forma que otorguen la mayor protección en la esfera jurídica de los grupos minoritarios. Desde las decisiones de Gobierno la inclusión de toda la población en los beneficios del desarrollo tiene una importancia fundamental. Se sostiene, que en América Latina las debilidades que existen en las instituciones, y en nuestra práctica política se adolece de desigualdades. José Miguel Inzunza lo afirmó desde hace varios años "la plena vigencia de la democracia en América adolece de un grave problema de desigualdad, que no solo afecta a la convivencia democrática, sino que es también un obstáculo para un crecimiento sano".[8]

El actuar del Estado para favorecer la inclusión se encuentra estrictamente vinculado con la democracia y los derechos humanos. En efecto, la democracia como forma de gobierno implica el derecho de todo ciudadano a participar en las decisiones de gobierno y naturalmente, es una obligación del Estado el crear un ambiente inclusivo a través de prácticas que permitan la participación. La inclusión en los sistemas gubernamentales debe privilegiar la dignidad humana, la tolerancia, el respeto a las diferencias, la igualdad y naturalmente los derechos humanos en su conjunto. Esto, no implica solo los cambios e innovación a los sistemas y estructuras existentes, sino a la creación de nuevos sistemas incluyentes, considerando las diferencias.

III. Marco teórico conceptual

En el presente, se observa un aceptable desarrollo teórico sobre el tema de estudio de esta investigación. La inclusión y diversidad en el campo del conocimiento, si bien es un tema integrado en la filosofía y en el estudio de los valores en particular, ad-

7 Olvera Rodríguez, Melba Adriana, *Inclusión y diversidad*, México, 2024, p. 14.

8 Insulza, José Miguel, "Desigualdad, democracia e inclusión social", *Desigualdad e inclusión en las Américas: 14 Ensayos*, 2a. ed., Estados Unidos de América, OEA, 2011, p. 13.

quiere visibilidad y entendimiento en el camino sobre el reconocimiento de los derechos humanos y su alto desarrollo teórico y normativo. Históricamente la inclusión se ha dado como un proceso social, político, cultural y económico, que tiene como objetivo lograr mayor equidad y cerrar brechas de desigualdad social en materia de desarrollo.

El diccionario de la lengua española define la inclusión, como "Del lat. inclusio, -ōnis. Acción y efecto de incluir [...]. Sinónimos o afines de inclusión: introducción, inserción, incorporación, instalación, penetración, colocación, publicación. Antónimo u opuesto de inclusión: exclusión".[9] Por su parte el diccionario panhispánico del español jurídico define la inclusión social como "Principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás."

Es aceptado que el concepto de exclusión social surgió con la obra de Rene Lenoir titulada *Les Exclus: Un Français sur dix* publicada en 1974. En esta obra, el autor sostiene, que el término exclusión se refiere a una proporción considerable de la población, que, por diversas razones, había quedado desprotegida de la seguridad social provista por el Estado. Lenoir identificó dentro de esta población a quienes padecían de desempleo recurrente y/o durante largo tiempo, personas con discapacidades físicas, suicidas, niños abusados, drogodependientes, delincuentes, padres solteros, personas asociales, etcétera.[10]

La inclusión social es una perspectiva que reconoce la importancia de las capacidades, las oportunidades y la dignidad de las personas para participar en la sociedad a partir de la igualdad de

[9] Diccionario de la Lengua Española, *Inclusión*, *https://dle.rae.es/inclusi%C3%B3n*

[10] AMEXCID, *Inclusión social: marco teórico conceptual para la generación de indicadores asociados a los objetivos de desarrollo sostenible*, México, Kunts Grafico, 2016, p. 46.

oportunidades. Lo anterior se halla directamente vinculado con el enfoque de derechos humanos, con la idea de colocar al individuo en el centro del desarrollo y con dar una respuesta política a los problemas de integración de las sociedades modernas.[11]

El enfoque de la inclusión social reconoce que los retos para el desarrollo incluyente, consisten en enfrentar las causas estructurales de la pobreza y desigualdad. Joan Subirats sostiene, que "el alcance del desarrollo precisa combatir estos condicionamientos estructurales y, por lo tanto, las políticas públicas orientadas a ello deben considerar los determinantes sociales, económicos e institucionales que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales".[12]

Desde un enfoque de derechos humanos, el concepto de inclusión social remite directamente a los principios de ciudadanía. La exclusión se torna entonces en una violación explícita de derechos que inhibe su ejercicio pleno y conlleva una negación de la ciudadanía.[13] Por su parte, Victor Abramovich plantea, que la inclusión que rigen las políticas de desarrollo pueden enriquecerse si se alinean con los principios de los derechos, principalmente los que están relacionados con la igualdad y no discriminación.[14]

La inclusión social es definida por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo como un proceso sistemático y permanente de las sociedades para hacer cumplir, respetar y proteger los derechos humanos de todos los individuos de una sociedad por medio de la garantía de condiciones de igualdad, con independencia del origen social de las personas.[15] En este

---

11 DESA, *Analysing and Measuring Social Inclusion in a Global Context*, Nueva York, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2010.

12 Subirats, J. et al. (dirs.), *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, España, Fundación "La Caixa", 2004.

13 CEPAL y UNICEF, "La pobreza infantil en América Latina", *Desafíos*, núm. 1, Santiago de Chile, 2004.

14 Abramovich, Victor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL*, núm. 88, 2006, pp. 35-50.

15 PNUD, *Inclusión social: marco teórico conceptual para la generación de indicadores asociados a los objetivos de desarrollo sostenible*, México, 2016, p. 32.

programa se explica que la inclusión social tiene las siguientes características:

- Garantiza las oportunidades de desarrollo individual, la independencia social y la generación de capacidades para contribuir con la sociedad.
- Está directamente relacionada con el acceso a derechos, instituciones y recursos.
- Protege el acceso al mercado, la redistribución económica, la participación plena y la cohesión social.
- Genera igualdad de condiciones en las relaciones sociales cotidianas e inhibe los factores estructurales de desigualdad social.[16]

Por su parte, la socióloga francesa Hilary Silver sostiene, que "la exclusión social ganó relevancia en Francia durante los años ochenta, en un contexto histórico en el que se sufría una crisis económica y el surgimiento de problemas sociales como la segregación territorial, integración de inmigrantes, el desempleo, entre otros problemas que aquejaron a la sociedad francesa durante aquella década.[17] En efecto, el concepto de inclusión se relaciona implícitamente en referencia a la exclusión social, en la medida en que se da por sentado que la primera sería una especie de proceso contrario a la segunda, "por lo tanto, identificar y atacar sus causas favorecería la generación de una sociedad más incluyente."[18] En este sentido, la exclusión social se entiende como un proceso sistemático de limitación a grupos sociales y colectivos, al acceso a derechos humanos y desarrollo social, por la disparidad en los estratos sociales de las personas y en sus relaciones sociales de desigualdad.

La actual secretaria de relaciones exteriores de México, Alicia Bárcena Ibarra define la inclusión, como "el proceso mediante el cual se logra la igualdad y se superan las disparidades en la productividad, las aptitudes (educación) y el empleo, la segmentación del mercado laboral y la informalidad, que son las causas

16 AMEXCID, *op. cit*., p. 49.

17 Silver, Hilar, "Exclusión social y solidaridad social: tres paradigmas", *Revista Internacional del Trabajo OIT,* vol. 113, núm. 5-6, pp. 607-662.

18 AMEXCID, *op. cit*., p. 45.

principales de desigualdad".[19] En efecto, un énfasis particular de la doctrina sobre la inclusión es, que el principio de igualdad debe estar presente en las políticas públicas, por lo que debe priorizarse un enfoque de desarrollo incluyente, en el que se integre a los grupos vulnerables de la sociedad, niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas con capacidades diferentes, grupos originarios y migrantes, entre otros grupos. Así mismo, se recomienda atender las causas de la desigualdad social, entre ellas la pobreza, la desigual distribución del ingreso y bajo acceso a la educación, entre otros para lograr objetivos de desarrollo.

Otro planteamiento de la doctrina es el referido al principio de transversalidad. Se sostiene, que este principio es fundamental tanto en las políticas de inclusión social como en sus posibilidades de medición en la medida en que exige identificar concretamente cuáles son los grupos más vulnerables o susceptibles para padecer procesos de exclusión social. En el presente, se encuentran factores estructurales de desigualdad social como la pertenencia a minorías étnicas, el género, la diversidad sexual, las personas con capacidades diferentes, entre otros. Se afirma, que "en la etapa del curso de vida por la que atraviesa un individuo, las zonas geográficas de residencia o la pertenencia a una minoría étnica, se convierten en ejes de estructuración indispensables para observar cualquier política pública orientada a la inclusión social".[20]

En el campo del derecho habrá que partir de los sólidos principios y valores que sustentan los derechos humanos. Cabe considerar que el altísimo reconocimiento alcanzado desde mediados del siglo XX a los derechos humanos permitió un alto respeto, garantía y promoción de estos. En efecto, el elevado desarrollo teórico, casi inabarcable de los derechos humanos, generó conciencia en la humanidad sobre derechos, al visualizar, al explicitar, al denunciar, derechos nunca antes percibidos por la humanidad, lo que no deja de representar una vergüenza. Cómo es posible que la humanidad, que después de tantos siglos antes y después de Cristo, no haya percibido derechos tan presentes y actuantes

[19] Bárcena, Alicia, *Equality and social Inclusion, 2014*, p. 39.

[20] AMEXCID, *op. cit*., p. 22.

como los de la infancia, los de género, el de las personas de la diversidad sexual, personas con capacidades diferentes, adultos mayores, pueblos originarios y otros grupos excluidos. Cómo es posible también que algunos de estos derechos se hayan ganado a través de cuotas, de cambios normativos y no en el mundo de los hechos, cómo las cuotas de género en materia política. Cómo es posible que otros tantos derechos se hayan ganado con sentencia en mano, y como algunos afirman "a golpe de sentencia", como algunos derechos sucesorios, de prestaciones laborales, y pensiones alimenticias, entre otros.

IV. Naturaleza e implicaciones de la inclusión y diversidad

Se ha sostenido a lo largo de este estudio, que en una visión integral, la inclusión se presenta tanto en un nivel macro como a un nivel micro. En el ámbito macrosocial, la inclusión se explica mejor en sentido contrario, como la exclusión o desigualdades entre las regiones y las naciones del mundo. En un ámbito micro o de comunidad, es aquella que se presenta en las relaciones interpersonales e institucionales en los diferentes ámbitos de la vida humana. Estas diferentes dimensiones de exclusión dan origen a desigualdades e inequidades, que son igualmente lesivas y tienen consecuencias y efectos que impactan en el goce y ejercicio de los derechos de las naciones, de las sociedades y de las personas.

Así, desde la teoría y desde el mundo de la realidad, la inclusión se visualiza en muy diferentes ámbitos y dimensiones. Podemos partir de los inicios de la humanidad por regiones y por naciones; aquí, la exclusión aplicada como contraria a la inclusión siempre ha estado presente cuando las naciones fuertes y poderosas intentan y logran dominar, sojuzgar o hasta explotar a las naciones más débiles. Esto se demuestra a través de fenómenos graves como los grandes imperios de la antigüedad, el feudalismo y el colonialismo de la edad media, el imperialismo del siglo XIX, hasta el presente con el capitalismo y el neoliberalismo, donde la hegemonía de las naciones poderosas se impone sobre los derechos de las naciones más débiles, situación que padecen en el

presente regiones como Latinoamérica, gran parte de África y algunas regiones de Asia.

Al interior de las naciones, la exclusión o no inclusión está presente a través de las políticas públicas, en materias económicas, fiscales en particular, así como las sociales y culturales. La humanidad no ha encontrado el justo equilibrio entre lo que debe corresponder de la plusvalía al propietario de los medios de producción y a los que aportan su fuerza de trabajo, ya sea intelectual o físico. En estos dos grandes ámbitos de la macroexclusión se centra un eje de análisis estructural de nuestro tema, con grandes exigencias para la generación del conocimiento mediante orientaciones y recomendaciones que se plantea para los estudiosos de las humanidades y de las ciencias sociales, particularmente para la economía y la ciencia jurídica.

El amplio desarrollo teórico y normativo de los derechos humanos, aunque con más lentitud en el mundo de la realidad, que se expuso en el apartado del marco teórico de este trabajo, propició nuevas visiones para la identificación de derechos y garantías nunca antes concebidos. Se ubican aquí el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la objeción de conciencia, a una muerte digna, a la movilidad, entre otros derechos, y naturalmente, el derecho a la inclusión que se explica en este trabajo. Pasaremos en seguida a exponer breves ideas sobre la inclusión en algunas materias.

Pueblos originarios. La historia de Latinoamérica y México en particular, está marcada por una exclusión de los pueblos originarios, desde la época colonial por parte de las naciones europeas al continente americano. Philipp Altmann afirma, que "la población indígena en América Latina ha sufrido marginalización y exclusión desde la conquista del continente".[21] De acuerdo, el encuentro de dos mundos o la conquista, como se quiera entenderlo, partió de la imposición de estructuras sociales que excluyeron y segregaron a los pueblos originarios.

[21] Altmann, Philipp, "Los pueblos indígenas, en el buen vivir global, un concepto como herramienta de inclusión de los excluidos", *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, vol. 8, núm. 1, Ecuador, 2019, p. 60.

En el presente, se tiene el convencimiento de que los pueblos originarios requieren del Estado un reconocimiento y protección de sus derechos y garantías que permitan su desarrollo por medio del orden jurídico y de políticas públicas que lo materialicen en sus comunidades. La doctrina afirma, que los pueblos originarios "gozaban teóricamente de derechos individuales, en tanto, estos no se realizaban debido a que sus identidades culturales eran denegadas como formas de vida inferiores y los recursos materiales que las sustentaban eran apropiados para incrementar el poder de las élites".[22] Ciertamente, si bien los derechos de los pueblos originarios se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico, estos no se materializan, por lo que la inclusión social de este grupo no es efectiva. La exclusión de los pueblos originarios comprende amplios ámbitos, en los que se incluyen la educación, el trabajo y la política.

Educación. En el ámbito educativo, el concepto de inclusión se consolidó con la sustitución del de "integración"; este último hacía referencia a incorporar o incluir alumnos con capacidades especiales que se atendían en el sistema de educación especial. Desde la visión de algunas disciplinas como la psicológica y la sociología explicaron que el concepto integración no alcanzaba para entender la finalidad de incluir a la sociedad a personas con capacidades diferentes. En ese sentido Martin González explica, que "La inclusión es un concepto teórico de la pedagogía que hace referencia al modo en que la escuela debe dar respuesta a la diversidad. En coincidencia con el autor anterior, se identifica el término inclusión surge en los años 90 y pretende sustituir al de integración, hasta ese momento el dominante en la práctica educativa"[23]. En efecto, la inclusión en la educación se identifica como un proceso que integra experiencias y aprendizaje con un sentido de equidad en el trato, pedagogías y didácticas particulares para niños y niñas con capacidades diferenciadas que exige del compromiso y participación de todos

[22] Millaleo Hernández, Salvador, "¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas", *Revista de Derecho*, vol. XXXII, núm. 1, Chile, 2019, p. 41.

[23] Martín González, Dulce María *et al*., "Teorías que promueven la inclusión educativa", *Atenas*, vol. 4, núm. 40, 2017, pp. 90-104.

los agentes involucrados, familia, profesores, personal académico y la comunidad.

Trabajo. En el presente, la exclusión laboral es una problemática que afecta a los grupos sociales minoritarios. Este tipo de exclusión puede ser motivada por diferentes causas, por razón de género, discapacidades, orientación sexual, edad, entre otras. Issa Castrillo explica, que "La exclusión laboral en cualquiera de sus manifestaciones se trata de la violación del derecho humano al trabajo, y como toda violación de derechos humanos es injustificable".[24] La Organización Internacional del Trabajo ratifica, que la inclusión laboral implica que los trabajadores de una empresa, "sin distinción alguna, tengan la capacidad de prosperar y contribuir plenamente en el trabajo en un entorno libre de discriminación".[25]

Uno de los grupos sociales que se observan más afectados por la discriminación en el empleo son las personas con capacidades diferentes. En estos se encuentran, por la limitada oferta de empleo, poca o nula capacitación de las empresas para recibir y tratar a estas personas, una brecha de desventaja en la capacitación y una deficiencia en el acondicionamiento de los centros de trabajo para sus necesidades particulares. Otro grupo social que se ve afectado por la discriminación en el empleo son las personas jóvenes, a quienes frecuentemente se les niegan oportunidades laborales por la falta de experiencia, o se les ofertan empleos informales o precarios, o salarios menores comparados con trabajadores con más experiencia. Se afirma, que "la juventud ostenta más años de escolaridad formal que las generaciones precedentes, pero duplica o triplica el índice de desempleo respecto de aquellas".[26] Ciertamente, a pesar del grado académico que os-

[24] Castrillo Issa, Valentina, "La inclusión laboral: ¿Qué es y por qué tiene que importarnos?", *Factor Trabajo*, 2022, *https://blogs.iadb.org/trabajo/es/la-inclusion-laboral-que-es-y-por-que-tiene-que-importarnos/*

[25] OIT, "Diversidad e inclusión de la fuerza de trabajo. Es esencial intensificar los progresos en materia de diversidad e inclusión para crear lugares de trabajo productivos y resilientes", Suiza, *https://www.ilo.org/es/resource/news/es-esencial-intensificar-los-progresos-en-materia-de-diversidad-e-inclusion*

[26] Castro Saucedo, Laura K., García Cadena, Cirilo H. y López Estrada, Raúl

tenten los jóvenes, se enfrentan con más dificultades para obtener un empleo por diversos factores, como la falta de redes de apoyo y el menosprecio de los empleadores por el estereotipo de que los jóvenes tienen menos capacidades.

Personas con capacidades diferentes. Este grupo de personas representa otro sector vulnerable importante de la sociedad que con frecuencia sufre de discriminación y exclusión. La Organización Mundial de la Salud sostiene, que:

> Se calcula que 1300 millones de personas, es decir, el 16% de la población mundial, sufren actualmente una discapacidad importante. Esta cifra está aumentando debido al crecimiento de las enfermedades no transmisibles y a la mayor duración de la vida de las personas. Las personas con capacidades diferentes constituyen un grupo diverso, por lo que sus experiencias vitales y a sus necesidades en materia de salud se ven afectadas por factores como el sexo, la edad, la identidad de género, la orientación sexual, la religión, la raza, la etnia y la situación económica. Las personas con capacidades diferentes mueren antes, tienen peor salud y experimentan más limitaciones en su actividad cotidiana que las demás.[27]

Ciertamente, ante el incremento de la población en situación de capacidades diferentes, deben fortalecerse las políticas públicas, los programas y acciones de gobierno, particularmente en materia de salud, educación, trabajo y movilidad entre otros, tendientes a lograr la inclusión de estas personas con equidad con una visión hacia su mejor calidad de vida.

Género. Por lo que respecta a las diferencias en el ejercicio de los derechos entre los géneros, Mónica Ayala Mira en materia de género explica, que "los procesos de desigualdad social suelen afectar de manera diferenciada a hombres y mujeres".[28] Se coincide, las identidades de género y roles sexuales ubican significa-

E., "Exclusión social, inclusión política y autoestima de jóvenes en pobreza, Monterrey, México", *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXVI, núm. 1, Universidad del Zulia, Venezuela, enero-marzo 2020, p. 40.

27 OMS Ginebra, *Discapacidad*, 2023, *https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health*

28 Ayala M. y García G., *Diversidad Metodológica en la investigación Psicosocial*, México, UABC, 2018, p. 50.

tivamente en desigualdad a hombres y mujeres; hay caracteres fisiológicos, controles corporales, así como expectativas de cada género, de manera diferenciada. La misma autora ratifica que "Las mujeres se ubican en espacios de segregación que resultan prácticamente infranqueables cuando sus orígenes sociales son humildes".[29] Habrá que agregar a lo expuesto por la autora, que a esto se suma la pertenencia a una comunidad originaria, la edad, y la belleza, entre otras condiciones de desigualdad.

Es amplia y profunda la inequidad y exclusión en materia de género y en esos mismos términos pudiéramos seguir exponiendo en este trabajo, no obstante, sus límites nos detuvieron.

Personas de la diversidad sexual. La exclusión en este grupo social es una de las más graves, así se visualiza en el transcurso de la humanidad. Puede afirmarse que en su devenir histórico la humanidad negó esta realidad, y no fue sino hasta en el siglo xx con el conocimiento de las ciencias de la salud y de las propias humanidades a la par del reconocimiento de los derechos humanos que se acepta la existencia de esta condición en este grupo de personas. El Instituto Mexicano de la Juventud declara, que "en México, la discriminación ejercida por orientación sexual, identidad y expresión de género o por características sexuales es un fenómeno estructural que muy lejos de limitarse a casos que sean aislados o aleatorios, son una forma de exclusión que se manifiesta en acciones repetidas y generalizadas que sobre la base de estereotipos restringen los derechos de las personas." [30] Habrá que agregar, que este tipo de discriminación no se manifiesta en casos particulares, sino que se realiza de forma sistematizada, no contra una persona en específico sino al colectivo en su conjunto.

Migración. Tratándose del derecho humano a la movilidad, como la migración, hay que considerar la importancia de la inclusión. Se afirma, que

---

[29] Ayala M. y García G., *Diversidad metodológica en la investigación psicosocial*, México, UABC, 2018, p. 50.

[30] Instituto Mexicano de la Juventud, *¿Qué significa LGBTTTIQ?*, Gobierno de México, 2017, *https://www.gob.mx/imjuve/articulos/que-significa-lgbtttiq/*

> La integración de los migrantes ha adquirido relevancia en el panorama mundial con la llegada de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en la que se hace un llamamiento a no dejar a nadie atrás, incluidos los migrantes. Sin embargo, la esfera de la integración de los migrantes ha sido un tema que, tradicionalmente, ha estado polarizado y los datos relacionados con esta cuestión suelen circunscribirse a los países de ingresos altos.[31]

Estamos de acuerdo en que la inclusión, en materia de movilidad implica no segregar a quienes tienen la calidad, por lo que deben crearse políticas y protocolos migratorios que consideren, además de los aspectos básicos de salud y vida, la importancia de cuidar la dignidad de las personas. Así, el derecho humano a la inclusión exige el reconocimiento de los derechos de los migrantes y su integración a las sociedades locales.

V. Conclusiones

El reconocimiento de la inclusión y el respeto a la diversidad adquieren una gran importancia en la construcción de sociedades democráticas y contribuyen en el alcance del bien común como finalidad del Estado. En este estudio, la inclusión no se limita al ámbito individual, a la condición personal de cada ser humano, por el contrario, la inclusión tiene una amplitud que comprende las diferencias entre los grupos humanos de las regiones del mundo y de las naciones.

El amplio desarrollo teórico y normativo de los derechos humanos, aunque con más lentitud en el mundo de la realidad, propició nuevas visiones para la identificación de derechos y garantías nunca antes concebidos. Este salto sustantivo de valoración por la humanidad de los derechos abrió espacios para el conocimiento en el ámbito científico y el reconocimiento en la vía de los hechos de derechos estructurales del ser humano como el que se analiza en este trabajo, la indiscutible inclusión y el reconocimiento, también indiscutible, de la diversidad.

---

[31] Portal de datos sobre migración, *Una perspectiva global. Integración de los Migrantes*, Berlín, 2020, *https://www.migrationdataportal.org/es/themes/integracion-de-los-migrantes*

En el ámbito macrosocial, la inclusión se explica mejor en sentido contrario, como la exclusión o desigualdades entre las regiones y las naciones del mundo. En un ámbito micro o de comunidad, es aquella que se presenta en las relaciones interpersonales e institucionales en los diferentes ámbitos de la vida humana. Estas diferentes dimensiones de exclusión dan origen a desigualdades e inequidades, que son igualmente lesivas y tienen consecuencias y efectos que impactan en el goce y ejercicio de los derechos de las naciones, de las sociedades y de las personas.

La inclusión y la diversidad se encuentran relacionadas ampliamente, toda vez que la inclusión implica reconocer, respetar, valorar y celebrar la diversidad existente en las sociedades multiculturales. El multiculturalismo responde al reconocimiento de la diversidad, en una época en la que la globalización es un elemento del desarrollo de las naciones. Habrá que reconocer también que la Inclusión abarca múltiples ámbitos como el educativo, cultural, social, laboral y político, entre los más importantes.

Desde un enfoque de los Derechos Humanos, la Inclusión tiene la función esencial de garantizar el respeto y la protección de estos derechos y sus garantías a todas las personas, independientemente de su origen étnico, género, edad, estado civil, religión, nacionalidad, lengua, diversidad sexual, condiciones económicas, sociales o de salud y cualquier otra identidad particular propia de cada ser humano. Así, la inclusión es un proceso que tiene como finalidad que todas las personas, independientemente de sus particularidades, puedan hacer valer sus derechos y favorecerse de las oportunidades presentes en su contexto social, partiendo de la base del respeto a la dignidad de los seres humanos.

La comprensión de la inclusión adquiere mayor importancia en un mundo globalizado e interconectado donde se relacionan y cohabitan diferentes culturas y personas con experiencias, perspectivas y entendimiento de manera diversa; esto hace necesario el respeto a las diferencias para facilitar a las personas alcanzar un ejercicio pleno de sus derechos.

La inclusión se encuentra estrictamente vinculada con la democracia y los derechos humanos. La democracia como forma de gobierno implica el derecho de todo ciudadano a participar en las decisiones de gobierno y naturalmente, es una obligación del Estado el crear un ambiente inclusivo a través de prácticas que permitan la participación. La inclusión en los sistemas gubernamentales debe privilegiar la dignidad humana, la tolerancia, el respeto a las diferencias, la igualdad y naturalmente los derechos humanos en su conjunto. Esto, no implica el ajuste a los sistemas y estructuras existentes, sino a la creación de nuevos sistemas incluyentes, considerando las diferencias.

Referencias

Abramovich, Victor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL*, núm. 88, 2006.

Ainscow, Mel, "Desarrollo de sistemas inclusivos", ponencia presentada en el *Congreso "La respuesta a las necesidades educativas especiales en una escuela vasca inclusiva"*, San Sebastián.

Bárcena, Alicia, *Equality and social Inclusion, 2014*.

Altmann, Philipp, "Los pueblos indígenas, en el buen vivir global, un concepto como herramienta de inclusión de los excluidos", *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, vol. 8, núm. 1, Ecuador, 2019.

AMEXCID, *Inclusión social: marco teórico conceptual para la generación de indicadores asociados a los objetivos de desarrollo sostenible*, México, Kunts Grafico, 2016.

Ayala M. y García G., *Diversidad Metodológica en la investigación Psicosocial*, México, UABC, 2018.

Candau Vera, María, "Derechos humanos y educación intercultural", Prats, Enrique, *Multiculturalismo y educación para la equidad*, Barcelona, Editorial Octaedro, 2007.

Castrillo Issa, Valentina, "La inclusión laboral: ¿Qué es y por qué tiene que importarnos?", *Factor Trabajo*, 2022.

Castro Saucedo, Laura K., García Cadena, Cirilo H. y López Estrada, Raúl E., "Exclusión social, inclusión política y autoestima de jóvenes en pobreza, Monterrey, México", *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXVI, núm. 1, Universidad del Zulia, Venezuela, enero-marzo 2020.

CEPAL y UNICEF, "La pobreza infantil en América Latina", *Desafíos*, núm. 1, Santiago de Chile, 2004.

DESA, *Analysing and Measuring Social Inclusion in a Global Context*, Nueva York, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2010.

Diccionario de la Lengua Española, *Inclusión*.

Instituto Mexicano de la Juventud, *¿Qué significa LGBTTTIQ?*, Gobierno de México, 2017.

Insulza, José Miguel, "Desigualdad, democracia e inclusión social", *Desigualdad e inclusión en las Américas: 14 Ensayos*, 2a. ed., Estados Unidos de América, OEA, 2011.

Martín González, Dulce María *et al*., "Teorías que promueven la inclusión educativa", *Atenas*, vol. 4, núm. 40, 2017.

Millaleo Hernández, Salvador, "¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas", *Revista de Derecho*, vol. XXXII, núm. 1, Chile, 2019.

Mínguez Vallejos, R., Romero Sánchez, R. y Gutiérrez Sánchez, M., "La alteridad como respuesta educativa frente a la exclusión social", *Revista Complutense de Educación*, vol. 24, núm. 1, Madrid, 2017.

Olvera Rodríguez, Melba Adriana, *Inclusión y diversidad*, México, 2024.

OIT, "Diversidad e inclusión de la fuerza de trabajo. Es esencial intensificar los progresos en materia de diversidad e inclusión para crear lugares de trabajo productivos y resilientes", Suiza.

OMS Ginebra, *Discapacidad*, 2023.

Portal de datos sobre migración, *Una perspectiva global. Integración de los Migrantes*, Berlín, 2020.

PNUD, *Inclusión social: marco teórico conceptual para la generación de indicadores asociados a los objetivos de desarrollo sostenible*, México, 2016.

Reverón, C. A., Rodriguez, V. L., y Hernández, C. H., *La inclusión escolar de los niños con necesidades especiales*, España, Canarias: formación y estudios, 2017.

Silver, Hilar, "Exclusión social y solidaridad social: tres paradigmas", *Revista Internacional del Trabajo OIT,* vol. 113, núm. 5-6.

Soto Builes, Narelly, ¿Diversidad-inclusión vs. transformación?, *El Ágora USB, Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 7, núm. 2, Colombia, Julio-diciembre, 2007.

Subirats, J. et al. (dirs.), *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, España, Fundación "La Caixa", 2004.

Corte IDH: la construcción doctrinal del proyecto de vida[1]

***

IACtHR: doctrinal construction of the life plan

*Willy Rodrigo Paz Supo**

Resumen: el presente trabajo estudia el panorama evolutivo del proyecto de vida como un tipo de daño distinto a los daños moral, emergente y lucro cesante en la doctrina de reparaciones esgrimida por la Corte IDH. Se aborda esta temática desde el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú* (1998) hasta el *Caso Pérez Lucas vs. Guatemala* (2024); resaltándose, además, la necesidad imperante de alcanzar un desarrollo sólido y consistente a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la ardua labor del Tribunal interamericano para su construcción.

Abstract: this paper examines the evolutionary panorama of the life plan as a type of damage other than moral damages, pecuniary damages and loss of earnings in the doctrine of re-

* Investigador predoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), *wpaz@ucm.es*, *https://orcid.org/0009-0005-6539-5001*

1 El presente trabajo fue realizado durante la estancia de investigación en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (MPIL) y expuesto en el XIX Seminario Internacional. "*Impacto Transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Compartiendo una historia*", celebrado los días 17 y 18 de diciembre de 2024 en el MPIL.

parations used by the Inter-American Court of Human Rights. This subject is dealt with from the *Loayza Tamayo v. Peru* case (1998) to the *Pérez Lucas v. Guatemala* case (2024), highlighting the imperative need to achieve a solid and consistent development in the light of the American Convention on Human Rights and the hard labour of the Inter-American Court in its construction.

Palabras clave: proyecto de vida, daño moral, emergente, lucro cesante.

Keywords: life plan; moral damage, consequential damages, loss of earnings.

Sumario: I. Introducción. II. Proyecto de vida: un estudio desde su reconocimiento. III. ¿Hacia un derecho al proyecto de vida? IV. Reflexiones finales. Referencias

I. Introducción

El desarrollo jurisprudencial de los Tribunales internacionales responde a las distintas realidades de cada región.[2] Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el contexto social, económico y jurídico de los Estados exige observar y responder efectivamente ante actos de violación, abandono o abusos gubernamentales en una época donde los derechos deberían investir mayor fortaleza.

[2] Compartimos los presupuestos epistémicos entre las sociedades "bien ordenadas" y "no bien ordenadas" explicados por Arango Rodolfo. Respecto al primer tipo de sociedad, caracterizado por el minimalismo en el reconocimiento constitucional de derechos sociales y cómo la función jurisdiccional se ve restringida al cumplimiento de las prestaciones sociales establecidas en la ley. En cuanto al segundo tipo de sociedad, la "hipertrofia"de los derechos fundamentales y del control constitucional en respuesta a las omisiones de las autoridades públicas para la materialización de los derechos sociales (Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM-MPIL-IIDC, 2010, pp. 3-7).

Las medidas de reparación, el reconocimiento de derechos y el desarrollo de su contenido esbozadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), resultan destacables por el alto contenido de humanidad y el impacto transformador en los Estados de la región;[3] los cuales procuran, además, construir y desplegar diversos mecanismos tendientes a concretizar los fines perseguidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y bajo el horizonte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este trabajo –dada la complejidad del tema, amplitud del objeto y la brevedad requerida para la presentación del texto– nos centraremos en estudiar la construcción doctrinal del proyecto de vida realizada por el Tribunal interamericano. Para alcanzar este objetivo, exploraremos su lineamiento jurisprudencial desde el *Caso Loayza Tamayo vs. Perú* (1998) hasta el *Caso Pérez Lucas vs. Guatemala* (2024)[4] con la finalidad de identificar su definición, desarrollo, formas de reparación y sustento convencional. Finalmente, plantearemos algunas reflexiones entorno a su evolución.

II. Proyecto de vida: un estudio desde su reconocimiento

El *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, constituyó un hito trascendental y emblemático en la doctrina jurisprudencial del Tribunal interamericano, al reconocer primigeniamente la existencia del "proyecto de vida", la posibilidad de ser frustrado y su diferenciación con daño moral, emergente y lucro cesante.[5] Este pronuncia-

[3] Véase Bogdandy, Armin von, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50, *DOI: 10.18601/01229893.n34.01*

[4] Debe especificarse que los casos citados no abarcan en absoluto todos aquellos en los cuales la Corte IDH se ha pronunciado en materia de proyecto de vida.

[5] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, párr. 147.

miento, evidentemente, exige plantearnos: *¿Qué es el proyecto de vida? ¿Cómo ha sido desarrollado? ¿Cuál ha sido el tratamiento reparatorio esgrimido? ¿Cuál es su sustento convencional?* Esta última pregunta la desarrollaremos en el epígrafe III.

En atención a la primera interrogante, el Tribunal interamericano –en el citado caso– concibió al proyecto de vida como aquel dirigido a atender la realización integral de la víctima con relación a sus aptitudes, vocación, potencialidades, circunstancias y aspiraciones. Su noción fue enmarcada en razón a la obstrucción sustancial del desarrollo del individuo por violaciones a las normas y a la confianza depositada en los órganos del poder público, quienes se encuentran obligados a desplegar mecanismos de tutela y seguridad para el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de la víctima. Sin embargo, la Corte expresó sus limitaciones en la traducción reparatoria por la exigua evolución doctrinal y jurisprudencial.[6]

El entendimiento del proyecto de vida en el *Caso Loayza Tamayo*, asiduamente ha sido invocado por el Tribunal para determinar su afección o no. Bajo esta concepción, en el caso "*Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (2001), la Corte a la luz del artículo 19 de la CADH[7] cotejando la gravedad de atribución a un Estado por la tolerancia o aplicación de prácticas sistemáticas de violencia contra niños en situación de riesgo (como los "*niños de la calle*")[8] y constituyéndolos en víctimas de doble agresión; observó la afligida realidad social de los niños y

[6] *Ibidem*, párr. 153.

[7] CADH, art. 19, "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

[8] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77, párr. 87; En el presente caso, consideramos indefendible e inadmisible lo señalado por el Estado al manifestar: "*c) en cuanto al proyecto de vida, la precaria situación de las víctimas hace altamente previsible que no tuvieran un proyecto de vida por consumar (...)*". Esta afirmación refleja no solo las omisiones de las obligaciones de un Estado para con las personas humanas (especialmente de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad); sino, además, pareciera justificar los asesinatos cometidos por agentes policiales contra los "niños de la calle".

sostuvo la falta de acción del Estado para soslayar la exclusión de los niños hacia la miseria, restringiéndoles de condiciones mínimas de vida digna y el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Así, expresamente reconoció el "derecho" de todo niño a crear un proyecto de vida tutelado y fomentado por los poderes públicos.[9]

Es de observarse cómo el desarrollo del contenido tutelar del proyecto de vida empezó a extenderse hacia niñas y niños. La Corte IDH, buscando establecer las obligaciones adicionales emergidas de los artículos 4, 5 y 19 de la Convención Americana a la luz del *corpus juris* internacional sobre la especial protección para los niños, en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* analizó si el Estado en su estatus de garante, desplegó medidas para garantizar una vida digna a los internos del Instituto (adultos y niños) con la finalidad de fortificar su proyecto de vida,[10] considerando el carácter fundamental de aquellas por la etapa crucial en el desarrollo de los niños y el impacto directo o indirecto sobre sus proyectos de vida.[11]

Bajo este lineamiento, el Tribunal interamericano reafirmando las obligaciones positivas de los Estados y rechazando situaciones en las cuales el proyecto de vida es susceptible de ser frustrado por la omisión o acciones violatorias gubernamentales,[12] especialmente con afectación a menores de edad, en el caso *Gonzáles Lluy vs. Ecuador* consideró cómo la discriminación de una niña, en su condición de niña, mujer, en situación de pobreza y

9 *Ibidem*, párr. 191.

10 *Cfr.* Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 164.

11 *Ibidem*, párr. 172.

12 Véase Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246. párr. 320, sobre la demora en el establecimiento de una indemnización de un menor del cual dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad. En este caso, la Corte IDH consideró que el impacto producido por la demora en el proceso judicial y su ejecución, afectaron desde su niñez en su desarrollo personal, familiar, social y laboral, privándolo de la posibilidad de construir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente.

con VIH, se le dificultó el acceso al sistema educativo y vivienda digna, impactando negativamente en su desarrollo integral y generando dilemas con sus relaciones interpersonales y maternidad futura. Esta situación –para el Tribunal– exigía el mayor soporte estatal para impulsar el proyecto de vida de la víctima como niña con VIH.[13]

Es posible, además, advertir el perfilamiento del proyecto de vida hacia uno de tipo "familiar" entre lo que podríamos considerar un abanico de subtipos exigentes de consolidación. En el *Caso Tibi vs. Ecuador,* don Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado estimó el quebrantamiento de un proyecto de vida familiar por hechos violatorios a la Convención.[14] Este lineamiento puede encontrarse también en el *Caso Radilla Pacheco vs. México*, donde el Tribunal interamericano observó el impacto traumático y diferenciado en la familia como colectivo, la obligada reestructuración de los roles de sus miembros y las diversas afectaciones en sus proyectos de vida.[15]

La apertura hacia un proyecto de vida "colectivo" extiende los límites de la individualidad de la afectación. Esto puede evidenciarse también en el pronunciamiento del *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, donde el Tribunal estableció la afectación a los proyectos de vida de los familiares ante la alteración de la dinámica familiar (trabajo, estudios, migración) y la falta de acción del Estado para prevenir la transmisión del VIH a L.A.L.[16]

Sin embargo, la Corte IDH en algunas sentencias se mostró circunspecta en avanzar y construir una categoría tan innovado-

---

13 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 290.

14 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, apartado XVII.

15 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 171.

16 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 193.

ra y trascendente como el proyecto de vida. Por ejemplo, en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, se limitó a expresar cuán compleja es la naturaleza del daño al "proyecto de vida" y las exigencias de medidas de satisfacción y garantías de no repetición, prescindiendo del mercantilismo indemnizatorio. No obstante, en otros pronunciamientos, respondiendo a las estructuras sociales y culturales, el Tribunal interamericano proporcionó mayores luces con el reconocimiento de alteraciones en las condiciones existenciales de los pueblos indígenas[17] y la adopción de medidas apropiadas por los Estados en consideración a la situaciónde vulnerabilidad de las comunidades indígenas y sus proyectos de vida en las dimensiones individuales y colectivas.[18]

En atención a la tercera interrogante, es a inicios del siglo XXI donde la reparación del proyecto de vida fue encontrando mayores luces con el otorgamiento –en el caso concreto– de una beca de estudios superiores por parte del Estado a la víctima (*Cantoral Benavides vs. Perú*, 2001). La Corte IDH determinó el impedimento para la realización de la vocación y potencialidades de la víctima por constatarse una grave alteración al "proyecto de vida". En aquel caso, el juez Cançado Trindade en su voto razonado consideró acertado lo resuelto por el Tribunal al reconocer el daño al proyecto de vida y su necesidad de repararlo, resaltando que la reclamación del daño al proyecto de vida no obedece a una afectación patrimonial, sino más bien, a su orientación en la realización integral de la persona afectada. Siguiendo este lineamiento, en los casos *Escué Zapata vs. Colombia* y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú* (2007), el Tribunal interamericano resolvió el otorgamiento de becas de estudio para

[17] Véanse por ejemplo, Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 116, párrs. 80 y 83; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrs. 219 y 220.

[18] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 163, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C, núm. 420, párr. 275.

la reparación del proyecto de vida en razón a lo solicitado por las víctimas (adviértase que no se refiere en estricto a una reparación de tipo pecuniario).

Sin embargo, el desarrollo categórico y reparatorio del proyecto de vida no ha sido claro y progresivo. En diversos pronunciamientos la Corte IDH se limitó a "mencionarlo" o darle un tratamiento subsumido dentro del "daño moral" (o genéricamente dentro del "daño inmaterial"),[19] reflejando cierta incertidumbre sobre su autonomía. En el *Caso Familia Julien Grisonas vs. Argentina* (2022), por ejemplo, el Tribunal Interamericano distinguiendo el daño al proyecto de vida de los demás daños y considerando una evidente "afectación al proyecto de vida de las víctimas", terminó por insertarla como elemento para la estimación del "daño moral".[20]

El potencial desarrollo de esta categoría de daño por parte del Tribunal interamericano, parecía haber mantenido en algunos casos un lineamiento anclado a sus primeros pronunciamientos; y, en otros, un tratamiento indistinto con el "daño moral". Esta situación puso de relieve la necesidad de alcanzar una mayor construcción del contenido del "proyecto de vida" a la luz de la Convención y sobre la base de la realidad material de los hechos que proporcione a los Tribunales internacionales,[21] Cortes cons-

[19] Entre muchos otros: Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 103; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*..., *cit*.; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171; *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187.

[20] Corte IDH. *Caso Familia Julien Grisonas vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C, núm. 437, párr. 310.

[21] Debe recordarse que la Corte Penal Internacional ha acudido a diversas sentencias del Tribunal interamericano en materia de reparaciones (*Vid.*

titucionales y Cortes supremas, un soporte jurídico para la resolución de asuntos donde se configure una afectación al proyecto de vida y el establecimiento de obligaciones a los Estados en aras de promover, facilitar, implementar y ejecutar, una serie de instrumentos sociales, jurídicos y económicos que permitan crear y desarrollar un "proyecto de vida".

III. ¿Hacia un derecho al proyecto de vida?

El desvanecimiento de un panorama de estancamiento o confusión en la concepción, desarrollo, tratamiento y categorización del proyecto de vida se ha dado en gran medida con el reciente pronunciamiento *Pérez Lucas vs. Guatemala* (2024), donde la Corte IDH ha esbozado la mayor evolución constructiva del proyecto de vida (a 25 años desde su reconocimiento), especialmente con el voto concurrente de los jueces Rodrigo Mudrovitsch, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Ricardo C. Pérez Manrique, quienes laudablemente consideraron la existencia de un "derecho al proyecto de vida como derecho autónomo".

En este pronunciamiento, el Tribunal, remitiéndose a los casos *Baptiste y otros vs. Haití* y *Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador* (2023), reiteró que la afectación del proyecto de vida implica afectar los mandatos impuestos a los Estados por la CADH,[22] en tanto los derechos reconocidos y garantizados por esta sustentan el proyecto de vida en su connotación de derecho a una vida digna y en el derecho a la libertad (respecto del derecho a la autodeterminación).[23] En este sentido, recuerda que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado en un sentido extenso la libertad (art. 7.1 CADH) como atributo proyectado en el cuerpo de la Convención.

"The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo ("Lubanga case"), sobre la condena a Thomas Lubanga, un líder guerrillero de la República Democrática del Congo, por la configuración del crimen de guerra ante el reclutamiento de niños soldado.

22 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Pérez Lucas y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C, núm. 536, párr. 180.

23 *Ibidem*, párr. 182.

La libertad, es entendida por la Corte IDH como aquel derecho de toda persona a organizar su vida individual y social conforme a ley. Y es que, con el ejercicio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, los individuos pueden autodeterminarse, estableciendo sus expectativas y opciones de vida, y ejerciendo en el marco de la ley, aquellos actos que permitan efectivizarlas.[24] Estos fundamentos, conllevaron al Tribunal a determinar la afectación del proyecto de vida por actos violatorios a derechos humanos, sin dejar de observar la dificultad de su reparación y la intensidad del menoscabo en la autoestima, capacidades, oportunidades de desarrollo y, por tanto, el impacto abrupto en las condiciones y circunstancias existenciales de la víctima al restringírsele posibilidades para la realización personal o adicionándole cargas no previstas causantes de la alteración nociva de su proyecto de vida en perspectiva a las condiciones susceptibles de ser calificadas con un estándar de normalidad.[25]

Como lo advertimos, el voto concurrente en este caso enarbola la mayor construcción doctrinal del "proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte IDH desde el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*; y es que, quienes lo emitieron no se limitaron a diferenciar y esclarecer inequívocamente el daño al proyecto de vida del daño moral;[26] sino, además, el espíritu de su pronunciamiento materializa la ardua labor hacia la construcción de un "derecho al proyecto de vida" a la luz de la CADH, recogiendo la apertura de los ordenamientos jurídicos de diversos Estados de la región hacia la tutela y efectivización del proyecto de vida en consonancia con la doctrina desarrollada por la Corte IDH[27] (p.ej. acuerdos de reparación del proyecto de vida entre el Estado, las víctimas y sus familiares;[28] jurisprudencias constitucionales, jurisdiccionales[29] e internacionales[30]).

---

24 *Ibidem*, párr. 183.

25 *Ibidem*, párr. 184.

26 *Ibidem*, párrs. 8, 52, 65 y 66.

27 *Ibidem*, párr. párr. 53.

28 *Ibidem*, voto concurrente de los jueces Rodrigo Mudrovitsch, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo C. Pérez Manrique.

29 *Ibidem*, voto concurrente párrs. 41-44.

30 *Ibidem*, voto concurrente párr. 37.

La cimentación de un "derecho al proyecto de vida" sigue la arquitectura jurisprudencial de los derechos a la verdad y defensa de los derechos humanos.[31] Los jueces consideraron bajo el ámbito protector de la CADH, su concreción como derecho autónomo desde el prisma tutelar de la dignidad humana, vida digna, integridad personal y libre desarrollo de la personalidad; buscando efectivizar lo expresado en el considerando 1 de la Declaración y el cuarto párrafo de su Preámbulo.[32]

En este voto, podremos advertir también, una mayor delimitación de supuestos para la determinación de una lesión al "derecho a construir un proyecto de vida": *i)* cuando el Estado o agentes no estatales interfieren significativamente, y, por tanto, efectúan intromisiones en la dignidad y libertad de la víctima con una intensidad condicionante en su proyecto de vida y, *ii)* se restringen las posibilidades de la libertad de autodeterminación y dignidad personal. En este sentido, los jueces sostuvieron que la tutela convencional del derecho al proyecto de vida proviene de la lectura armonizada de los derechos a la vida digna (art. 4), integridad personal (art. 5), honra y dignidad (art. 11), protección de la familia (art. 17.1) y, dependiendo de la casuística, en relación con otros derechos como los de la niñez (art. 19).[33]

IV. Reflexiones finales

El contexto de nuestra región permanece convulso y los retos que enfrenta exigen defender con ímpetu los derechos humanos. La hercúlea labor del Tribunal interamericano en la construcción del "proyecto de vida" y su interiorización en los ordenamientos de los Estados parte, manifiestan su impacto transformador y la concreción de los fines perseguidos por la CADH.

La vinculación entre el proyecto de vida y el atributo de la dignidad humana permitió a los jueces aseverar su consolidación hacia un "derecho autónomo" inherente a quienes nos hallamos

[31] *Ibidem*, voto concurrente párr. 9.

[32] *Ibidem*, voto concurrente párr. 53.

[33] *Ibidem*, voto concurrente párr. 54.

bajo el manto tutelar de la Corte IDH, haciendo énfasis en cuán fundamental resulta alcanzar su consecución, protección y promoción en aras de resquebrajar el contexto estructural y sistemático de quienes han sido y son históricamente marginados, excluidos o vulnerados.[34]

El sendero hacia la construcción de derechos no ha sido ni será uno libre de obstáculos. La Corte IDH tiene un largo camino en la edificación y determinación del derecho al proyecto de vida como derecho autónomo; y, conscientes de nuestra realidad, signamos las palabras del maestro Eduardo Ferrer Mac-Gregor ante el Consejo Permanente de la OEA: "No son tiempos fáciles para los derechos humanos [...], a pesar de los desafíos, la Corte IDH ha forjado caso a caso una sólida jurisprudencia ante las graves violaciones a los derechos humanos, su jurisprudencia se ha convertido en un verdadero patrimonio jurídico de las Américas para la humanidad".[35]

Referencias

Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM-MPIL-IIDC, 2010.

Bogdandy, Armin von, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171.

[34] *Ibidem*, voto concurrente párr. 55.

[35] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo ante el Consejo Permanente OEA, Washington D. C., 11 de diciembre de 2024.

Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.

Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C, núm. 420.

Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

Corte IDH. *Caso Familia Julien Grisonas vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C, núm. 437.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 103.

Corte IDH. *Caso Pérez Lucas y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C, núm. 536, párr. 180.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, apartado XVII.

Hacia el afianzamiento de un derecho fundamental "el acceso a la justicia y las Reglas de Brasilia"

***

Towards the consolidation of a fundamental human right "access to justice and Brasilia Rules"

*Joaquín Pablo Reca**

Resumen: el paradigma de los derechos humanos que impregna nuestro orden jurídico resulta inevitablemente complejo al intentar hilvanar el sinnúmero de principios y preceptos, en un campo tan heterogéneo y de permanente evolución. Desde esta preocupación, nos anima en este trabajo aproximar algunas ideas sobre la significación y valor de las Reglas de Brasilia, particularmente en lo que atañe al acceso a la justicia. Con esta finalidad, estimamos necesario abordar lo que acontece en nuestra región, naturalmente reparando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del rol de la Comisión y de la Corte como dos protagonistas ineludibles. En esta cronología es que ponderamos la recepción de las Reglas de Brasilia en nuestro país (Argentina), como un testimonio que recrea la fecundidad de estas reglas en la región. Finalmente, en la línea argumental planteada y como un presupuesto de acceso

* Auxiliar letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Estudios Internacionales: Cooperación y Organizaciones Internacionales, Universitat de Barcelona. Maestría en Derechos Humanos (tesis en progreso), Universidad Nacional de la Plata (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y del Institut de Drets Humans de Catalunya, *joaquinreca_d@hotmail.es*

a la justicia, reputamos relevante la descentralización del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires a partir de la reforma constitucional de la Carta local en 1994, generando y ampliando competencias que, sin lugar a duda, han ensanchado las expectativas jurisdiccionales, constituyendo un antecedente de gran importancia en la materia bajo estudio.

Abstract: the human rights paradigm that permeates our legal order is inevitably complex when trying to weave together countless principles and precepts in such a heterogeneous and constantly evolving field. From this concern, we are encouraged in this work to approximate some ideas about the significance and value of the Brasilia Rules, particularly regarding access to justice. For this purpose, we consider it necessary to address what is happening in our region, naturally considering the Inter-American System of rights, through the role of the Commission and the Court as two unavoidable protagonists. In this chronology we consider the reception of the Rules of Basilia in our country (Argentina), as a testimony that recreates the fruitfulness of these rules in the region. Finally, in the line of argument presented, we consider that the decentralization of the contentious administrative jurisdiction in the Province of Buenos Aires from the constitutional reform of its local Charter in 1994 is a relevant precedent as an assumption of access to justice, generating and expanding powers that, without a doubt, have broadened jurisdictional expectations, constituting a precedent of great importance in the subject under study.

Palabras clave: derechos fundamentales, fortalecimiento, vulnerabilidad, Reglas de Brasilia.

Keywords: human rights, strengthening, vulnerability, Brasilia Rules.

Sumario: I. Preludio a las Reglas de Brasilia: una necesaria alusión. II. El acceso a la justicia en el sistema regional de derechos humanos. III. Las Reglas de Brasilia: el caso argentino. IV. Palabras finales. Referencias.

I. Preludio a las Reglas de Brasilia: una necesaria alusión

La realidad –con cierta asiduidad— nos sitúa en lugares que generan cierto distanciamiento respecto de aquellas herramientas sociales (acceso a la justicia)[1] que, ni más ni menos, resultan ser los medios —indispensables ellos— para efectivizar nuestros derechos más fundamentales —particularmente aquellos de índole económica, social y cultural, como es, por ejemplo, el derecho a la salud—. Esta situación (distanciamiento a la justicia), se ve agravada para las personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad y, más aún, para aquellas que padecen una "vulnerabilidad[2] intersectorial". Precisamente, y como señala la catedrática argentina Silvina Ribotta,[3] son estas las situaciones

[1] Compartiendo la mirada de las abogadas argentinas Haydée Birgin y Natalia Gherardi en su trabajo "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", *Revista del Poder Judicial de Formosa,* Argentina, 2008, p. 6, consideramos el acceso a la justicia como un derecho fundamental que puede ser "reflexionado" desde diversos aspectos (tres), aunque complementarios entre sí: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no solo llegar al sistema sino que este brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

[2] Recordemos que los preceptos del documento bajo estudio, al referirse a las personas que se hallan en condición de vulnerabilidad, se dirige a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Así también, estipula que podrán constituir causas de vulnerabilidad, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, *https://usinadejusticia.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/leyes-internacional-100-reglas-de-Brasilia.pdf*

[3] Ribotta, Silvina, "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso

que cimentan las bases de las Reglas de Brasilia que nos convocan hoy aquí. Es decir, las directrices se encuentran dirigidas a "vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones en el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

Ahora bien, cabe recordar —en primer orden— que la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana,[4] celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo del año 2008 en la ciudad de Brasilia —República Federativa de Brasil—, aprobó las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad"[5], a las cuales, pese a no ser un instrumento jurídicamente vinculante, consideramos no se les debe de ser soslayado su valor como *soft law,* en virtud de haber sido adoptado como un documento de trabajo por varios actores del sistema judicial.

En segundo orden, debe ponderarse que tal decisión (la aprobación de dichas reglas) se adoptó afirmando el compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad y —especialmente— sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables (Declaración de Brasilia, puntos 12 y 13). Por lo que las referidas reglas tienen como objetivo de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna,

---

a la justicia", *Revista Electrónica Iberoamericana, Centro de Estudios de Iberoamérica,* vol. 6, núm. 2, España, 2012, p. 3, *https://www.cijc.org/pt/seminarios/2019-*

[4] En ella, participaron países como, Costa Rica, Andorra, España, Cuba, Portugal, República Dominicana, Guatemala, México, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, El Salvador, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela y Paraguay.

[5] Se trata de un documento de trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento (*v.gr*. defensores públicos). Es decir, que tal decálogo recopila los esfuerzos y discusiones de las principales redes iberoamericanas de, como ya se aludiera, los operadores y servidores del sistema judicial, como la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, y los principios de la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" de Cancún, 2002.

englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. En vista de ello, podemos decir que sus premisas fundantes ya se direccionaban —y se direccionan— en "la configuración del sistema judicial como instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad" y, en consecuencia, "contribuir a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo a la cohesión social".[6]

II. El acceso a la justicia en el sistema regional de derechos humanos

Con el correr del tiempo, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido desarrollando estándares sobre aquellos derechos atinentes al acceso a la justicia (*v.gr*. contar con recursos judiciales idóneos y efectivos para reclamar frente a la conculcación de derechos esenciales). En este aspecto, la obligación de los Estados no es solo negativa (de no impedir el acceso a esos recursos), sino —y fundamentalmente— positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. Con ese alcance, los Estados "deben" remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.[7]

En lo que atañe al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el mismo ha mostrado —en los últimos años— una delineación respecto de los principios y estándares sobre los alcances de los derechos que se encuentran dentro de la órbita del debido proceso, es decir, en primera instancia, al "acceso a la justicia".

Si bien es verdad que cuando referimos al Sistema con las garantías judiciales indefectiblemente subrayamos la importancia

---

6 Véase en ese orden, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, "Manual de aplicación de las 100 Reglas de Brasilia en el ámbito de la Defensa Pública", p. 18, *http://aidef.org/wp-content/uploads/2017/10/Manual-de-aplicacion-de-las-100-Reglas.pdf*

7 Léase, interés mediante, el trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm*

de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos[8] (CADH o Pacto de San José) de 1969, en virtud de ser un instrumento vinculante que, también, incluye un elenco de derechos que completa un sistema antes precario. Esto es, reedita instrumentos, tales como la Declaración Americana de Derechos Humanos, tendiendo a ser un puente con Tratados de Derechos Humanos sin limitarlos al ámbito regional (art. 29, CADH).

En esta línea es que inferimos la relevancia de la ardua labor de los distintos órganos del Sistema, ya sea mediante la Comisión de Derechos Humanos (CIDH), como se verá con informes que refieren al acceso a la justicia, o, por otro lado, con la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte o el Tribunal), siendo el "Fondo de Asistencia Legal" —tema que concebimos cardinal— un instituto que compete a ambos órganos.

2.1. El "Fondo de Asistencia Legal"

Habida cuenta de lo hasta aquí comentado, es necesario recordar que la idea primigenia que sustentó la elaboración y materialización del "Fondo de Asistencia Legal" (en adelante, el Fondo), se dio en el marco de la XXXVIII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), reunida en la ciudad de Medellín en junio de 2008 (mismo año que las Reglas de Brasilia),[9] lugar donde se aprobó la resolución 2426[10] sobre la creación del

[8] Consideramos necesario recordar que la CADH establece que la protección internacional es supletoria y complementaria, es decir, no la sustituye. De ahí entonces el principio procesal de necesidad de previo agotamiento de recursos para acceder a las instancias internacionales (CIDH y Corte IDH). Pero también las normas internas pueden ser aplicables en el plano internacional si otorgan una mayor protección.

[9] Es dable puntualizar, que las reglas han sido actualizadas en el año 2018, luego de la celebración de la XIX "Cumbre Judicial Iberoamericana", 2018, llevadas a cabo en la ciudad de Quito.

[10] Dicha resolución estableció que el Fondo entraría en vigor una vez que el Consejo Permanente de la OEA apruebe su reglamento. A la vez, dicha resolución establece que el Fondo estará compuesto por dos cuentas sepa-

Fondo, cuyo objetivo estaba —y lo sigue estando— direccionado a "facilitar el acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen recursos necesarios para llevar su caso al sistema".[11]

De allí que el 11 de noviembre de 2009 a través de la resolución 963 (1798/09) del Consejo Permanente de la OEA fue aprobado el Reglamento para el "Funcionamiento del Fondo".[12]

Unos meses más tarde (el 4 de febrero de 2010), la Corte IDH aprobó su reglamento sobre el funcionamiento del "Fondo de Asistencia Legal de Víctimas",[13] el cual entró en vigencia el 1 de junio del 2010.

En lo relativo a la CIDH, como resultado de un efecto "cascada" en la región, aquella no fue la excepción en materia de contribuciones destinadas a garantizar el acceso a la justicia. Y es que la Comisión ya consideraba —como una característica fundamental del funcionamiento del Sistema Interamericano— la posibilidad de que cualquier persona que alegara la conculcación de sus derechos fundamentales pueda presentar su reclamo ante el sistema, reconociendo y resaltando —simultáneamente— la importancia de asegurar el mayor acceso posible a la justicia internacional del Sistema. Así las cosas, y luego de haberse sometido a consulta

radas —una para la CIDH y otra para la Corte IDH y funcionará a través de contribuciones voluntarias—, así como que la aprobación de la ayuda legal será determinada por la Comisión y por la Corte, de acuerdo a los reglamentos que cada órgano expida para este fin.

11 Consulta Fondo de Asistencia Legal, *https://www.cidh.oas.org/ConsultaFondoAsistenciaLegal.Junio2010.htm*

12 En su artículo 4 inciso 2 indica los siguientes criterios para los reglamentos a ser adoptados por la Comisión y por la Corte respectivamente, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4940/19.pdf*

13 Colegimos que el Fondo del cual dispone la Corte, le otorga dinamismo al funcionamiento de esta última, propendiendo —de ese modo— a un refortalecimiento del derecho de acceso a la justicia. En tal tesitura es que podemos visualizarlo en una gran parte de sentencias de aquella, como se puede palpar con el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* del 31 de agosto de 2011, donde las presuntas víctimas solicitaron acogerse al Fondo de Asistencia Legal para cubrir algunos gastos relacionados con la producción de prueba durante el proceso.

de los Estados parte y de la sociedad civil, aprobó su propio reglamento sobre el "Fondo",[14] cuya entrada en vigor data del 1 de marzo de 2011.

2.2. El papel sustancial de la CIDH

En línea con el actuar de la CIDH es dable remarcar el aporte que —reputamos— trasunta esencial en la materia bajo estudio, como se puede notar con su "Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en América".[15] En él, advirtió que el Estado de derecho y la democracia no pueden consolidarse si el poder judicial no es eficiente en el procesamiento de las gravísimas violaciones de derechos humanos (surge del párr. 107). Seguidamente, y en lo relativo al acceso a la jurisdicción, consideró que para que el poder judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no solo se requiere que este exista de manera formal, sino que además debe ser independiente e imparcial (se vislumbra del párr. 110), mostrando así, su preocupación por las personas encargadas de impartir justicia e investigar violaciones de derechos humanos que, en algunos Estados, suelen ser hostigadas (amenazas contra su vida, sanciones administrativas, entre otras).

A todo ello, recordando la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores, señaló, también, que el acceso a la justicia se encuentra íntimamente vinculado con la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia y buscar protección[16] y justicia para las

[14] CIDH, Asistencia Legal, *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/CIDHASITENCIALEGAL.pdf* También se puede realizar consultas en su página oficial relativas a dicho reglamento, *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/fondo.asp*

[15] Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, *http://www.cidh.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm#Debido_proceso*

[16] En tal entendimiento se erige el Comité de Derechos Humanos que, en su Observación Final respecto de Argentina (del 31 de marzo de 2010), sostuvo su preocupación por el alto porcentaje de personas detenidas y procesadas que deben utilizar los servicios de la Defensoría Pública, la que "[...] no

víctimas de violaciones de derechos humanos; demandar la intervención urgente de la magistratura para la protección de derechos fundamentales en inminente riesgo (se desprende del párr. 112), guardando correspondencia con normas mínimas del debido proceso, lo que incluye una decisión fundada dentro de un plazo razonable (cfr. se infiere del párr. 113) y que, en estrecha línea con la "tutela judicial efectiva",[17] se requiere de remedios judiciales cautelares en el ámbito nacional ante situaciones de amenaza inminente o riesgo para la defensa de los derechos humanos (párr. 117).[18]

2.3. La mirada de la Corte IDH en la materia

Frente a tal panorama es menester destacar el rol significativo de la Corte IDH, medularmente desde su faz contenciosa,[19] por medio de la cual ha "apreciado" —de algún modo— la indisoluble

---

cuenta con los medios necesarios para proporcionar en todos los casos una asistencia jurídica adecuada", (apdo. 20) (CCPR/C/ARG/CO/4), *https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ARG.CO.4_S.pdf*.

17 Como sostiene la académica ecuatoriana Silvia Zambrano Noles en su trabajo "El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador", 2016, la tutela implica alcanzar una respuesta; ciertamente, ello pasa necesariamente por el acceso a la justicia pero, no sería correcto concluir que *a priori* que el derecho a la tutela judicial efectiva (derecho fundamental) queda satisfecho con el mero acceso a la jurisdicción (derecho fundamental).

18 Se recomienda hacer hincapié en los párrafos 118 a 121 que, si bien por cuestiones de la breve alusión que aquí realizamos, no dejan de ser esenciales a la hora de interpretar el norte de la Comisión al redactar el mentado informe.

19 En la órbita de las Opiniones Consultivas, el Tribunal ha dicho —en cuanto al acceso a la justicia— que "[...] a nivel internacional representa una verdadera revolución jurídica, quizás la más importante legal que llevaremos al próximo siglo. De ahí la importancia capital, en esta conquista histórica, del derecho de petición individual conyugado con la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de las Cortes interamericanas y Europea de Derechos Humanos" (OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos), *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf*

relación entre el acceso a la justicia, la vulnerabilidad y los derechos humanos.

Así, ya en el caso *Quispialaya vs. Perú* del 23 de noviembre de 2015, el Tribunal, en el marco de los recursos judiciales efectivos que le asisten a las víctimas de violaciones de derechos, deja entrever que el acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo que sucedió y se sancione a los eventuales responsables.[20] Vemos, en consecuencia, bajo ese razonamiento de la Corte, cómo esta repara —en lo que hace al acceso a la justicia— en el "plazo razonable",[21] entendiendo que una "demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales".

Tres años más tarde, este Tribunal —haciéndose eco de su recorrido jurisprudencial— pondría de manifiesto, en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* del 23 de agosto de 2018, la forma en la que distintos factores de vulnerabilidad (o fuentes de discriminación)[22] coadyuvan en una vulnerabilidad del tipo "interseccional", es decir, a la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona (surge del apdo. 138).[23] Además, en dicho precedente, la Corte advirtió que la efectividad de los recursos que el artículo 25 inciso 1 de la CADH contempla supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados, ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes, no bastando que este exista formalmente (se desprende de sus apdos. 168 y 169).

En el año 2019, la Corte —nuevamente— direccionaría un interés medular en lo relativo a la condición de la vulnerabilidad

20 Corte IDH. *Caso Quispialaya vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308.

21 Acúdase en tal sentido a los apartados 176, 178 y ss.

22 Somos de la postura que la discriminación es la raíz de todas las violaciones de derechos humanos.

23 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

con la que *cargan* distintos sectores de la sociedad, tal como lo vemos reflejado con el precedente *Coronado vs. Guatemala* del 10 de mayo, en la cual el Tribunal —a la luz de los arts. 8 y 25 de la CADH— expresó la importancia de la defensa de oficio, siendo "fundamental" el servicio de asistencia letrada gratuita, en lo esencial para mantener incólume la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (se advierte del apdo. 82).[24]

III. Las Reglas de Brasilia: el caso argentino

En lo que concierne a Argentina, cabe recordar —a modo de preludio— que la CSJN (el más alto tribunal de justicia) adhirió a las directrices de Brasilia mediante la acordada 5/2009, donde —sustancialmente— se ponía de relieve que dichas reglas constituían una valiosa herramienta en materia de acceso a la justicia.[25]

Habiendo dicho esto, y como ya adelantáramos, interesa señalar —como un supuesto de promoción de acceso a la justicia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires— la puesta en práctica –tardía,[26] por cierto— del fuero contencioso administrativo misma, la cual ha constituido un aporte coadyuvante para el "rejuvenecimiento" del acceso a la justicia en la esfera jurisdiccional provincial.

En tal sentido, la doctora Milanta[27] relata que con la reforma constitucional de 1994 se produjo la supresión de la competencia

---

24 *https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Mart%C3%ADnez%20Coronado%20v.%20Guatemala.pdf*

25 Convenio marco entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Procuración General de la Nación, *https://www.csjn.gov.ar/om/convenios/c_mpf.pdf*

26 Es menester señalar que la materialización de las disposiciones constitucionales respecto del fuero especializado tuvo lugar, tras la condena judicial dispuesta por la SCBA contra el Estado provincial, en razón —precisamente— de la mentada "omisión" (desidia), véase el caso B. 64.474, *Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Pcia. de Buenos Aires s/ Amparo*, sentencia de 19 de marzo de 2003, *https://www.casm.org.ar/material/COLPROBAANSESDEMANDA.pdf*

27 Jurista y jueza de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

originaria y exclusiva de la SCBA (art. 161, Const. prov.); ello, acompañado del mandato dirigido a la legislatura de establecer el fuero contencioso administrativo, esto es, una organización judicial descentralizada en la materia (art. 215, primer apartado, Const. prov.).[28] Es decir, la Constitución de 1994 atribuye el juzgamiento de las contiendas administrativas a tribunales con competencia para ello (art. 166 *in fine*, Const. prov.), un "fuero contencioso administrativo", cuya organización se encomienda al legislador (art. 215), suprimiéndose del catálogo de atribuciones de la SCBA la atinente a esa materia (art. 161), con lo que queda sustituida la competencia originaria y exclusiva que el régimen constitucional anterior confería a ese único y superior Tribunal. De ese modo, pues, se generaba una desconcentración y descentralización de esa competencia, proporcionando así la base de la justicia administrativa especializada.

Podemos decir, entonces, que la Constitución provincial de 1994 eliminó una serie de instituciones y de principios que habían terminado por "lisiar" el sistema provincial —esto, debido a que las formas constitucionales y legales no se adaptaban a los nuevos requerimientos del Estado de derecho—, y que ahora se orientaba a la vigencia irrestricta del derecho a la tutela judicial efectiva y, junto a ello, de una plena accesibilidad a la revisión judicial de todas las actividades regidas por el derecho administrativo.

IV. Palabras finales

Como hemos podido ver a lo largo de esta reflexión, el acceso a la justicia, como derecho humano, se ha ido plasmando con mayor fuerza normativa en los procesos judiciales, edificando así el perfil público de un Estado de derecho.

En gran medida, esto es posible por los distintos instrumentos que configuran el amplio universo de los derechos humanos. De tal modo, lo plasman las Reglas de Brasilia, al considerar las

[28] Botassi, Carlos Alfredo, *Derecho administrativo: Dominio estatal. Limitaciones a la propiedad. Responsabilidad del Estado. Procedimiento y proceso administrativo*, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2017, t. II, pp. 531-546.

atribuciones y criterios que velan la dinámica de sus pretensiones, signando, en última instancia, un decisivo parámetro de nuestra vida democrática.

No obstante, lo dicho, no podemos, en forma de una estimulante mirada —que en efecto lo merece— posponer o desatender la esencia de todo derecho humano, que se sustenta en la "genuina comprensión de la alteridad", ensanchando la norma para enraizarla en su dimensión cultural.

Sin embargo, una lectura sobre la actualidad nos expone una tendencia predominante al individualismo, a la corporativización de los intereses, a la fugacidad de las relaciones y a una difuminación de los valores, que parecen ahogarse en un único presente.

En este panorama, resultan singularmente auspiciosos los principios y criterios plasmados en las Reglas de Brasilia, que tienen por finalidad orientar y enriquecer el accionar de los agentes judiciales, favoreciendo una indispensable interacción, con nuevas perspectivas y matices.

Referencias

Botassi, Carlos Alfredo, *Derecho administrativo: Dominio estatal. Limitaciones a la propiedad. Responsabilidad del Estado. Procedimiento y proceso administrativo*, Argentina, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2017, t. II.

Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", *Revista del Poder Judicial de Formosa,* Argentina, 2008.

Ribotta, Silvina, "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia", *Revista Electrónica Iberoamericana,* vol. 6, núm. 2, España, Centro de Estudios de Iberoamérica, 2012.

Zambrano Noles, Silvia, "El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador", *Revista Tla-melaua*, vol. 9, núm. 39, México, Universidad Autónoma de Puebla, 2016.

El derecho a la tutela *ejecutiva* en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

***

The right to executive protection in the Inter-American Human Rights System

*Sofía Reca Milanta**

Sumario: I. Introducción. II. La tutela *ejecutiva*: un derecho convencional autónomo. III. Principios, valores y cánones interpretativos que sustentan su configuración. IV. Presupuestos de la responsabilidad internacional. V. La obligación integral de reparar: el caso de Ecuador. VI. Corolario. Referencias.

I. Introducción

El artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

* Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España). Profesora en Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España). Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Abogada por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Becaria en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional de España (Madrid), srecamilanta@gmail.com

No obstante, según el Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) correspondiente al 2023, de los 435 casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, 295 se encontraban pendientes de cumplimiento.[1] A ello se añade que, ante los incumplimientos sistemáticos (*backlash*) por parte de ciertos Estados, en 21 casos contenciosos la Corte IDH aplicó la garantía colectiva del artículo 65 de la CADH sin recibir una respuesta efectiva por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Lamentablemente, el *backlash* ha sido una tendencia en aumento a partir del año 2011 como lo exponen los casos de Venezuela, Haití, Guatemala, República Dominicana y los recientes casos de Perú y Nicaragua. A ello se añade el deterioro "continuo y sistemático" de la democracia en Latinoamérica.[2]

En el referido marco, la Corte IDH ha asumido una posición "estratégica" en el ejercicio de su rol interpretativo que ha sido decisiva para hacer efectivo el "compromiso" de los Estados de cumplir con sus resoluciones, conforme lo prevé el artículo 68 de la CADH.

De esa forma, la Corte IDH dio un paso significativo en el caso *Baena* al reconocer que la ejecución de las sentencias interamericanas es "parte integrante" del derecho de acceso a la justicia internacional. Bajo este entendimiento, elevó el rango de protección convencional de la ejecución como un derecho *sustantivo* y no meramente como una norma procesal.

La vértebra de la jurisprudencia interamericana radica en el derecho a la protección judicial del artículo 25 de la CADH en interrelación con la obligación general de garantía del artículo 1, la cláusula de efectividad prevista en el artículo 2 y las garantías del debido proceso del art. 8 de la CADH. Esta hermenéutica integradora reforzó y amplió la tutela judicial efectiva como norma del *ius cogens* que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección.

---

1 Corte IDh. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023, pp. 51 y 80.

2 Informe de Latinobarómetro, 2023, p. 1

Ahora bien, la Corte no ha sido clara en cuanto al contenido de la dimensión sustantiva de la ejecución y los presupuestos normativos que dan origen a la responsabilidad internacional, cuestiones, ambas, indispensables para dar mayor especificidad a la obligación jurídica internacional y, consiguientemente, las consecuencias jurídicas de la conducta ilegitima estatal. Estos son los aspectos que intentaremos abordar en el presente artículo.

II. La tutela *ejecutiva*: un derecho convencional autónomo

Ya en 1997 el juez de la Corte IDH, Antonio Cançado Trindade, apuntaba que a la "obligación del Estado demandado de cumplir con el fallo de la Corte" corresponde el "derecho del individuo demandante de requerir que el fallo sea cumplido".[3] Para dar sustento a su posición, apelaba a una hermenéutica integradora (HI) de la CADH al señalar que:

> Los artículos 25 y 1(1) de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno [...]. En la hipótesis de supuestos *obstáculos* de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con esta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1(1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1(1) y 2 de la Convención.[4]

La HI es receptada por la Corte IDH a partir del año 1999 en los casos *Del Caracazo* (1999), *Cesti Hurtado* (1999), *Suarez Roseró* (1999) y *Godínez Cruz Blake* (1999). Bajo ese enfoque, se proclama la "autonomía" del artículo 25 por cuanto el derecho

[3] Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de 13 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 45, párr. 26, voto disidente juez Cançado Trindade.

[4] *Ibidem*, párrs. 21 y 24, el resaltado nos pertenece.

a la prestación jurisdiccional implica un verdadero "derecho al Derecho".[5]

Como ya adelantamos, en el caso *Baena* en el 2003 la Corte dio un paso significativo al reconocer que la ejecución es "parte integrante" del derecho de acceso a la justicia en sentido amplio; consideración que incumbe al ámbito doméstico y al proceso internacional.

Si bien con carácter previo, en el caso *Cinco Pensionistas* (2003), la Corte ya había reconocido que la protección judicial incumbe, también, el efectivo cumplimiento de las sentencias, en el precedente *Baena* se explayó en las consecuencias que derivan de su incumplimiento al afirmar que, si el Estado no cumple las medidas de reparación dispuestas por la Corte IDH con motivo de esa responsabilidad, nace una "relación jurídica nueva" que consiste en la "obligación de reparar".[6]

Bajo ese reconocimiento, la Corte elevó el rango de protección convencional de la ejecución atendiendo a su función "social" que influye directamente en la aplicación del derecho "sustantivo".[7] Ello presupone la existencia de un verdadero "derecho *subjetivo público* a la tutela jurisdiccional" con contenido propio y, por consiguiente, "autónomo".[8]

En esa línea, De la Oliva distingue dentro del derecho a la tutela jurisdiccional la "tutela declarativa" y la "tutela ejecutiva";[9]

---

5 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 1 y 2, voto concurrente del juez Cançado Trindade.

6 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 83.

7 Cappelletti, M. y Bryant, G., *El acceso a la justicia*, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983, p. 22.

8 Oliva Santos, A. de la, "Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil", *Constitución, derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragues*, España, Cometa S.A., 1983, pp. 606 y 607.

9 Oliva Santos, A. de la, Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales,* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 34.

la primera, surge "antes" del proceso, la segunda, en cambio, se dispone a partir de una sentencia de condena otorgando un "derecho al proceso de ejecución" entendido como un "derecho a que la ejecución comience".[10]

Adicionalmente, el derecho a que la sentencia se ejecute posee un carácter "objetivo" que refiere al cumplimiento del fallo "sin alteración" y el contenido "material" que se asienta en las "facultades o pretensiones" que las personas pueden hacer valer en situaciones concretas.[11] En cualquier caso, sea un sujeto particular o sea un órgano público el que incumple una sentencia de condena, el beneficiado por la misma dispone de un "auténtico derecho subjetivo" que exige, por tanto, respeto de los órganos del Estado a quienes se reclama que ejerciten la potestad jurisdiccional en su vertiente ejecutiva.[12]

Con base en todo expuesto, concebimos el *derecho convencional a la tutela ejecutiva* como un "derecho subjetivo autónomo para materializar, en un plazo razonable, las medidas reparatorias y obligaciones de otro tipo declaradas en una sentencia condenatoria firme dictada por la Corte IDH".

III. Principios, valores y cánones interpretativos que sustentan su configuración

Como adelantamos, la vertebra que da sustento al derecho a la tutela ejecutiva es el artículo 25 de la CADH en interrelación con los artsículos 1, 2, y 8. Pero, además, diversos principios estructurales, valores jurídicos fundamentales y cánones interpretativos del ordenamiento internacional son parte del núcleo indiscutido de este derecho convencional.

---

10 *Idem*.

11 Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, España, Aranzadi, 2008, p. 63.

12 Cubillo López, I. J., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional", *Estudios De Deusto*, vol. 66, núm. 2, 2018, pp. 12.

3.1. El principio de efectividad

En el ámbito del SIDH, el artículo 2 de la CADH dispone que "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".[13]

El más radical de los aspectos del principio de efectividad supone la "transformación del hecho en derecho dentro del orden jurídico internacional" en tanto el reconocimiento sin efectividad expresa una esperanza o una ilusión.[14] Como bien señalaba el ex juez Antonio Cançado Trindade "no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de vindicarlos".[15]

La Corte IDH ha dado una importancia significativa al artículo 2 de la CADH al derivar obligaciones específicas como la "expedición de normas y desarrollo de prácticas" conducentes a

[13] La referida disposición causó, en el momento en que se discutía su incorporación, una "aguda" controversia ya que podía "inducir a los aplicadores de la Convención a interpretarla en el sentido de que los Estados no estarían obligados a respetar y garantizar los derechos humanos que allí se consagran, a menos de que dictaran leyes especiales al efecto" (OEA, 1969, p. 38; Medina Quiroga, C., *La Convención Americana: vida, integridad personas, libertad persona, debido proceso y recurso judicial,* Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pp. 21 y 22). En oposición, el gobierno de Chile argumentó la necesaria incorporación del art. 2 (posición que fue apoyada por varios representantes) ya que, si bien las disposiciones de los tratados se integran con la ratificación, "no es menos cierto que en varios casos habrá que adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos" (OEA, 1969, p. 38). Naturalmente, el fin era crear una obligación clara para que los Estados parte dictaran "nuevas normas legales cuando ello fuera necesario debido a la falta de especificidad de las disposiciones de la Convención" (Medina Quiroga, C., *Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2005, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4572/7.pdf*

[14] Miaja de la Muela, A., *El principio de efectividad en Derecho Internacional*, Universidad de Valladolid, 1958, pp. 38-48.

[15] Cançado Trindade, A. A., *Bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección*, 2001, p. 360, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11694.pdf*

la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención, así como la "supresión" de aquellas que entrañen una violación a las garantías allí previstas.[16]

Además, el Tribunal añadió que dicha cláusula constituye un "mecanismo de garantía del cumplimiento" para asegurar la "ejecución de las obligaciones internacionales asumidas".[17] Por tanto, su efecto en el ámbito interno es "directo" e "inmediato".[18]

En consecuencia, el Estado "está obligado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado".[19] En efecto, Ferrer Mac-Gregor y Pelayo apuntan que el artículo 2 es uno de los deberes convencionales de "mayor importancia" y puede, "por sí mismo", generar responsabilidad internacional a los Estados Parte de la Convención.[20]

Con base en todo lo expuesto, podemos concluir que el principio de efectividad otorga plena operatividad al derecho convencional a la tutela ejecutiva como una "obligación positiva" en cabeza de los Estados,[21] con efecto "directo" e "inmediato" en el ámbito interno.[22]

---

16 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párrs. 62 a 65.

17 *Idem*.

18 Ando, N., "National implementation and interpretation", en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law,* Oxford University Press, 2013, p. 705.

19 Medina Quiroga, C., *La Convención Americana: ..., cit.,* p. 25.

20 Ferrer Mac Gregor, E. y Pelayo Möller, C.M., "Comentario artículo de la CADH", en C. Steiner y M.C. Fuchs, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* 2a. ed., Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 76.

21 Comisión de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 8; Fishel de Andrada, 1996, pp. 467 y 468.

22 Comisión de Derechos Humanos, Observación general núm. 31..., *cit*., párr. 14; Ando, N., *op. cit*., p. 705; Šadl, U., "The role of *effet utile* in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence from the citation web of the pre-accesion case law of The Court of Justice of the EU", *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, 2015, pp. 21-23.

3.2. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad ha sido definido por la propia Corte IDH como una institución que se utiliza para verificar la "compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte".[23]

En cuanto a su contenido, el control de convencionalidad se perfila como un requisito "normativo" al exigir que la Convención opere de manera paralela, concurrente, integral y especialmente en un grado jerárquico superior al sistema jurídico nacional[24] pero, también, está conformado por la "exégesis" que de las cláusulas convencionales realiza la Corte IDH.[25]

Ahora bien, como requisito normativo e interpretativo cabe diferenciar las diversas funciones en la fase "pre-contenciosa" y en la instancia "contenciosa". En la etapa pre-contenciosa, el control de convencionalidad se enfoca en la dimensión "preventiva" en la emisión de normas y prácticas contrarias a la CADH y la exégesis que de la misma haga la Corte. A su vez, comprende un aspecto "correctivo" que implica la derogación o inaplicación *ex officio* de aquellas que se consideren contrarias y no sean susceptibles de armonización.

Por el contrario, cuando existe una sentencia condenatoria firme dictada por la Corte IDH, despliega su función "remedial" al ser parte integral de las reparaciones y "ejecutiva" al obligar a todos los órganos estatales a dar cumplimiento en su "integridad" y de "buena fe" a la sentencia interamericana.[26]

---

23 Corte IDH. Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte IDH. Control de Convencionalidad, 2021, p. 5.

24 Dulitzky, A., "El Impacto del control de convencionalidad. ¿un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?", en J. C. Rivera, J. S. Elias, L. S. Grosman y S. Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales,* Argentina, Abeledo Perrot, 2014, pp. 538 y 545.

25 Sagües, N. P., "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 1, 2010, p. 125.

26 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, consid. 68 y 73.

En esa instancia, si bien dicho control obliga a "todas" las autoridades estatales[27] el juzgador posee un "papel de extraordinaria importancia".[28] Un claro ejemplo, se puede observar en el *Informe Anual* de la Corte IDH del 2021 que destacó positivamente las decisiones de los Tribunales de Barbados, México y Perú, que permitieron avanzar en el cumplimiento de las sentencias interamericanas.

Por otro lado, habrá que diferenciar si el Estado ha sido parte o no en la contienda. Cuando se está en presencia de "cosa juzgada internacional", el control de convencionalidad es una herramienta para que las decisiones de la Corte no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia.

Siguiendo al Juez Ferrer Mac-Gregor, la sentencia interamericana también puede extender sus efectos a los "otros" Estados que no fueron parte en el proceso a través de la "cosa interpretada internacional".[29] Ello explicaría porque el artículo 69 de la CADH dispone que "el fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados parte en la Convención".

Al respecto, Sofía Sagües apunta que la *res interpretata* es "relativa en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma

---

27 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

28 García Ramírez, S., "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un Ius Commune", en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius Constitucionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su Comprensión,* Alemania y México, Max Planck Institute-IECEQ, 2017, p. 91; Dulitzky, A., *op. cit*., p. 542-544. Ahora bien, ello no implica desconocer que asumir esta función no es una tarea fácil en nuestra región. En ese sentido, algunos autores remarcan la imperiosa necesidad de que la Corte IDH afiance su vínculo con *otras* ramas del gobierno (Contesse, 2019, p. 234) para enfrentar una coyuntura adversa y salvaguardar objetivos relacionados con la protección efectiva de los derechos convencionales e impulsar una mejor implementación de las decisiones interamericanas (Parra Vera, 2017, p. 517).

29 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento..., *cit*., Voto razonado Juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 33 y 91.

convencional en el ámbito nacional".[30] Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación.

En definitiva, el control de convencionalidad obliga a todos los órganos estatales, en especial, al jurisdiccional, a formular su accionar en "clave convencional" a través de modelos de decisiones que "expandan su tradicional marco en miras a una efectiva y real recomposición del derecho convencional conculcado" que exige un replanteamiento de los tradicionales conflictos en materia ejecutiva a la luz de la tutela de los derechos humanos.[31]

3.3. El principio de igualdad material

La igualdad material o "sustantiva" demanda del Estado un rol activo para la protección especial de ciertos grupos que padecen "procesos históricos o estructurales de discriminación".[32] Como bien señala Sousa Santos, una teoría de la igualdad material constituye uno de los principios fundamentales del derecho "emancipatorio" de los derechos humanos.[33]

Así lo ha entendido la propia Corte IDH en el Caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús* (2021) al realizar una interpretación en conjunto del principio de igualdad y no discriminación con un mandato de "igualdad material, que abona en gran medida a redimensionar los alcances que tiene la discriminación estructural" (párr. 121).

---

30 Sagües, S., "Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino", 2017, p. 9, *http://www.derechos-humanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/control-de-convencionalidad-a-la-luz-de-la-experiencia-en-argentina.pdf*

31 *Ibidem*, p. 21.

32 Abramovich, V., "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *SUR*, vol. 6, núm. 11, 2009, p. 18.

33 Sousa Santos, B. de, *Derecho y emancipación*, Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 16.

Al respecto, el *Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad* al delimita la discriminación estructural a través de "patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatoria".[34]

Esa desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una "estructuración social dada" y, por tanto, responde a una "práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual".[35]

En el contexto interamericano, combina problemas de "redistribución" y "reconocimiento" que apuntan a los déficits que, en términos de "acceso a recursos materiales", fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos, y en el "acceso a los recursos simbólicos" divide a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas.[36]

La "desigualdad estructural" implica tres cambios fundamentales: (a) la igualdad deja de ser concebida como un valor objetivo, por tanto, (b) debe ser construida en cada caso concreto y (c) cuando opera como criterio reparador debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido.[37]

El desembarco de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisdicción interamericana partir del año 2017 se orientó a erradicar factores de discriminación relacionados con los déficits de "redistribución" (factor pobreza como condición determinante) o de "reconocimiento"

---

34 Ferrer Mac-Gregor, E., "Acerca de la 'discriminación estructural histórica' en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo", en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *op. cit*., p. 304.

35 Clérico, L. y Aldao, M., "Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano", en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *op. cit*., p. 228 y 229.

36 Clérico, L. y Aldao, M., "Nuevas miradas de la igual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", *Lecciones y ensayos*, vol. 89, 2011, pp. 143 y 152.

37 *Ibidem*, p. 153.

(pertenencia a ciertos colectivos históricamente discriminados como pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas LGTBI, privadas de libertad, con discapacidad, mayores, con VIH, migrantes, refugiados, desplazados).

La dimensión estructural también reforzó las obligaciones convencionales de los Estados al expandir los efectos de la sentencia "sobre quienes no están presentes en el proceso, pero que se hallan ineludiblemente conectados por la definición judicial del conflicto",[38] al ordenar medidas reparatorias de tipo estructural. Esos fueron los criterios utilizados por la Corte IDH en los precedentes *Cuscul Pivaral* (2018), *Poblete Vilches* (2018), *Asociación Nacional Cesantes* (2019), *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús* (2021), *Llhaka Honhat* (2020), *Buzos Miskitos* (2021) *y Manuela* (2021).

Sin duda, el principio de igualdad material tiene un impacto directo en el derecho convencional a la tutela ejecutiva al expandir los efectos de la sentencia y las modalidades reparatorias repercutiendo directamente en las personas beneficiarias y, por tanto, titulares del derecho bajo análisis.

IV. Presupuestos de la responsabilidad internacional

Fisher distingue entre las obligaciones convencionales de "primer" y "segundo" grado atendiendo si la fuente *inmediata* es el Tratado internacional o una resolución vinculante dictada por un órgano internacional competente.[39]

El derecho convencional a la tutela ejecutiva genera, por tanto, una *obligación jurídica* de *segundo grado* que consiste en el acatamiento del fallo "definitivo e inapelable" dictado por la Corte IDH (art. 67 CADH) por parte de aquellos Estados que hayan reconocido su competencia (art. 62.1 CADH) en un plazo razo-

[38] Puga, M., *Litigio estructural*, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, 2013, pp. 26, 27 y 29, *www.researchgate.net/publication/251231477*

[39] Fisher, R., *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1981, p. 25.

nable (art. 8 CADH). Su incumplimiento, conlleva la responsabilidad internacional del Estado infractor, desplegando todas las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta ilegitima.

El *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (2001) en su artículo 2 establece que existe un hecho ilícito cuando "un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado" y "constituye una violación de una obligación internacional".

Los elementos de la infracción, según el *Informe de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados* (1967), tienen un componente "objetivo", la acción u omisión contraria a una obligación jurídica internacional, y uno "subjetivo", que refiere a la imputación de la conducta.

En el ámbito de los derechos humanos, el carácter "esencialmente objetivo"[40] de las obligaciones desvincula el hecho ilícito de la culpa o el dolo como elemento necesario para su nacimiento ya que el daño no opera como un condicionante de la responsabilidad sino como un efecto de la violación propio del campo de las reparaciones.

Con base en lo expuesto, y como ya adelantamos, el hecho ilícito ante el incumplimiento de la obligación de segundo grado se configura por la omisión atribuible a aquellos Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, de acatar la sentencia condenatoria firme en un plazo razonable.

La conducta ilegítima estatal produce una violación "adicional" de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la CADH que origina una *relación jurídica nueva* entre el Estado condenado y las personas beneficiarias alcanzadas en la sentencia interamericana.

A su vez, cualquier hecho ilícito produce consecuencias jurídicas, siendo la primordial la "obligación de reparar íntegramente" todo el perjuicio que se haya causado.[41] El principio esencial es que la reparación debe borrar todas sus consecuencias y resta-

[40] Cançado Trindade, A. A., *op. cit*., pp. 24 y 383, nota 7.

[41] Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, art. 31.1.

blecer el estado de cosas que hubiera existido si dicho acto no se hubiera cometido.[42]

Cabe tener presente que la responsabilidad estatal y la consecuente obligación de reparar nacen en el momento en que se comete el ilícito internacional, con independencia de si la "parte lesionada" (art. 63.1CADH) ejerce o no su derecho de petición internacional ante la CIDH.

Con la finalidad de ilustrar lo dicho, la Tabla a continuación detalla los componentes y las diversas fuentes de la responsabilidad internacional.

	Primer grado	*Segundo grado*
Hecho ilícito	Acción u omisión atribuible al Estado que constituya una violación de los arts. 1 a 26 de la CADH.	Omisión atribuible al Estado de acatar la sentencia condenatoria firme dictada por la Corte IDH en un plazo razonable.
Factor objetivo atribución	Infracción obligación primaria.	Infracción obligación secundaria.
Factor subjetivo atribución	Estados que han ratificado la Convención. (Preámbulo CADH)	Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte. (art. 62.3 CADH)
Titulares	Parte lesionada. (arts. 44, 46.b y 63.1 CADH)	Personas beneficiarias.
Consecuencias jurídicas	Obligación integral de reparar. (art. 63 CADH)	Obligación integral de reparar. (art. 63 CADH)

Con base en lo expuesto, los presupuestos para que se configure la responsabilidad internacional son: *i)* la sentencia condenatoria firme, *ii)* el vencimiento del plazo y *iii)* la conducta omisiva estatal.

[42] Corte Permanente Internacional de Justicia, Caso *Factory at Chorzów*, Sentencia de 13 de septiembre de 1928, p. 47.

Sentencia condenatoria firme. Según lo dispone el artículo 67 de la CADH "el fallo de la Corte será definitivo e inapelable", por tanto, su efectivo cumplimiento "es una obligación que no está sujeta a condiciones".[43] En efecto, el artículo 68.4 del Reglamento del Tribunal establece que la solicitud de interpretación que pudieran interponer las partes "en ningún caso suspenderá la ejecución de la sentencia".

En definitiva, el solo dictado de la sentencia y su consiguiente notificación, conforme lo prevé el artículo 69 de la Convención, son presupuestos válidos para que comiencen a correr los plazos para su cumplimiento.

Vencimiento del plazo. El vencimiento del plazo previsto en la sentencia deviene crucial en la medida en que propicia el tránsito de la situación jurídica de la obligación a la responsabilidad.[44] Los plazos en el procedimiento ante la Corte deben computarse a partir del "día hábil siguiente a la notificación de la sentencia".[45]

Consecuentemente, una vez que han transcurrido los plazos previstos para cada tipo remedial sin que se verifique su cumplimiento, nace el derecho de las personas beneficiarias de poner en marcha el aparato estatal o internacional a fin de materializar los derechos, obligaciones y medidas reparatorias previstas en la sentencia interamericana.

Conducta omisiva estatal. A diferencia de lo que ocurre con las obligaciones de primer grado, en los casos de omisión estatal para determinar el hecho ilícito y corroborar si el "factor diligencia" está presente,[46] el cómputo del plazo se convierte en un elemento de trascendental importancia.

Es por ello, que cumplido el plazo y atribuibles las circunstancias imputables a una conducta omisiva estatal, se despliegan todas las consecuencias jurídicas de la tutela ejecutiva que con-

---

43 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*. Supervisión de Cumplimiento, 2017, párr. 13.

44 Carnelutti, F., *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 479-483.

45 Corte IDH, Acuerdo 1/14, art. 1 y 3.

46 Chicharro Lázaro, 2020, p. 46.

siste en la obligación "integral" de reparar los daños adicionales ocasionados por la conducta ilegitima del Estado.

V. La obligación integral de reparar: el caso de Ecuador

El artículo 93 de la Constitución de Ecuador consagra como un "derecho ciudadano",[47] la "acción por incumplimiento" mediante un procedimiento "sencillo, rápido y eficaz" ante la Corte Constitucional para garantizar el acatamiento de "sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible".

La Corte Constitucional de Ecuador ha señalado que este mecanismo constituye *per se* una "auténtica garantía jurisdiccional" en tanto, la jurisdicción constitucional "de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias".[48]

En virtud de que el incumplimiento de la obligación de segundo grado "constituye un quebrantamiento del ordenamiento jurídico internacional",[49] el artículo 21 de la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (LOGJCC) dispone que la jueza o juez dispondrán de "todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o

47 Albuja Varela, F., *Ejecución de sentencias internacionales. Mecanismos jurídicos para su efectividad,* Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, p. 83.

48 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-10-PJO-CC, de 22 de diciembre de 2010, párr. 47 y 49.

49 Salazar Marín, D., "La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador", *Iuris Dictio*, vol. 15, 2013, p. 101 y Moreno López, M. C., *La acción constitucional por incumplimiento de las decisiones e informes de organismos internacionales de derechos humanos. Ecuador 2008-2019,* Quito, Universidad Andina Simón Bolivar, 2020, p. 36.

el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional".

En materia de reparación, el artículo 86 de la Carta Magna prevé, con amplio alcance, que en caso de constatarse la vulneración se deberá "ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse".

En esa línea, el artículo 18 de la LOGJCC dispone que la reparación podrá incluir "la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud".

Para asegurar la reparación integral la Constitución prevé que "si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar".

A efectos de la declaración de la responsabilidad estatal, el artículo 20 de la LOGJCC establece que el juzgado deberá remitir el expediente a la "máxima autoridad de la entidad responsable" para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una "conducta tipificada como delito".

Del análisis normativo se desprende que la acción por incumplimiento "considera a la omisión como una conducta ilegítima del Estado".[50] estableciendo consecuencias jurídicas concretas como la responsabilidad civil y penal de las(os) funcionarias(os) encargadas(os) de su ejecución y el derecho a la reparación integral que, creemos es la más relevante.

En esa línea, la Corte IDH ha entendido que es una "obligación" a cargo de los Estados "realizar las investigaciones correspondien-

[50] Albuja Varela, F., *op. cit*., p. 75.

tes y aplicar las sanciones pertinentes a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales".[51]

Es interesante resaltar que un estudio empírico realizado por Staton y Romero,[52] que analiza el impacto de la claridad de las órdenes remediales dictadas por la Corte IDH, concluye que la estrategia de "*naming names*",[53] influye "positivamente" en las reacciones de los Gobiernos estatales como mecanismo de presión para el cumplimiento.[54]

Un ejemplo de la eficaz intervención jurisdiccional es la Sentencia 60-19-AN/23 de la Corte Constitucional de Ecuador, de 20 de diciembre de 2023. Ante la "prolongada demora y palmaria inactividad del Estado" en cumplir con el fallo interamericano en el caso *Comunidad Indígenas Kichwa de Sarayaku* ordenó que el Ministerio de la Mujer y Derechos Humanos lleve a cabo una "exhaustiva investigación" sobre las causas de la injustificada y excesiva demora para "individualizar a las personas responsables del incumplimiento e impulsar las acciones pertinentes" (punto resolutivo 6).

Además, ordenó que el órgano estatal emita unas "disculpas públicas en favor de los accionantes" como medida de satisfacción (punto resolutivo 7).

En el marco de la referida acción, los representantes de las víctimas aludieron al papel fundamental de la jurisdicción constitucional en el cumplimiento de las sentencias interamericanas al tener la oportunidad excepcional de fortalecer la arquitectura de tutela de los derechos humanos evidenciando el importante rol de la jurisdicción constitucional en procurar que diversas agencias estatales internas cumplan con lo ordenado.

---

51 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú...*, *cit.*, punto resolutivo sexto.

52 Staton, J. K. y Romero, A., *Clarity and Compliance in the Inter-American Human Rights System,* 2011, *https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/448/Clarity-and-Compliance-in-the-Inter-American-Human-Rights-System.pdf*

53 Huneeus, A., "Courts resisting courts: lessons from the Inter-American court´s struggle to enforce human rights", *Cornell International Law Journal,* vol. 44, núm. 3, 2011, p. 522.

54 Staton, J. K. y Romero, A., *op. cit.*, p. 19.

VI. Corolario

La Corte IDH ha adoptado una postura estratégica al elevar el rango de protección convencional de la ejecución de los fallos interamericanos como un derecho sustantivo. Sin embargo, no ha perfilado con claridad su contenido ni los presupuestos normativos que dan cauce a la responsabilidad internacional y, por consiguiente, las consecuencias jurídicas de la omisión estatal.

Con esa finalidad, el derecho convencional a la tutela ejecutiva materializa la dimensión sustantiva perfilando la obligación jurídica internacional de segundo grado. Este derecho no solo refuerza la obligación en cabeza de los Estados, sino que empodera a las personas beneficiarias del fallo interamericano a través de la reparación integral de los daños *adicionales* causados por la conducta ilegítima estatal.

La etapa de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH se ha convertido en los últimos años en una de las actividades más "demandantes"[55] y desafiantes que nos impulsa a reflexionar en nuevas propuestas para mejorar la efectividad de los derechos convencionales en la jurisdicción interamericana a cuarenta y cuatro años de su conformación.

Referencias

Abramovich, V., "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *SUR*, vol. 6, núm. 11, 2009.

Albuja Varela, F., *Ejecución de sentencias internacionales. Mecanismos jurídicos para su efectividad,* Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.

Ando, N., "National implementation and interpretation", en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law,* Oxford University Press, 2013.

[55] Corte IDH, Informe Anual 2018, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf*

Cançado Trindade, A. A., *Bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección*, 2001.

Cappelletti, M. y Bryant, G., *El acceso a la justicia*, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983.

Carnelutti, F., *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

Clérico, L. y Aldao, M., "Nuevas miradas de la igual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", *Lecciones y ensayos*, vol. 89, 2011.

Clérico, L. y Aldao, M., "Sobre la igualdad como pilar del derecho constitucional latinoamericano", en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius Constitucionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su Comprensión*, Alemania y México, Max Planck Institute IECEQ, 2017.

Cubillo López, I. J., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional", *Estudios De Deusto*, vol. 66, núm. 2, 2018.

Oliva Santos, A. de la, "Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil", *Constitución, derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragues*, España, Cometa S.A., 1983.

Oliva Santos, A. de la, Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales,* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

Sousa Santos, B. de, *Derecho y emancipación*, Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, España, Aranzadi, 2008.

Dulitzky, A., "El Impacto del control de convencionalidad. ¿un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Dere-

chos Humanos?", en J. C. Rivera, J. S. Elias, L. S. Grosman y S. Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales,* Argentina, Abeledo Perrot, 2014.

Ferrer Mac-Gregor, E., "Acerca de la 'discriminación estructural histórica' en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo", en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius Constitucionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su Comprensión*, Alemania y México, Max Planck Institute IECEQ, 2017.

Ferrer Mac Gregor, E. y Pelayo Möller, C.M., "Comentario artículo de la CADH", en C. Steiner y M.C. Fuchs, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* 2a. ed., Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

Fisher, R., *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1981.

García Ramírez, S., "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un Ius Commune", en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius Constitucionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su Comprensión,* Alemania y México, Max Planck Institute-IECEQ, 2017.

Huneeus, A., "Courts resisting courts: lessons from the Inter-American court´s struggle to enforce human rights", *Cornell International Law Journal,* vol. 44, núm. 3, 2011.

Hunneeus, A., "Reforming the States from afar: structural reform litigation at the human rights courts", *Yale Journal of International Law*, vol. 40, 2015.

Hunneeus, A., "Constitutional lawyers and the Inter-American Court´s varied authority", *Law and Contempory Problems*, vol. 79, 2016.

Medina Quiroga, C., *La Convención Americana: vida, integridad personas, libertad persona, debido proceso y recurso judicial,* Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

Medina Quiroga, C., *Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2005.

Miaja de la Muela, A., *El principio de efectividad en Derecho Internacional*, Universidad de Valladolid, 1958.

Montero Aroca, J. y Flors Matíes, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Moreno López, M. C., *La acción constitucional por incumplimiento de las decisiones e informes de organismos internacionales de derechos humanos. Ecuador 2008-2019,* Quito, Universidad Andina Simón Bolivar, 2020.

Puga, M., *Litigio estructural*, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, 2013.

Šadl, U., "The role of *effet utile* in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence from the citation web of the pre-accesion case law of The Court of Justice of the EU", *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, 2015.

Sagües, N. P., "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 1, 2010.

Sagües, S., "Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino", 2017.

Salazar Marín, D., "La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador", *Iuris Dictio*, vol. 15, 2013.

Staton, J. K. y Romero, A., *Clarity and Compliance in the Inter-American Human Rights System,* 2011.

Perspectiva de género igualitaria en la impartición de justicia en México

***

Equal gender perspective in the administration of justice in México

Roselia Rivera Almazán[*]

Resumen: la perspectiva de género es una herramienta obligatoria en la impartición de justicia en México. Nos permite mirar las desventajas que se tienen por el hecho de ser mujeres u hombres. El objetivo de este trabajo es proponer una perspectiva de género igualitaria, donde inclusivamente, al impartir justicia se resguarden los derechos de toda persona justiciable, que necesite ser considerada en su vulnerabilidad, frente a las construcciones de género. Los métodos: histórico, analítico, dogmático y critico racional, nos llevan a plantear una perspectiva de género igualitaria, evolucionada, no limitativa sino inclusiva, ajustada a las realidades humanas, donde los juzgadores identifiquen los roles y estereotipos de género que asimétricamente vulneran a las partes involucradas, sirviendo su determinación, para equilibrar tales diferencias, con una visión que trascienda las vulnerabilidades de la mujer, para mirar las de todas las personas.

* Doctora en Derecho y Globalización. Profesora investigadora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

Abstract: the gender perspective is a mandatory tool in the administration of justice in Mexico. It allows us to look at the disadvantages that exist due to the fact of being women or men. The objective of this work is to propose an egalitarian gender perspective, where inclusively, when administering justice, the rights of every person who needs to be considered in their vulnerability, in the face of gender constructions, are protected. The methods: historical, analytical, dogmatic and critical rational, lead us to propose an egalitarian gender perspective, evolved, not limiting but inclusive, adjusted to human realities, where judges identify the gender roles and stereotypes that asymmetrically violate the parties involved, serving their determination to balance such differences, with a vision that transcends the vulnerabilities of women, to look at those of all people.

Palabras clave: perspectiva de género, igualdad, impartición de justicia.

Keywords: gender perspective, equality, administration of justice.

Sumario: I. Introducción. II. De la desigualdad, a los estudios de género. III. La perspectiva de género. IV. La perspectiva de género igualitaria en la impartición de justicia en México. V. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

El presente trabajo se refiere a la perspectiva de género, bajo una propuesta de actualización sobre la visión que se tiene. La característica principal de esta herramienta es que, se enfoca en reconocer, objetar y evaluar la discriminación, desigualdad y exclusión que sufren las mujeres. Sin embargo, en México, diariamente se presentan altos índices de violencia, que en sus diversas expresiones impactan a todas las personas, independientemente del sexo o género que tienen. Frente a esta realidad, se requiere que nuestro sistema judicial mexicano, sea más eficiente, sensible y que tenga un enfoque de género para todas las personas.

Para analizar esta problemática, se abordaron aspectos ligados a: la desigualdad, los estudios de género, la perspectiva de género, a esta herramienta como un compromiso global, de Estado, así como su inserción en la función judicial, proyectando a la perspectiva de género de una manera igualitaria, en la actividad de los juzgadores en México. Bajo los rubros anteriores, se plantea de manera articulada un nuevo paradigma, ya que; la perspectiva de género puede ser una herramienta que frene la violencia, garantizando, además, que las víctimas reciban protección oportuna, justicia y reparación.

Este trabajo se plantea porque existe la necesidad de atender la realidad social violenta de México. Cabe señalar que actualmente existe una visión limitada de la perspectiva de género, se trata de una perspectiva tradicional, que omite considerar, aquellos casos donde las víctimas puedan ser hombres o personas de cualquier otro género. Es necesario llegar a la comprensión de que, en México, se necesitan operadores de justicia comprometidos con la igualdad. La función judicial es fundamental en la reconstrucción del tejido social, pues a través de los criterios de dicha función, se lanzan mensajes contundentes a la sociedad, para que la población tenga una mayor noción de lo que es correcto, de lo que no.

En este sentido, la metodología utilizada, fundamenta la factibilidad de que, en la función judicial, se desarrolle y aplique una perspectiva de género igualitaria, donde inclusivamente al impartir justicia, se considere el resguardo de los derechos humanos de todo justiciable, considerando su vulnerabilidad, trascendiendo su sexo y género, para el acceso a mejores condiciones de vida en la sociedad mexicana. Por ello, se presenta el siguiente desarrollo.

II. De la desigualdad, a los estudios de género

Desde la antigüedad, el tema de la desigualdad entre las personas inspiró múltiples construcciones. Autores como Rousseau, advirtieron diferencias que en primer plano se refirieron a las características naturales o físicas. Por ejemplo: la edad, salud, fuerza corporal y las cualidades del espíritu o alma. En un segundo pla-

no, se consideraron a las desigualdades según los atributos morales o políticos que poseían las personas, como: los privilegios y la riqueza material que era determinante para que, dentro de un grupo, algunas fueran respetadas, poderosas y obedecidas, mientras que otras no, distinguiéndose a quienes están destinados a mandar de los que solo pueden obedecer, con el consentimiento entre las personas del propio grupo.[1]

La desigualdad, también ha sido uno de los ejes que determinan la historia de la humanidad. Por ejemplo, en la revolución francesa del siglo XVIII, que fue el resultado del cansancio de los menos favorecidos en el esquema de las diferencias, dando pauta a las luchas que transformaron la idea del poder, para incorporar en los procesos democráticos y en la sociedad moderna, a los principios de: igualdad, libertad y fraternidad. De este modo, la reorientación de lo que hoy comprendemos por estado, adquirió una dimensión vinculada a la lucha contra las desigualdades, bajo la que además se realizó el diseño constitucional de los Estados, donde se integraron dos apartados: el de los derechos mínimos para las personas y el de la organización del Gobierno. Así, en la medida que los estados nación se fueron conformando, surgieron nuevos problemas sociales aparejados a nuevas desigualdades, pero la humanidad aprendió a verlos con una mirada más libertaria, porque el velo que impidió vernos como iguales ya había caído.

En el siglo XIX se continuaron trazando los postulados que el nuevo siglo XX vería materializados. Entre ellos, la lucha por los derechos de las mujeres, logrando que varios países aprobaran el voto de las mujeres. Esta conquista las visibilizó y se tomó noción sobre su capacidad e importancia en los procesos democráticos. El voto que dio poder a las mujeres, al mismo tiempo las convirtió en capital político que las grandes cúpulas captan mediante la manipulación, el morbo y la confrontación. Para algunos sectores de poder, colocar las necesidades de las mujeres como prioridad, es una estrategia que toma notas de una colonización articulada sobre un ficticio empoderamiento, apuntado con madera de venganza, que se mantiene vigente.

[1] Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, *https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basi cos/5_biblioteca_virtual/2_genero/5.pdf*

Las luchas hegemónicas del siglo xx, llevaron a conformar la Organización de las Naciones Unidas, donde el tema de las diferencias entre mujeres y hombres adquirió ahora una relevancia internacional y se empezó a considerar en las agendas de diversas naciones como tema global. Esta visión impactó la redacción de los instrumentos normativos internacionales. Por ejemplo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 1 refirió: "Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos". Siglo y medio después, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 1, con una visión más incluyente, determinó que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración". Es decir, el lenguaje incluyente, empezó a dar sus primeros esbozos, sustituyendo el sustantivo hombre, por el de persona.

México, la lucha de las mujeres llevó a conquistar el voto femenino definitivo en 1953, a partir de ese momento el camino de su lucha se abrió hasta insertarse en las funciones del Estado.

Por otra parte, a partir de 1960, en disciplinas como la psicología, la palabra género se proyectaría de una nueva forma, algunas claves para entender el nuevo sentido se plantearon desde la visión antropológica con autoras como Marta Lamas, quien nos mostró su uso, como una categoría para analizar a los integrantes de la especie humana, a partir de tres componentes: el biológico, psicológico y social. Para esta autora, el género es lo que esperamos del hecho de ser hombre o del hecho de ser mujer.[2]

Atendiendo a lo anterior, los análisis de la desigualdad en un origen primario (cuestiones naturales o biológicas) orientados por el sexo de una persona, se determinan según sus cromosomas, hormonas, gónadas y genitales. Esta clasificación se conoce como dimorfismo sexual en la especie humana (DSH) y nos permite establecer si una persona es mujer u hombre, biológicamente. Pero hay quienes consideran que no se puede determinar que tan distintas son las mujeres de los hombres sólo por el plano biológico y que además no existe un consenso sobre el porcen-

[2] Lamas, Marta Conferencia "Claves para entender el género", Primer diplomado de diálogos de género, caminos propicios para la igualdad entre mujeres y hombres, https://www.youtube.com/watch?v=37P9C2xMfaU

taje de diferencias sexuales que determinarían si se trata de un hombre o de una mujer. Otros señalan que las diferencias biológicas no son determinantes en las relaciones de las sociedades humanas y que no tendrían porque impactar conductualmente a las personas.

Los defensores de estos criterios, consideran que cuando nos centramos en las diferencias entre mujeres y hombres por el plano biológico, en realidad pretendemos justificar las conductas violentas que comenten los hombres. Incluso hay quienes mencionan que: "Las teorías que explican el dimorfismo sexual en animales no pueden emplearse directamente para estudiar el dimorfismo sexual humano (DSH)".[3]

Negarnos a considerar que los humanos somos un integrante más del reino animal, es una visión antropocéntrica, limitada e ingenua. Del mismo modo se perciben quienes pretenden que hombres y mujeres se comporten de la misma manera. Incluso, no puede afirmarse que la búsqueda de un trato idéntico, sea un deseo de todas las personas, ni siquiera de todas las mujeres. En las desigualdades humanas, las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, se vinculan a las diferencias del plano político o moral, porque la riqueza que acumuló el grupo más fuerte o que tuvo mejores procesos de adaptación, obtuvo poder. Entonces, las desigualdades, pasaron de biológicas-naturales a políticas-morales.

En la actualidad, las diferencias que persisten entre mujeres y hombres, se analizan con base en los derechos humanos y la discriminación. Dentro del ámbito jurídico se explica mediante ejemplos como: la brecha salarial, mostrando las asimetrías para las mujeres en el ámbito laboral, pues el hecho biológico de la maternidad las impacta en su ritmo, continuidad y eficiencia en el trabajo. A lo natural, biológico y sexual, se agregan las expectativas que socialmente se tienen sobre las mujeres y hombres, se mandata lo que deben hacer, sentir, pensar, decir o ser. Se trata

[3] Morales, Sergio, "¿Los hombres y las mujeres actuamos diferente porque tenemos biologías diferentes?", Ciencia del Sur, *https://cienciasdelsur.com/2021/07/30/los-hombres-y-las-mujeres-actuamosdiferente-porque-tenemos-biologias*

de un enjuiciamiento al que sometemos a las personas, por su sexo y se conoce como género. En este sentido, los estudios de género se articularon como mecanismo que permitiera identificar la discriminación en el acceso, goce y ejercicio de los derechos humanos.

Cabe mencionar que los conflictos sociales tienen un antecedente en las construcciones culturales, por tanto, si el género es el sexo socialmente construido,[4] entonces, las construcciones sociales en torno al sexo de las personas, deben atenderse, en la fase de los procesos de construcción y considerar el impacto de desventajas que tienen esas construcciones, en las relaciones entre personas sexuadas y que son la razón de ser del género, como actualmente lo entendemos.

III. La perspectiva de género

Por su parte, la perspectiva de género data de 1975, al utilizarse por primera vez en un discurso de la ONU, contra las políticas neutrales de desarrollo de las mujeres. Esto se afianzó para 1995 en la Conferencia de Beijing, quedando para el estado moderno como: "Una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas neutrales".[5] Entonces, la perspectiva de género, originariamente tiene un enfoque en favor de las mujeres. Sin embargo, los problemas sociales que también se actualizan, deben analizarse vinculados a las nuevas construcciones culturales que afectan a todas las personas y no solo a las mujeres.

México ocupa los últimos lugares en el Índice Global de Estado de Derecho del 2023. Tiene una crisis sobre los límites al poder gubernamental, corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden, seguridad, cumplimiento regulatorio y fi-

[4] Barbieri, Teresita de, "Sobre la categoría género: una introducción teórico-metodológica", *Debates en Sociología*, núm. 18, 1993, *DOI: https://doi.org/10.18800/debatesensociologia.199301.006*

[5] Sosa, María Julia, "Investigar y juzgar con perspectiva de género", *Revista Jurídica*, núm. 8, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, mayo 2021, *https://www.amfjn.org.ar/revista-juridica-8.html*

nalmente la justicia.[6] Las deficiencias en estos sectores colocan al país en el lugar 116 de 142 que fueron evaluados. El Gobierno, no es confiable, se maneja con discursos polarizados y mantiene alienados a los menos favorecidos, construyendo un populismo de género, que impacta principalmente a las mujeres, sin cambios en las cifras de la violencia, por el contrario, los problemas aumentan.

En suma, los mecanismos que diferenciaban a mujeres de hombres, evolucionaron a género y a su perspectiva, que después los Estados las incorporaron en sus funciones, siendo el objetivo de este material, la relativa a la función judicial. En esta actividad, se necesita de impartidores de justicia que desarrollen una mirada enfocada en las vulnerabilidades de las partes, ligadas a las construcciones culturales, conocidas como roles y estereotipos de género, que colocan asimétricamente en el ejercicio del poder, a las personas, en las relaciones que se presentan. Esto sin sesgos por el sexo de las personas.

Por lo anterior, los impartidores de justicia deben considerar las construcciones culturales que se materializaron en costumbres, valores, simbolismos, determinando roles y estereotipos para mujeres, pero también las que se elaboran en torno a los hombres y que en cada grupo social se validan. La perspectiva de género con un enfoque inclusivo, puede ser un camino útil para mirar la desigualdad y la discriminación. La perspectiva de género de manera tradicional, surgió en medio de una crisis global, donde las problemáticas necesitaron incorporar esta nueva mirada, primero, en favor de las mujeres, pero actualmente, frente a los tiempos violentos que vive la humanidad, debe ampliarse, sin distinguir a las personas por su sexo.

La perspectiva de género "es una herramienta conceptual que muestra, que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no solo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos".[7] La evolución es tal,

6 World Justice Project, Índice Global de Estado de Derecho, *https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Mexico_Espa%C3%B1 ol.pdf*

7 CONAVIM, ¿Qué es la perspectiva de género y porqué es necesario implementarla?, *https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-degenero-y-por-que-es-necesario-implementarla*

que se encuentra presente en todas las funciones del Estado, pero en este trabajo nos centraremos en el trabajo de los juzgadores.

3.1. La perspectiva de género como compromiso global y de estado

En consonancia, desde el plano global, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, se integraron bajo la idea de un cumplimiento conjunto, al que deben aspirar las naciones, con el compromiso de apoyar a los más desfavorecidos. El ODS 5 se refiere a la igualdad de género, pero su enfoque central es para la atención de las mujeres. En el contexto global existen enfoques parciales, pero también otros criterios más amplios e inclusivos. Por ejemplo: la Organización de las Naciones Unidas, considera a la perspectiva de género como: "Una estrategia para que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, hombres y las personas con diversas identidades de género sean una dimensión integral del diseño, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de las políticas y los programas". Esto se hace para que todas las personas puedan beneficiarse por igual, para que no se perpetúe la desigualdad.[8]

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la perspectiva de género en resguardo de los derechos humanos, es valiosa porque transforma política y culturalmente, impactando positivamente la vida de las mujeres como de los hombres. El valor se centra en que permite evidenciar que los roles y estereotipos asignados a mujeres y hombres son patrones socioculturales, creados por la sociedad y no obra de la naturaleza, por ello y en la medida que esas asignaciones sociales generan desigualdad y discriminación, pueden y deben ser transformadas.[9]

La perspectiva de género, evalúa las diferencias entre las personas en el plano institucional. Confirma la necesidad de recono-

[8] Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Integración de género, *https://www.ohchr.org/es/women/gender-integration*

[9] IIDH, *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*, San José, p. 16.

cer las diversas identidades de género, sin limitarse al hecho de ser mujer u hombre, sino también a las personas de la comunidad LGBTTTIQ+, advirtiendo las necesidades de todas las personas, beneficiándose de las acciones que se implementen, en la creación de normas, programas, políticas públicas o en cualquier atribución o función del poder. Esto se traduce en mandato para que durante el ejercicio del poder se apliquen criterios abiertos en la actividad del ejecutivo, legislativo o judicial.

3.2. La perspectiva de género y la función judicial

México, enfrenta serios conflictos sociales y debiendo ser la impartición de justicia, la actividad fundamental para restaurar la paz, garantizando una tutela judicial efectiva la que devuelva la confianza en las instituciones, no funciona así, aún y cuando es compromiso del Estado, proteger los derechos fundamentales, resolver los conflictos eficientemente, sancionar, prevenir delitos, así como reparar daños. Pero contrariamente a lo esperado, la función jurisdiccional está colapsada con carga de trabajo y repleta de jueces que son la segunda autoridad que la población mexicana considera la más corrupta.[10]

Mientras tanto, en la función judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el 2020, se armonizó y emitió el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Sus objetivos fueron: erradicar estereotipos y sesgos de género, garantizar el acceso a la justicia y promover reparaciones integrales.[11] Se abordó la situación de la mujer, pero también de las masculinidades, integró diversas pautas, por ejemplo: que se trata de una obligación de los operadores jurídicos, se consideran implicaciones, supuestos y elementos de la perspectiva de género. En síntesis, de manera extensa presenta una guía que resulta muy útil para los juzgadores y tiene una óptica de aplicación incluyente.

[10] INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, 2024, *https://www.inegi.org.mx/temas/percepciondes/*

[11] SCJN, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

Pese a los avances del protocolo, en las determinaciones cotidianas de los juzgadores, apreciamos que el sesgo de la perspectiva de género es parcial, en favor de las mujeres, pese a que la herramienta tiene como fin, servir para que los impartidores de justicia consideren las construcciones culturales que generan asimetrías en las relaciones entre personas con cargas desiguales, para que a través de sus criterios, puedan emparejar esas desigualdades que dieron origen al conflicto.

En la impartición de justicia, coexiste la visión institucional y la parte humana del juzgador, que no es ajena a sus propias construcciones culturales. Pero además existe presión social sobre ellos. Por ejemplo: los medios de comunicación y las redes sociales llevan a cabo también condenas sociales, sin conocer de fondo los asuntos, captan al público mediante el manejo del morbo y lucran con el dolor de los justiciables. Otra presión es la de colectivas feministas, a quienes les llegó el hartazgo de que las condiciones de las mujeres no mejoran. Con el resentimiento de siglos y las promesas incumplidas en cada administración, bajo una estructura sostenida con el dolor de las mujeres, las negociaciones se han cerrado y las violencias se acrecientan para todas las personas.

La lucha de las mujeres, es razón de mucho peso en el funcionamiento del Estado. Se ganaron la posición a lo largo de los años y este trabajo, no desconoce ni minimiza las conquistas de las mujeres. No pretende restarles los derechos adquiridos. Además, existen en México, realidades de mujeres que cautivas de la interseccionalidad, siguen necesitando del impulso de la justicia, para salir de la vulnerabilidad en que se encuentran. No obstante, las violencias en México atraviesan las relaciones entre mujeres y hombres, así como entre mujeres con mujeres, hombres con hombres y hasta entre quienes no se identifican ni como unos u otros.

Diversos son los conflictos, pero no en todos los casos, la mujer es la parte vulnerable, así como no en todos los casos, los hombres ejercen su poder y son violentos. Lo lamentable, es que el sistema de Estado incorporó una visión primaria, a la que llama perspectiva de género, que en realidad es una perspectiva en favor de las mujeres. Los problemas en la impartición de justicia y

el acceso efectivo a los derechos humanos colapsaron. A causa de ello, los riesgos a los que se enfrenta la población son generales. Por esta razón, se plantea una perspectiva de género igualitaria, que incida en la vida de toda persona y sirva para trazar estrategias de cambio. Entonces, el plano de igualdad debe sumarse a la perspectiva de género, tal como se desarrollará en el siguiente punto.

IV. La perspectiva de género igualitaria en la impartición de justicia en México

El plano igualitario en la perspectiva de género a la igualdad, encuentra fundamento en el análisis de Norberto Bobbio, quien marca la estrecha relación entre igualdad y justicia como presupuestos inseparables, diciendo que: "[...] desde el momento en que la igualdad no es de por sí un valor, sino que lo es tan solo en la medida en que sea una condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la justicia".[12]

Desde el anterior planteamiento, en la perspectiva de género debe existir la condición necesaria de la búsqueda de la justicia para todas las personas, con la mirada puesta en las asimetrías y vulnerabilidades que toda persona pueda sufrir en un conflicto y serán los juzgadores quienes logren, a través de sus sentencias, quienes buscarán el equilibrio del mecanismo, prevaleciendo la esencia de la justicia. A manera de regla aristotélica de; trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Debemos considerar que le corresponde al Estado, prepararlos y sensibilizarlos para que en la impartición de justicia, en los casos donde se requiera, apliquen genuinos análisis de género, de una manera inclusiva que no se limite a considerar únicamente a las mujeres como víctimas.

El juzgador se acobardará ante la posibilidad de emitir una sentencia contraria a lo que la sociedad refuerza, evitará utilizar

[12] Bobbio Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de Aragón Rincón, P., Barcelona, Paidós I.C.E/U.A.B., 1993, p. 59.

las amplias facultades que pueda tener, porque preferirá seguir la corriente, que nadar contra ella. Todo lo anterior, nos lleva a replantear la premisa de la impartición de justicia igualitaria, por la de perspectiva de género igualitaria, debido a que la impartición de justicia formalmente hablando, es igualitaria desde la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 13 prohíbe aplicar leyes privativas, o tribunales especiales. Los artículos 14 y 16 consagran la legalidad del sistema de impartición de justicia, y el 103 y 107 son el mecanismo de defensa de todos los derechos humanos, para toda persona. El artículo 4º del mismo ordenamiento tiene inserta la igualdad ante la ley entre la mujer y el hombre. En refuerzo, el propio artículo 1º prohíbe discriminar por género. Entonces, a pesar de las deficiencias, la impartición de justicia como sistema, ya tiene incorporada a la igualdad, pero esto no ocurre con la perspectiva de género.

Lo anterior, involucra la visión personalísima del operador jurídico, al que se agrega la institucionalización de una perspectiva en favor de la mujer. Por lo tanto, la evolución del sistema demanda que los juzgadores, adviertan que se requiere de un desarrollo previo para mirar las desigualdades, las afectaciones, y las vulnerabilidades de las personas sobre las que dictarán una sentencia, ya que ellos mismos pueden estar cautivos y alienados a una visión parcial.

Este material, plantea una apología de la perspectiva de género igualitaria, porque, así como celebramos que en diversos casos, la perspectiva de género ha sido tomada como bandera de mujeres que han luchado por el reconocimiento de sus derechos humanos, también existe cuestionamiento sobre la parcialidad del sistema, hasta señalamientos de que la perspectiva de género es una invocación fraudulenta. Por ejemplo: cuando se habla del alto índice de denuncias falsas en contra de hombres, el uso desproporcional de las acciones afirmativas en favor de las mujeres y el odio contra la comunidad LGBTTTIQ+, que aún sigue sin ser atendida, olvidando que a toda persona debe garantizársele un debido proceso.

Una vez desarrollados los puntos que sustentan la propuesta de una perspectiva de género igualitaria e inclusiva, en protec-

ción de los derechos humanos de los justiciables, que sean impactados por las construcciones de género, se presenta la siguiente:

V. Conclusión

Toda persona, más allá de su sexo y género, necesita de operadores de justicia que emitan criterios en los que se consideren las vulnerabilidades que se tienen a causa de los roles y estereotipos de género. De esta manera, toda persona podrá obtener justicia frente a las asimetrías, producto de las construcciones culturales y al mismo tiempo, la función judicial, constituirá un mecanismo de frenó y transformación de la sociedad, impactando positivamente en la manera en que se desarrollan las relaciones entre los seres humanos.

La atención de todas las expresiones de violencia que se viven en México, nos remite a una visión apocalíptica, que puede replantearse a partir de un giro en la impartición de justicia, donde prevalezca el resguardo de los derechos humanos de una manera inclusiva. En estos tiempos ser mujer es una vulnerabilidad y ser hombre equivale a ser un culpable. Es cierto que hay una deuda histórica con las mujeres, pero esta sociedad no se integra únicamente por mujeres, por ello, es importante darles voz a todas las personas que necesitan una impartición de justicia sin sesgos sexuales o de género. Serán los juzgadores, quienes tendrán que empezar con la construcción de nuevos paradigmas sobre el significado de juzgar con perspectiva de género, para aplicarla de una manera inclusiva y abierta para toda persona sin distinción de sexo o género.

Referencias

Barbieri, Teresita de, "Sobre la categoría género: una introducción teórico-metodológica", *Debates en Sociología*, núm. 18, 1993.

Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de Aragón Rincón, P., Barcelona, Paidós I.C.E/U.A.B., 1993.

SCJN, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

Cortés Cid, M.M., Rodríguez Gutiérrez, Y., Muñoz López A., Guía para la incorporación de la perspectiva de género, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2014.

INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, 2024.

Lamas, Marta, Conferencia "Claves para entender el género", Primer diplomado de diálogos de género, caminos propicios para la igualdad entre mujeres y hombres.

Morales, Sergio, "¿Los hombres y las mujeres actuamos diferente porque tenemos biologías diferentes?", Ciencia del Sur.

Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Integración de género.

CONAVIM, ¿Qué es la perspectiva de género y porqué es necesario implementarla?

Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*.

World Justice Project, Índice Global de Estado de Derecho.

El acceso a la justicia como requerimiento del Estado constitucional y democrático de derecho

***

Access to justice as a requirement of constitutional and democratic state of law

Efrén Rivera Ramos[*]

Resumen: el acceso a la justicia debe entenderse como un elemento indispensable del Estado constitucional y democrático de derecho. En la primera parte se explica la noción de Estado de derecho que se adopta en el trabajo. En la segunda, se define el concepto de acceso a la justicia, explicando sus distintos componentes, su carácter de principio y derecho fundamental, su conexión con el principio fundamental de la igualdad y otros principios y normas constitucionales y los obstáculos que enfrenta su realización. Se ofrecen algunas sugerencias sobre las medidas que un Estado constitucional y democrático de derecho debe prohijar para hacer efectivo el acceso a la justicia como principio y derecho fundamental y como condición objetiva para la materialización de los propósitos y aspiraciones que el Estado de derecho procura promover.

Abstract: the notion of access to justice must be understood as an indispensable component of the rule of law in its cons-

* Catedrático de la Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico, PhD en Derecho por la Universidad de Londres, LLM de la Universidad de Harvard, Juris Doctor de la Universidad de Puerto Rico, B.A. de la Universidad de Puerto Rico.

titutional and democratic version. The first part discusses the conception of the rule of law adopted in the paper. The second part explains the idea of access to justice, its main elements, its character both as a basic principle and a fundamental right, its connection to the principle of equality and other fundamental constitutional principles and norms, and the obstacles it faces in the process of its implementation. The paper offers suggestions about the measures that a constitutional and democratic system based on the rule of law should adopt to make effective the ideal of access to justice as a basic principle and a fundamental right as well as a set of objective conditions necessary for the realization of the purposes and aspirations that the rule of law seeks to promote.

Palabras clave: acceso a la justicia, Estado de derecho, Estado constitucional y democrático de derecho, derechos fundamentales, igualdad.

Keywords: access to justice, rule of law, constitutional and democratic state governed by law, fundamental rights, equality.

Sumario: I. Introducción. II. El Estado constitucional y democrático de derecho. III. El acceso a la justicia. IV. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

El propósito de esta ponencia es exponer el sentido en que afirmamos que el acceso a la justicia debe entenderse como un elemento indispensable del Estado constitucional y democrático de derecho. En la primera parte se explica la noción de Estado de derecho que se adopta en el trabajo. En la segunda, se define el concepto de acceso a la justicia, explicando sus distintos componentes, su carácter de principio y derecho fundamental, su conexión con el principio fundamental de la igualdad y otros principios y normas constitucionales y los obstáculos que enfrenta su realización. Se ofrecen algunas sugerencias sobre las medidas que un Estado constitucional y democrático de derecho debe prohijar para hacer efectivo el acceso a la justicia

como principio y derecho fundamental y como condición objetiva para la materialización de los objetivos y aspiraciones que el Estado de derecho procura promover.

II. El Estado constitucional y democrático de derecho

En su sentido más simple la noción del Estado de derecho expresa la aspiración de que el Estado y la sociedad estén sometidas al derecho. Desde sus formulaciones más tempranas, su objetivo principal ha sido evitar la arbitrariedad del ejercicio del poder político, procurando que el Estado y los gobernantes actúen conforme a normas adoptadas legítimamente para gobernar a la población sobre la que ejercen el poder político. Con el tiempo esta idea básica se ha nutrido de nuevos significados que han ido superando las versiones minimalistas originales hasta llegar a configurar caracterizaciones más densas que suelen incluir una multiplicidad de elementos.[1] Piénsese nada más en que la Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado un índice del Estado de derecho que contiene 135 indicadores específicos para evaluar el grado en que los Estados satisfacen los requerimientos del ideal del Estado de derecho en la actualidad.[2]

Esta ponencia abraza una variante de la visión densa del Estado de derecho que propone al menos seis variables indispensables que todo estado de derecho contemporáneo debe incorporar. Son estas: la sujeción a la constitución, la observación del principio democrático, el respeto a los derechos fundamentales, la adhesión a una concepción plural e inclusiva de la igualdad, la existencia de tribunales y otros mecanismos efectivos de garantía institucional de los derechos y el acceso a la justicia. Luego de una referencia sucinta a las primeras cinco, concentraré mi análisis en la sexta variable: el acceso a la justicia en su triple

1 Rivera Ramos, Efrén, "El Estado de derecho: aproximación al concepto", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 81, núm. 4, San Juan, 2012, pp. 1113-1127.

2 The United Nations, *Rule of Law Indicators: Implementation Guide and Project Tools*, Nueva York, ONU, 2011.

dimensión, como principio básico, como derecho fundamental y como condición material para la realización más plena del Estado constitucional y democrático de derecho.

La sujeción a la constitución. Durante el siglo XIX el Estado liberal de derecho en el mundo europeo se concebía como un Estado legislativo de derecho, es decir, un Estado sujeto a la supremacía de los parlamentos. Pero la eventual transformación de las constituciones en lo que Ferrajoli llama constituciones rígidas "es decir, constituciones consideradas leyes fundamentales que hay que obedecer" modificó aquel entendido añadiéndole un componente crucial: el Estado de derecho habría de ser Estado constitucional de derecho.[3] En esta concepción toda la normativa producida por el Estado habría de estar subordinada a los grandes principios y las normas establecidas en el documento constitucional.

La observación del principio democrático. Pero tener una Constitución no es suficiente. Ha de ser una Constitución adoptada democráticamente. Aquí, sin embargo, la democracia no se concibe como un mero ejercicio de contar cabezas (o votos), sino como un proceso de toma de decisiones colectivas que transcurre en determinadas condiciones que incluyen la participación efectiva de todos los sectores de la sociedad afectados por esas determinaciones, sin distorsiones discursivas o materiales,[4] y cuyos contenidos sustanciales promueven los valores y principios fundamentales contenidos explícita o implícitamente en la Constitución.

El respeto a los derechos fundamentales. Más aún, habrá Estado constitucional y democrático de derecho en la medida en que las decisiones tomadas y las condiciones generadas garanticen formal y materialmente el ejercicio de los derechos fundamentales, ya sea que se conciban como derechos positivados en la Constitución, derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional o simplemente derechos que se tienen por el mero hecho

[3] Ferrajoli, Luigi, "El paradigma de la democracia constitucional", *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, 2011, pp. 27-42.

[4] Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 4a. ed. revisada, Madrid, Trotta, 1998.

de ser seres humanos.[5] Esta ponencia es partidaria también de la idea de que los derechos fundamentales incluyen no solo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales económicos y culturales, y no solo derechos individuales, sino derechos colectivos como el derecho a la autodeterminación, al desarrollo, a un ambiente sano, a la identidad nacional, étnica y lingüística y otros de reciente reconocimiento.

La adhesión a una concepción plural e inclusiva de la igualdad. El Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneo debe por fuerza superar la concepción formal de la igualdad y honrar nociones plurales que se hagan cargo de la existencia de diferencias importantes en el seno de las sociedades. Esa visión multidimensional de la igualdad reconoce que no todas las desigualdades son iguales, que el trato formalmente igualitario puede redundar en discrímenes diversos y que muchas veces se requerirá una intervención positiva del Estado para compensar desigualdades históricas basadas en la raza, la etnia, el género, la edad, la condición social, la diversidad funcional, la extranjería y otros factores que han tendido a crear marginaciones y exclusiones basadas en prejuicios y estereotipos sociales y culturales.[6]

La existencia de tribunales y otros mecanismos efectivos de garantía institucional de los derechos. La mera proclamación o reconocimiento de derechos, aunque importante, no es suficiente para que las personas los disfruten efectivamente. Se deben proveer mecanismos efectivos que los garanticen. Estos pueden ser de diversa índole y estructurarse de forma cónsona con las variadas tradiciones jurídicas, políticas y culturales propias de cada sociedad o país. Pero, sobre todo, deben ser funcionales y eficaces. Entre esos instrumentos se destacan los tribunales. Estos deben ser independientes, operados por jueces y juezas competentes, íntegros, responsables y comprometidos con garantizar a quienes acuden a ellos en busca de remedios una oportunidad equitativa de que sus reclamos serán adjudicados conforme al derecho y a la justicia y no con arreglo a motivaciones como el

5 Rivera Ramos, "El Estado de derecho...", *cit*., p. 1121.

6 Véase Rivera Ramos, Efrén, "La igualdad: una visión plural," *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 69, San Juan, 2000, núm. 1, pp. 1-28.

partidismo político, el sectarismo religioso, los intereses económicos o el amiguismo o respondiendo a condicionamientos ilegítimos como el sexismo, el racismo, los prejuicios de clase y otros similares. De lo contrario, a la arbitrariedad legislativa y ejecutiva, se le estaría añadiendo la probabilidad de la arbitrariedad judicial. De ahí la importancia para el Estado constitucional y democrático de derecho del proceso de selección de los funcionarios judiciales.[7]

El tema de la judicatura plantea el de la interpretación constitucional y, nuevamente, el de la independencia judicial. Como ya he dicho en otra ocasión, "de nada vale haber sujeto la ley y el comportamiento del Ejecutivo a la Constitución si la interpretación de esta se hace siempre con el efecto de validar los actos del Ejecutivo y el Legislativo, por más arbitrarios que sean o alejados que estén de la intención protectora de la ley fundamental. La consecuencia será revestir la arbitrariedad de legalidad".[8]

El acceso a la justicia tiene conexión con los cinco elementos del Estado constitucional y democrático de derecho expuestos arriba. Pero también es en sí mismo un principio y una condición que deben considerarse partes integrales de esa aspiración. Veamos.

III. El acceso a la justicia

En su sentido descriptivo, el término *acceso a la justicia* alude al "conjunto de condiciones que facilitan o dificultan el que determinados grupos, sectores o personas puedan hacer uso equitativo de los mecanismos y procesos establecidos para la prevención de la violación de derechos, la solución de controversias y la obtención de remedios legales".[9] Su relación con el Estado de derecho es, pues, evidente.

---

7 Véase Rivera Ramos, "El Estado de derecho...," *cit*, p. 1123.

8 *Idem*.

9 Rivera Ramos, Efrén, "Las múltiples caras del acceso a la justicia," *Primer Congreso de acceso a la justicia: XXII Conferencia Judicial 2 y 3 de mayo de 2002,* San Juan, 2005, p. 8.

> La desprotección de la Constitución y la ley es mucho más probable si quienes reclaman derechos afirmativamente o los ven vulnerados no pueden acceder a los mecanismos establecidos para su amparo y remedio, incluidos los tribunales, los organismos administrativos y las instancias dedicadas a la solución alternativa de conflictos, así como a la representación legal adecuada y a los recursos necesarios para promover tales reclamos [...]. Asegurar el acceso a la justicia de los más desventajados y vulnerables es tarea imprescindible si se quiere fortalecer el estado de derecho.[10]

El concepto tiene también un sentido normativo. Puede visualizarse primero como un *principio*: aquel que afirma que toda persona en un Estado constitucional y democrático de derecho *debe* tener acceso a los mecanismos establecidos para vindicar un derecho y para reclamar remedios a los daños que les son infligidos por el Estado o por los particulares. Además, puede entenderse como un *derecho*: aquel que posee toda persona para reclamar acceso a esos mismos mecanismos sin trabas u obstáculos innecesarios. En estas dos acepciones, el acceso a la justicia se convierte en criterio de adjudicación, es decir, en fundamento de determinadas decisiones judiciales y administrativas a la hora de resolver ciertas controversias y planteamientos. La eficacia tanto del principio como del derecho depende de las condiciones que se creen para que ese acceso fluya sin dificultades estructurales o de otra índole. De ahí que exista una relación estrecha entre el sentido descriptivo y los sentidos valorativos (como principio y como derecho) de la noción del acceso a la justicia. Por otro lado, bien que se entienda como principio o como derecho, el acceso a la justicia requiere acciones positivas del Estado para crear el conjunto de condiciones que hacen el acceso posible.

¿Qué conexión hay entre el acceso a la justicia y los restantes elementos que conforman el carácter denso del Estado de derecho que hemos descrito?

Primero, su raíz constitucional. El acceso a la justicia puede entenderse como un principio o derecho auxiliar de los demás derechos garantizados en la constitución. En ese sentido, tendría un

[10] Rivera Ramos, "El Estado de derecho...," *cit*., pp. 1124-1125.

carácter instrumental. Es necesario para hacer efectivos los derechos constitucionales. También puede considerársele como un derecho derivado de otros derechos constitucionales, como el derecho al debido proceso de ley o a la igual protección de las leyes en algunas tradiciones constitucionales o del derecho a la tutela en otras. Por ejemplo, estar sujeto a determinaciones judiciales o administrativas sin la debida asistencia de abogado o abogada, lo que sería indicio de una falta sustancial de acceso a la justicia, podría pensarse como una violación del debido proceso de ley. O la falta de acceso por carencia de recursos económicos debería considerarse una vulneración del principio de la igualdad constitucional o del derecho a la igual protección de las leyes. Finalmente, el derecho de acceso a la justicia puede reputarse como derecho independiente, bien porque esté consignado expresamente o se le considere implícito en el texto constitucional o porque se le interprete como corolario de la estructura constitucional adoptada. En una constitución rígida, es decir, tenida como ley que debe cumplirse, esta conexión con el contenido expreso o implícito del texto fundamental significa que el acceso a la justicia ha de considerarse parte del armazón de principios y derechos que definen el régimen constitucional vigente.

Los mismos razonamientos pueden aplicarse a la relación del derecho de acceso a la justicia con los derechos fundamentales. Puede tratársele de forma instrumental para la eficacia de esos derechos o como derecho fundamental en sí mismo.

El acceso a la justicia tiene también relación con el principio democrático entendido de forma amplia. Si concebimos la democracia en su sentido más básico, a lo Kant, como el conjunto de principios y procesos que permiten que los destinatarios de las normas sean también sus creadores,[11] entonces sería inescapable afirmar que el acceso a la justicia es un requerimiento democrático, en la medida en que facilita que todas las personas gocen de un derecho real a participar en determinadas decisiones estatales que les afecten, incluidas las tomadas por las autoridades judiciales y administrativas.

[11] Véase Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* trad. de Manuel García Morente, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1994. Véase también Habermas, Jurgen, *op. cit*.

Como se ha sugerido arriba, el principio, el derecho y el conjunto de condiciones que subsumimos en la categoría *acceso a la justicia* son elementos indispensables del principio de igualdad. Pero de la igualdad concebida como igualdad sustancial, como acercamiento normativo que se hace cargo de las diferencias o como trato equitativo. Ello conecta con otro componente del Estado constitucional y democrático de derecho: la existencia de mecanismos eficaces para hacer efectivos los derechos. Quien carece de recursos o enfrenta impedimentos de otro tipo para acceder a esos instrumentos institucionales no está en condiciones de igualdad con otras personas que sí tienen acceso. De ahí que no podamos hablar de igualdad real en ausencia de las condiciones que hacen posible el acceso a la justicia.

¿Y cuáles son los obstáculos o barreras al verdadero acceso a la justicia? Me limitaré a señalarlos sin mucha discusión.[12]

Hay obstáculos que tienen que ver con aspectos económicos. Entre ellos hay que nombrar la falta de recursos para proveer asistencia letrada a las partes involucradas en los pleitos y el alto costo del litigio en algunos lugares. Otros se refieren a la forma en que están estructurados los órganos judiciales y los organismos administrativos. Las reglas procesales muchas veces resultan complicadas, contradictorias y demasiado burocráticas. La calidad de los operadores judiciales puede dejar mucho que desear. La falta de independencia judicial suele conducir a decisiones parcializadas e injustas. Los sesgos actitudinales de los operadores de la justicia basados en prejuicios y estereotipos de clase, género, raza, condición socio-económica y otras impiden que se imparta justicia con equidad y respeto por los derechos fundamentales de todas las personas. La incompetencia y la corrupción tienen efectos perjudiciales para la sociedad en su conjunto y para personas particulares involucradas en los procesos judiciales y administrativos. Las normas de justiciabilidad pueden cerrar injustamente las puertas del tribunal a numerosas personas y

[12] Este breve resumen se nutre de los hallazgos del Primer Congreso de Acceso a la Justicia celebrado en San Juan, Puerto Rico, el 2 y 3 de mayo de 2002. Véase *Primer Congreso de Acceso a la Justicia y XXII Conferencia Judicial*, San Juan, 2005. También de la ponencia de apertura del Congreso por Rivera Ramos, *Las múltiples caras* , *cit*, pp. 8-14.

grupos. Determinadas normas de derecho sustantivo perpetúan las condiciones de marginación y subordinación de ciertos colectivos. La falta de conocimiento de los operarios y operarias sobre las condiciones reales de vida de las personas que acuden a ellos a buscar remedios hacen que la experiencia de acudir a un tribunal o a un organismo administrativo conduzca más a un alejamiento que a un acercamiento al sistema de derechos que nos hemos inventado. En otras palabras, el problema del acceso a la justicia no es solo un asunto de falta de recursos. Involucra también estructuras, prácticas, actitudes y hábitos que se reproducen constantemente y que distorsionan el principio, el derecho y las condiciones necesarias para que todas las personas sientan que tienen una verdadera oportunidad de obtener justicia.

Dicho todo lo anterior, sin embargo, tengo que concluir afirmando que los primeros y mayores obstáculos al acceso a la justicia sobrepasan el ámbito del poder judicial y los poderes administrativos. Si las tasas de pobreza no fueran tan altas en nuestros países, no habría tanta necesidad de pensar en programas y proyectos para ofrecer servicios legales gratuitos y otros apoyos a las personas empobrecidas. Si protegiéramos y conserváramos más el planeta, habría menos necesidad de costosos pleitos ambientales. Si se superara la cultura de la violencia, serían menos necesarias las medidas legales para proteger a las posibles, pero improbables, víctimas de todo tipo de violencia, la del Estado, la de las gangas asociadas al narcotráfico y la cada vez más presente violencia de género. Si se desterrara la corrupción, habría más recursos para destinarlos a la generación de las condiciones requeridas para que haya acceso a la justicia para todas y todos. Finalmente, la generación de una cultura respetuosa de los derechos humanos debe hacer menos necesario acudir a los tribunales, nacionales e internacionales, para solicitar remedios a la violación de esos derechos.[13]

[13] Rivera Ramos, "Las múltiples caras...", *cit*., p.16.

IV. Conclusión

En atención a estas realidades, hay que concluir que el fortalecimiento del acceso a la justicia en un Estado constitucional y democrático de derecho debe contemplar, al menos, medidas como las siguientes: *i)* asignar más y mejores recursos a la representación legal gratuita de las personas sin recursos suficientes; *ii)* capacitar a los funcionarios, especialmente los jueces y juezas, para atender las necesidades particulares de las personas pertenecientes a los grupos que viven en situaciones de vulnerabilidad y precariedad; *iii)* revisar las reglas de procedimiento judicial y administrativo para que resulten más amigables para las personas litigantes y sus representantes legales; *iv)* reestructurar los procesos judiciales y administrativos para que sean más accesibles y menos costosos, y *v)* convertir el acceso a la justicia en tema obligado en la docencia, la investigación, los planes de trabajo gubernamentales y el desarrollo de políticas públicas. Pero debo insistir en que, en última instancia, la mejor estrategia para hacer posible el acceso a la justicia será echar a andar transformaciones sociales y políticas que reduzcan sustancialmente la pobreza y la desigualdad, protejan el ambiente y los recursos naturales, estructuren procesos de toma de decisiones más inclusivos y equitativos y afiancen una cultura realmente respetuosa de los derechos humanos. Solo así podremos afirmar que nos hemos acercado a un Estado de derecho constitucional y democrático realizado en su mayoría.

Referencias

Ferrajoli, Luigi, "El paradigma de la democracia constitucional", *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, 2011.

Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 4a. ed. revisada, Madrid, Trotta, 1998.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* trad. de Manuel García Morente, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1994.

Rivera Ramos, Efrén, "El Estado de derecho: aproximación al concepto", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 81, núm. 4, San Juan, 2012.

Rivera Ramos, Efrén, "La igualdad: una visión plural," *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 69, San Juan, 2000, núm. 1.

Rivera Ramos, Efrén, "Las múltiples caras del acceso a la justicia," *Primer Congreso de acceso a la justicia: XXII Conferencia Judicial 2 y 3 de mayo de 2002,* San Juan, 2005.

The United Nations, *Rule of Law Indicators: Implementation Guide and Project Tools*, Nueva York, ONU, 2011.

La justiciabilidad de los derechos humanos en México, avances, retos y perspectivas

***

The justiciability of human rights in Mexico: progress, challenges, and perspectives

Ricardo Jesús Sepúlveda I.

Resumen: la necesidad de hacer más efectivos los derechos humanos, ha impulsado el desarrollo de la justiciabilidad como una de las formas más prácticas y ejecutivas. Sin llegar a ser el medio más importante, hoy se le reconoce como fundamental y se buscan nuevas formas de fortalecerlo.

Dentro de los principales retos, está la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sin embargo hoy existen otros espacios de oportunidad para lograr mayor impacto, uno de ellos es el de la reparación y otro el de la protección de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad. En México, la justiciabilidad de los derechos humanos tuvo un cambio cualitativo con las reformas del 2011, en materia de amparo y derechos humanos. A partir de entonces se percibe un desarrollo jurisprudencial consistente y progresivo. No obstante, existen también, algunos criterios que han resultado regresivos, como el de las restricciones a derechos humanos. En este artículo se analiza este desarrollo y se señalan algunos retos que se asoman en la perspectiva, vinculando este debate al del dilema entre el control y la legitimidad de los órganos judiciales.

Abstract: The need to make human rights more effective has driven the development of the enforceability of justice as one of the most practical and enforceable forms. Although it is not the most important means, it is now recognized as fundamental and new ways of strengthening it are sought new ways of improving it. Among the main challenges is the enforceability of economic, social, cultural and environmental rights, however today there are other spaces of opportunity to achieve greater impact, one of them is reparation and another is the protection of the rights of groups in vulnerable situations. In Mexico, the enforceability of human rights underwent a qualitative change with the 2011 reforms in the area of protection and human rights. Since then, a consistent and progressive jurisprudential development is perceived. However, there are also some criteria that have been regressive, such as restrictions on human rights. This article analyzes this development and points out some challenges that are emerging in the future, linking this debate to the dilemma between control and the legitimacy of judicial bodies.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. La reforma del 2011. III. El desarrollo jurisprudencial. IV. El nuevo sistema de jurisprudencia. V. Conclusiones. Retos para la justiciabilidad de los derechos humanos en México. Referencias.

I. Planteamiento inicial

La justiciabilidad de los derechos humanos se ha considerado en México y en el mundo, como una de las vías para lograr mayor efectividad en su goce y ejercicio.

En este camino han surgido los medios, jurisdiccionales, *quasi* jurisdiccionales, administrativos y políticos, orientados a dotar de aplicabilidad real a los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. Dentro de estas vías, la intervención judicial tiene en la actualidad especial predominancia. Las razones de esto son claras: la fuerza jurídica de las sentencias y su ejecutividad.

Sin embargo, debemos advertir por un lado sus limitaciones y, por otro, las dificultades que enfrenta. Refiriéndonos a lo primero, hemos de reconocer que por su misma naturaleza la ac-

tuación judicial es excepcional, solo se detona cuando existe una violación presente o inminente a un derecho.

En cuanto a las dificultades, la justiciabilidad de los derechos humanos ha seguido un itinerario que no ha estado exento de adversidades. La más mencionada y analizada ha sido la complejidad para hacer exigibles los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Son de destacar los esfuerzos que tanto en el ámbito de la academia, como del activismo se han desarrollado en busca de las mejores formas de hacer reales y efectivos los derechos humanos.[1]

El objeto de este ensayo, que se presenta en el seno del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, tiene como propósito mostrar el desarrollo que ha tenido la justiciabilidad en el sistema jurídico mexicano, así como plantear los retos que, en nuestro parecer, se siguen enfrentando. A esto se añade la consideración de la legitimidad del órgano judicial que proviene de su función en defensa de los derechos humanos

Antes de entrar propiamente a esta temática, nos gustaría volver sobre una realidad consustancial al desempeño de los derechos humanos. Nos referimos a la inevitable tensión dialéctica que se da entre la realidad y los principios (o normas) de derechos humanos.[2]

Lo señalamos en el marco de este análisis, para poner en claro la perspectiva con que pretendemos abordar el tema de la justiciabilidad. Hay que aceptar que las expectativas que ha generado el movimiento de derechos humanos, no han sido colmadas, al contrario, las brechas de desigualdad e injusticia parecen agrandarse.

Sin embargo, a nuestro parecer esto obedece no a la falta de fuerza o virtud intrínseca de los derechos humanos, sino a una equívoca comprensión de lo que son, como principios jurídicos, en una sociedad y de sus alcances reales.

---

1 Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence, Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

2 Baxi Uprenda, "International development, global impoverishment and human rights", Sheeran Scott, Roddley Sir. Nigel, R*outledge Handbook of Internacional Human Rights Law,* Routledge International, 2013, p. 597.

En este sentido queremos salir al paso de estas críticas. Los derechos humanos no son *per se*, la solución a todos los problemas de una sociedad; ni sustituyen las políticas en otros ámbitos; no resuelven las desigualdades, ni la inseguridad, ni la ineficiencia de la procuración de justicia.

En realidad, los derechos humanos constituyen un enfoque transversal, una perspectiva y no una política en sí misma. Su verdadera aportación está en cambiar el enfoque de la actividad pública, y a la postre de las categorías sociales (incluyendo las jurídicas, claro) poniendo a la persona (y a sus derechos) en el centro, como prioridad y a la vez como límite de las actuaciones de la autoridad. Aquí se inserta precisamente el tema de la justiciabilidad.

Podría sonar poco o muy teórico, sin embargo, es una decisión de Estado, el asumir a los derechos humanos como un compromiso serio e ineludible, que transforma al sistema jurídico y por lo tanto al político y al final, al social.

Desde esta perspectiva queremos analizar el tema de la justiciabilidad, no como la panacea de los derechos humanos, ni como una condición que fortalece la realidad y la credibilidad en los derechos humanos.

II. Las reformas del 2011

En el caso de México, hay que detenerse en los cambios constitucionales de junio del 2011. Estas modificaciones, supusieron el parteaguas para la justiciabilidad de los derechos humanos actualmente.

Las modificaciones se dieron en dos decretos, uno publicado el 6 de junio, en materia de Amparo y, el segundo, del 10 de junio, por el cual se modificaron 11 artículos de la Constitución, referentes al reconocimiento y protección de derechos humanos.[3]

[3] Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011#gsc.tab=0* Decreto por el que

La trascendencia de ambas reformas las ha posicionado como paradigmáticas. En realidad, se trata de una sola reforma. La de amparo que modifica el sistema de protección judicial de los derechos humanos, y la de derechos humanos, que establece los principios que guían su reconocimiento y protección.

Su relación con la justiciabilidad merece mencionar algunos de sus puntos específicos:

a) Lo primero a la que hay que hacer referencia fue la elevación de los derechos humanos incluidos en tratados internacionales a rango constitucional. Este paso que estableció el bloque de constitucionalidad para México y que después la Suprema Corte lo definió como el parámetro de control de regularidad constitucional, hizo que la justiciabilidad de estos derechos humanos, se fortaleciera cualitativamente, simplemente por el hecho de que antes de la reforma, no eran derechos humanos o derechos fundamentales *strictu sensu* sino derechos protegidos indirectamente a través del principio de legalidad. Cabe recordar que la principal exigencia de quienes promovían este cambio constitucional versaba precisamente en lograr la eficacia directa de los derechos contenidos en los tratados.[4]

De manera convergente, la reforma constitucional modificó el artículo 103 en los mismos términos, incorporando explícitamente los derechos humanos de los tratados internacionales como materia del amparo.

b) Para la aplicación de este nuevo esquema constitucional, se dio la llave al juzgador para decidir cuáles derechos tenían ese rango, a través de la interpretación constitucional.[5]

---

se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011#gsc.tab=0*

[4] Esta exigencia se recoge en el texto del Programa Nacional de Derechos Humanos, 2004-2006, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2088571&fecha=05/08/2005#gsc.tab=0*

[5] De la exposición de motivos se desprende la necesidad de dotar de herramientas al juzgador a efecto de que pueda perfeccionar el cumplimiento de

Efectivamente, conforme al párrafo 2º del artículo primero, la fórmula era hacerlo a través de la cláusula de interpretación conforme y del principio *pro persona* (art. 1º constitucional, segundo párrafo). La jurisprudencia de la Corte ha reafirmado que ambos principios deben aplicarse sucesivamente, primero la interpretación conforme y, si no resulta suficiente para eliminar la antinomia entre dos normas o dos posibles interpretaciones, el juzgador debe ceñirse al principio *pro persona,* pudiendo incluso elegir la norma (o la interpretación) internacional por encima de la interna.[6]

c) Otro de los aspectos de la reforma de derechos humanos que fortaleció la justiciabilidad, fue la incorporación del principio de progresividad como un parámetro fundamental para hacer efectiva su aplicación, especialmente la de los derechos económicos, sociales y culturales.[7] Este principio dota de un elemento de objetividad a los derechos que por su naturaleza son más genéricos o abstractos, esto, tomando en cuenta que el principio de progresividad se complementa con el de no regresividad, el cual tiene incluso más posibilidades de cuantificarse y por lo mismo de ser exigible.

d) En cuanto a las reformas que se llevaron a cabo en materia de amparo, también se identifican importantes cambios que modificaron sustancialmente los alcances de este medio de protección de derechos humanos.

---

sus labores y deberes en materia de derechos humanos. No se trata pues, que las personas juzgadoras permanezcan en una posición secundaria respecto a la efectividad de los derechos humanos, sino que adquieran un papel protagónico en su defensa y protección, *https://www.internet2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=3*

6 Tesis 1a./J. 37/2017 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 239, Interpretación conforme. naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona.

7 Tesis 1a./J. 86/2017 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 47, octubre de 2017, t. I, p. 191, Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los llamados económicos, sociales y culturales.

El primero que ya hemos mencionado, fue la ampliación de su materia a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

e) Refiriéndonos a las dos reformas que más han impactado en la justiciabilidad de los derechos humanos. La primera es la introducción del concepto de interés legítimo en sustitución del interés jurídico o interés directo, que se había convertido en la puerta angosta para la procedencia de este medio de protección. Especialmente se volvía insuperable tratándose de derechos con titulares colectivos o difusos, como es el caso de muchos de los derechos sociales. Incluso derechos como la salud, la educación, la vivienda, no eran impugnados por esta vía, ya que solo lo podía hacer el directamente afectado, creando obstáculos procesales adicionales.

La apertura al concepto de interés legítimo se ha ido desarrollando gradualmente, abarcando cada vez más casos de protección de derechos, permitiendo, por ejemplo, que se promuevan amparos colectivos, por organizaciones sociales, por personas afectadas indirectamente, etcétera.

f) Otro importante cambio en materia de amparo fue la modificación a nivel de ley, que se publicó el 2 de abril de 2013,[8] sobre el concepto autoridad responsable. A partir de esta reforma, se permitió que la demanda de amparo procediera contra actos de particulares,[9] como institu-

[8] Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294184&fecha=02/04/2013#gsc.tab=0*

[9] El artículo 5 fracción II de la Ley de Amparo establece lo siguiente: "La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y

ciones bancarias, escuelas tanto públicas como privadas, hospitales, fondos de inversión, etcétera.

g) Por último, quisiéramos resaltar la importancia que tuvo la consagración explícita de la obligación de reparar integralmente en caso de violaciones a derechos humanos, en el artículo 1º constitucional. A partir de esto, se abrió un ancho horizonte para la tutela efectiva de los derechos humanos. Con ello se introdujo la base constitucional para la procedencia las reparaciones de violaciones a derechos humanos por diferentes vías: judicial, administrativa, contenciosa administrativa, etcétera.

Como puede apreciarse, las reformas del 2011, de derechos humanos y amparo, supusieron un cambio cualitativo en la defensa judicial de los derechos humanos en México.

III. El desarrollo jurisprudencial

Para poder apreciar el avance que ha tenido la justiciabilidad de los derechos humanos, es preciso observar también el desarrollo jurisprudencial. Evidentemente este se da de manera paralela al avance legislativo, así como no existe una verdadera aplicación de la norma legislativa, sin la interpretación judicial tampoco puede haber avance jurisprudencial, sin que exista como base y fundamento la norma legal objetiva.

Esto es lo que ha sucedido en México, a partir de la reforma del 2011, que ha propiciado un crecimiento exponencial de la jurisprudencia en materia de derechos humanos.

Hemos elegido algunas resoluciones paradigmáticas para mostrarlo. Unas por su carácter progresivo y otras, al contrario, por ser restrictivas, lo que también nos muestra las resistencias que aún perduran en nuestro sistema jurídico para adoptar los principios de derechos humanos a cabalidad.

---

obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas." Dicho artículo ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo, en la Contradicción de tesis 408/2017 de la Segunda Sala.

Dentro de estas piezas, mencionaremos: el expediente varios 912/2010; la contradicción de tesis 293/2011; el expediente varios 1396/2011 y otra serie de criterios relacionados con la justiciabilidad.

En el expediente varios 912/2010,[10] emitido por la Suprema Corte con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, vale la pena resaltar la simultaneidad entre esta resolución y la reforma en materia de derechos humanos y amparo. Esta circunstancia nos parece relevante, ya que no hubiera tenido el mismo alcance sin el marco constitucional citado, vigente en ese momento.[11]

En cuanto a los principales puntos de avance de esta resolución para la justiciabilidad de los derechos humanos, resaltaríamos los siguientes: *i)* el establecimiento de la obligación de realizar el control de convencionalidad exoficio en materia de derechos humanos, por parte de todos los jueces, y *ii)* el establecimiento del control difuso de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

Ambos criterios tuvieron un carácter novedoso con importantes impactos en la justiciabilidad de los derechos humanos. En cuanto al primero, se utiliza el concepto de control de convencionalidad y se establece su obligatoriedad, señalando que debía hacerse exoficio y por parte de todos los jueces. En cuanto al segundo se da una verdadera mutación constitucional, cambiando el sentido de la interpretación del artículo 133, fortaleciendo la capacidad de los jueces locales, de llevar a cabo una efectiva protección de los derechos humanos.[12]

La segunda pieza jurisprudencial a analizar es la contradicción 293/2011, que dio continuidad a la línea jurisprudencial

---

10 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 912/2010, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/23183*

11 Puede observarse como en la resolución la Corte hace constante referencia al art. 1º, en ese momento recién reformado.

12 Tesis P. LXVII/2011(9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro III, diciembre de 2011. t. 1, p. 535, Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160589*

sobre el control de convencionalidad, pero que estableció una regresión en materia de restricciones constitucionales en derechos humanos. De manera concreta podemos señalar como avances:

- la determinación de la idéntica jerarquía entre las normas internacionales y constitucionales en materia de derechos humanos y la obligación de guiarse por el principio *pro-persona*, para lograr su armonización, y
- la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana para todas las autoridades mexicanas, en todos los casos.

Sin embargo, esta resolución incluyó un criterio regresivo, al establecer que tratándose de restricciones expresas a los derechos humanos establecidas en la Constitución habría que estarse a estas, por encima de los tratados internacionales. Este criterio ha resultado muy controvertido y cuestionado por los especialistas. La razón es que contradice el principio *pro-persona*, establecido en el mismo artículo. No se trata de una excepción sino de una contradicción. Si bien, la resolución se fundamenta en la interpretación de la última parte del párrafo, primero, que admite restricciones a derechos, esa parte se refiere a las restricciones en caso de estado de excepción y no a las limitaciones ordinarias a los derechos humanos, que por lo demás son justificables.[13]

La disonancia de este criterio hace necesario revisar su desarrollo. De un lado vemos que el concepto se ha reiterado en otros casos. Dentro de estos, podemos citar el expediente varios 1396/2011, el cual se emitió a raíz de la sentencia de la Corte IDH, en el caso *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* contra México. En esta resolución se confirmó que cuando un tribunal internacional, condene al Estado mexicano, este debe estarse a lo que determine la Constitución, por cuanto hace a las restricciones que ella establezca, aun cuando ello suponga contravenir la sentencia dictada por ese órgano jurisdiccional internacional.[14]

---

13 Veáse Entrevista vía Justicia TV al juez de distrito Eduardo Osorio. Juárez Vega, Carmen, Correa Chávez, José Jesús, *Prisión preventiva oficiosa en México su inconvencionalidad,* Flores Editor y Distribuidor, 2020.

14 Pleno SCJN. Expediente Varios 1396/2011. Ponente ministro Alberto Pérez Dayán, *https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/SjIl3ngB_UqKst8o8-IU/**

El concepto de restricciones, como límite a la aplicación del sistema de protección de derechos humanos, ha ido reiterándose y tomando carta de nacionalidad, existen algunos asuntos en curso en los que la Corte deberá definir el alcance de este criterio,[15] pero lo que también se observa es que esta línea constitucional restrictiva, no ha sido obstáculo para que se siga desarrollando doctrina jurisprudencial en materia de derechos humanos, tanto relacionada con los principios, como con derechos en específico. A guisa de ejemplo podemos referir algunos de los más significativos:

Tema	*Criterio*	*Localización*
Principio *pro-persona*	Principio pro persona. De este no deriva necesariamente que los argumentos planteados por los gobernados deban resolverse conforme a sus pretensiones.	1a./J. 107/2012 10ª Época octubre de 2012 (Jurisprudencia por reiteración).
Principio *pro-persona*	Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable.	Tesis 1ª/J 104/2013 10ª Época, octubre de 2013 (Jurisprudencia por reiteración).
Control de Convencionalidad	Control de constitucionalidad o convencionalidad ex officio. Las personas juzgadoras únicamente deben realizar su estudio de forma expresa en sus resoluciones cuando lo soliciten las partes en juicio o consideren que la norma que deben aplicar podría resultar inconstitucional o inconvencional.	Tesis 1a./J. 103/2022 11ª Época, julio de 2022.
Principio de progresividad	Principio de progresividad de los derechos humanos. Su naturaleza y función en el estado mexicano.	Tesis 2a./J. 35/2019 10ª Época, febrero de 2019, (Jurisprudencia por reiteración).

[15] En el mismo sentido tenemos el criterio contenido en la tesis *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028130*, sobre el modo como debe interpretarse la *restricción* de la prisión preventiva oficiosa, a la luz de las condenas al Estado mexicano impuestas por la Corte IDH en los casos *García Rodríguez y otro vs. México* y *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*.

Principio de progresividad	Principio de progresividad de los derechos humanos, en su modalidad de no regresividad. Resulta de observancia obligatoria para el aplicador de la norma al definir el conflicto de leyes para el distrito federal —ahora ciudad de méxico— que prevén distintos plazos para la declaración de caducidad en materia fiscal	Tesis PC.I.A. J/134 A 10ª Época, octubre de 2018, (Jurisprudencia por contradicción de tesis).
Interés legítimo	Suspensión del acto reclamado en materia medioambiental. El artículo 131 de la ley de amparo, que establece un requisito más agravado para el otorgamiento de la suspensión cuando la parte quejosa aduzca interés legítimo, debe interpretarse a la luz del convenio de escazú y de los principios in dubio pro natura, de prevención y precautorio	Tesis 1a./J. 192/2023 11ª Época, diciembre de 2023 (Jurisprudencia por precedentes obligatorios).
Interés legítimo	Interés legítimo en el juicio de amparo indirecto. Las asociaciones civiles cuentan con éste, para reclamar la inconstitucionalidad de normas generales con motivo de la protección de un derecho humano de naturaleza colectiva sin que estén obligadas a demostrar un daño individualizado.	Tesis 1a./J. 168/2023 11ª Época, octubre de 2023, (Jurisprudencia por precedentes obligatorios.

Antes de pasar al siguiente punto, quisiéramos mencionar otro avance, que si bien no se ha traducido en un criterio jurisprudencial, ha sido fundamental para la justiciabilidad de los derechos humanos. Nos referimos a la interpretación que se le ha dado a los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo dándole efectos generales a la suspensión en los casos en que el acto lo requiere, a fin de que los derechos queden salvaguardados. La importancia de esto estriba precisamente en haber interpretado la suspensión, como una medida cautelar orientada a la protección de derechos.[16]

[16] La Cámara de Diputados aprobó, en lo general y en lo particular, el dictamen a la minuta que reforma los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política, en materia de suspensión del acto reclamado e inconstitucionalidad de normas generales, y lo remitió al Ejecutivo Federal para sus efectos constitucionales, *http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2024/04/asun_4747795_20240423_1713909148.pdf*

IV. El nuevo sistema de jurisprudencia

Otro capítulo importante en el tema de la justiciabilidad de los derechos humanos es el que se refiere al nuevo sistema de jurisprudencia federal, que se creó a partir de la reforma del 2021.

Después de más de un siglo de tradición jurídica, se reformó el sistema de jurisprudencia para abandonar la vía de la reiteración, en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y crear la vía de integración por precedentes obligatorios. A través de ella, las razones que utiliza la Suprema Corte para dictar sus resoluciones —no solo en vía de amparo— se vuelven obligatorias, con el único requisito que sean aprobadas por la mayoría requerida, ocho en el caso del pleno y cuatro en sala.[17]

El haber derogado el requisito de la reiteración -que sigue existiendo para la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados- fortaleció a la Suprema Corte, por supuesto, pero también al impacto de sus resoluciones, en ese sentido fue una reforma que supuso un avance en la justiciabilidad de los derechos humanos.

Para comprender cabalmente la relación entre la justiciabilidad de los derechos y el nuevo sistema de jurisprudencia, hay que recordar cuál es la naturaleza de la jurisprudencia, como norma judicial.[18] En su sentido material la jurisprudencia es un acto de interpretación judicial, pero en su manifestación real, tiene la fuerza de toda norma y por lo tanto debe aplicarse obligatoriamente.

Como lo señala en la exposición de motivos de la reforma, la reiteración se había vuelto en un obstáculo para la generación de jurisprudencia y esto era en perjuicio de las personas, que no se podían ver beneficiadas, dentro de un proceso judicial, por un criterio que les favoreciera, pues mientras no se sumaran cinco resoluciones, seguía siendo orientativo y muchas veces no se aplicaba.

---

17 Artículo 217 de la Ley de Amparo "La jurisprudencia por precedentes obligatorios se establece por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas."

18 Aguiló Regla, Joseph, "Fuentes de derecho", en Fabra, Zamora, Jorge Luis, Rodríguez, Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho II*, cap. 27, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf*

Hay que tomar en cuenta que muchos de los criterios que se han emitido en la décima y en la undécima época en materia de derechos humanos, han supuesto un golpe de timón en el sentido de la anterior jurisprudencia, por lo que no era la reiteración la vía idónea para el desarrollo del acceso a la justicia en derechos humanos.

También se modificó la estructura en la redacción de las tesis, de forma que ahora se deben de redactar en forma de regla lógica, con un apartado de hechos, el criterio jurídico y la justificación que lleva a esa conclusión. Estos cambios que no modifican sustancialmente los efectos ni la naturaleza de la jurisprudencia tienen efectos relevantes. Su objetivo se dirige a lograr fortalecer los criterios judiciales, por supuesto en claridad, que no es poca cosa, pero también en cuanto a su vinculación con las sentencias. A través de ello se fortalece la argumentación jurídica, se uniforman los criterios judiciales y, se crea mayor predictibilidad en las resoluciones. Todo esto favorece la justiciabilidad de los derechos humanos.

Para cerrar este apartado, debe mencionarse un efecto que se ha dado a partir de esta reforma, con el impulso a los sistemas de jurisprudencia de algunas entidades federativas. No obstante que no se trata de interpretación constitucional en la mayor parte de los casos, estos cambios fortalecen el derecho de acceso a la justicia en las problemáticas más cotidianas.[19]

V. Conclusiones

Para concluir proponemos de manera esquemática las siguientes conclusiones:

a) La justiciabilidad de los derechos humanos es una condición necesaria para lograr la efectividad necesaria en su protección. En los últimos años ha tenido un desarrollo preponderante con respecto a las otras funciones del Es-

[19] El Poder Judicial del Estado de México, a partir de octubre del 2022, cuenta con un nuevo sistema de jurisprudencia, creado en la Ley Orgánica expedida en ese año, *https://www.pjedomex.gob.mx/archivos/archivo203.pdf*

tado, esto se debe a la fuerza y ejecutividad de las resoluciones judiciales.

b) En México la justiciabilidad de los derechos humanos, se ha desarrollado de manera exponencial, a partir de las reformas de derechos humanos y amparo, en el 2011.
c) Desde esa fecha se percibe un constante desarrollo de la jurisprudencia, referida a los principios y a los derechos en específico por parte de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales constitucionales.
d) También se detecta un mayor interés por parte de los órganos judiciales locales, en desarrollar sus sistemas de jurisprudencia, lo que puede fortalecer el respeto a los derechos humanos, en la impartición de justicia ordinaria.
e) Sin embargo, siguen existiendo resistencias que hay que superar. Una de ellas es la línea jurisprudencial sobre las restricciones constitucionales a los derechos humanos, que es contraria a los principios reconocidos internacionalmente y acogidos en nuestra Constitución.
f) Hay que tener presente que la justiciabilidad de los derechos humanos es una forma directa de fortalecer la legitimidad social de los órganos judiciales, de una manera real y efectiva, por encima de los planteamientos populistas.[20]

Finalmente se abren muchas vertientes para lograr desde el desarrollo jurisprudencial una permanente protección de los derechos humanos, que abarque todos los ámbitos de impartición de justicia, para todas las personas, pero especialmente para aquellas o los grupos que sufren especial vulneración a sus derechos.

[20] Vale la pena ahondar en el valor de la defensa de derechos como "fuentes de poder para los individuos", más allá de las fórmulas externas de participación. Kavanagh, Aileen, "Participación y Control Judicial, una respuesta a Jeremy Waldron", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año VI, núm. 10, SCJN.

Referencias

Aguiló Regla, Joseph, "Fuentes de derecho", en Fabra Zamora, Jorge Luis, Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho II*, cap. 27.

Baxi, Uprenda, "International development, global impoverishment and human rights", Sheeran Scott, Roddley Sir. Nigel, Ro*utledge Handbook of Internacional Human Rights Law,* Routledge International, 2013.

Entrevista vía Justicia TV al juez de distrito Eduardo Osorio. Juárez Vega, Carmen, Correa Chávez, José Jesús, *Prisión preventiva oficiosa en México su inconvencionalidad,* Flores Editor y Distribuidor, 2020.

Kavanagh, Aileen, "Participación y Control Judicial, una respuesta a Jeremy Waldron", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año VI, núm. 10, SCJN.

Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence, Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Integración de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala: calidades constitucionales para su legitimación

***

Integration of the Supreme Court of Justice of Guatemala: constitutional qualities for its legitimacy

Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza

Resumen: la ponencia se enfoca en la integración de la Corte Suprema de Justicia y sus calidades constitucionales para legitimar su elección, para lo cual parte del sustento constitucional aplicable y realiza un especial análisis a la ley de comisiones de postulación, para el estudio con propiedad del perfil de los aspirantes y de la tabla de gradación como principales instrumentos que garantizan un proceso de elevado perfil de selección y que coadyuvan a su efectiva legitimación.

Abstract: the investigation focuses on the integration of the Supreme Court of Justice and its constitutional qualities to legitimize it´s election, for which it starts from the applicable constitutional basis and carries out a special analysis of the law of nomination commissions, for the proper study of the profile of the applicants and the grading table as the main instruments that guarantee a high-profile selection process and that contribute to its effective legitimation.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia, comisión de postulación, ley de comisiones de postulación, perfil de aspirante y tabla de gradación.

Keywords: Supreme Court of Justice, nomination commission, law on nomination commissions, applicant profile and grading table.

Sumario: I. Integración de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala: calidades constitucionales para su legitimación. II. Calidades constitucionales que debe reunir un magistrado de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala. III. Comisión de postulación para integración de nómina de candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia. IV. Ley de comisiones de postulación. V. La legitimidad del proceso ante la Comisión de Postulación. VI. Conclusiones. Referencias

I. Integración de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala: calidades constitucionales para su legitimación

En el contexto de aproximarse en octubre del 2024 para el sistema de justicia guatemalteco la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia como ente facultado con exclusividad absoluta de ejercer la función jurisdiccional en Guatemala, su elección resulta de trascendental importancia debido a la delicada tarea que se le encomienda, por lo tanto, su conformación deberá obedecer a un estricto procedimiento que busque dotarla de los mejores perfiles para tan importantes magistraturas. No sería posible lograr dicho cometido sin la existencia de cuerpos normativos que regulen con claridad y precisión cada uno de los requisitos, calidades, procedimientos y plazos para sustanciar una efectiva selección y elección.

Por lo ya indicado, es fundamental el estudio del sistema que actualmente es utilizado en Guatemala para poder llegar a la consecución de una efectiva elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por ende, es menester el análisis de la ley de comisiones de postulación para profundizar en el estudio del perfil de aspirantes y de la tabla de gradación, los cuales se configuran como instrumentos rectores para lograr un proceso de selección de alto perfil.

II. Calidades constitucionales que debe reunir un magistrado de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala

El artículo 207 de la Constitución Política de la República de Guatemala[1] establece como requisitos para ser magistrado o juez, el ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogado colegiado, los anteriores podrían ser denominados como requisitos generales para fungir como jueces o bien magistrados, no obstante esta disposición, el artículo 216 constitucional[2] regula los requisitos que podrían ser considerados como específicos de aplicación para optar a la alta magistratura de Corte Suprema de Justicia entre los cuales están:

- mayor de 40 años de edad;
- haber desempeñado un período completo como magistrado de la Corte de apelaciones o de los tribunales colegiados que tengan la misma calidad o haber ejercido la profesión de abogado por más de 10 años.

Estas calidades son las reguladas con carácter constitucional y que suponen el punto de partida para la consecuente calificación de todo postulante a una magistratura, adicional a lo considerado, el artículo 113 de la Constitución[3] establece: "Los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez". Dicho mandato constitucional es fundamental al momento de la selección de candidatos a todo cargo público pues como bien lo ha considerado la Corte de Constitucionalidad, los integrantes de la Comisión de postulación poseen obligación de justificar su voto aludiendo al artículo 113 constitucional.[4]

---

1 Constitución Política de la República de Guatemala, art. 207, *https://cc.gob.gt/index.php/constitucion-politica/*

2 *Ibidem,* art. 216.

3 *Ibidem,* art. 113.

4 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, exp. 2143-2014, sentencia de 13 de junio de 2014, p. 21, *https://jurisprudencia.cc.gob.gt/*

Especial atención radica en el requisito de reconocida honorabilidad y lo que ella comprende, en tal virtud se parte citando el significado según su tenor literal, en donde la honorabilidad denota una cualidad de toda persona honorable y ser honorable debe ser entendido como ser digno de honra y, según el Diccionario de la Lengua Española[5] honra es la "buena opinión y fama adquiridas por la virtud y el mérito"; un concepto tan complejo y a la vez subjetivo, pues la opinión de una persona en particular puede diferir según los sujetos que realicen un juicio de valor sobre ella, por lo que, en este orden de ideas la Corte de Constitucionalidad[6] aprecia la honorabilidad en el campo de la moral y que esta expresa la reputación que una persona goza en sociedad.

La honorabilidad como concepto posee su naturaleza intrínseca en el ámbito filosófico,[7] para lo cual se debe necesariamente acudir al concepto de honor, el que conlleva toda aquella buena reputación que sigue a la virtud y que necesariamente se manifiesta en todos aquellos actos de los seres humanos encaminados al bien o a lo que es bueno, lo cual fuere en su momento conside-

ptmp/Expediente.aspx [...] la obligación que tiene cada uno de los integrantes de la Comisión de Postulación de justificar de manera pública, razonada y expresa en el momento de la votación, por qué se elige o por qué no se elige a un candidato determinado, si se ha realizado el análisis pertinente que ha permitido evidenciar si el candidato por el cual se está votando efectivamente cumplió o no con los requisitos aludidos en el artículo 113 constitucional, de capacidad, idoneidad y honradez, los que implícitamente debe entenderse incluyen la experiencia profesional correspondiente.

5 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., *https://dle.rae.es*

6 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, exp. 273-1991, sentencia de 24 de marzo de 1992, p. 6, *https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/Expediente.aspx*

7 Cartagena Nelson, *La contribución de España a la teoría de la traducción: introducción al estudio y antología de textos de los siglos XIX y XV,* Madrid, Iberoamericana, 2009, p. 63. [...] De la consecución del bien verdadero resulta cierta honorabilidad (lat. honestas), porque si se debe honor a la virtud y la honorabilidad no es otra cosa que un determinado estado del honor entonces debemos llamar merecidamente honorable (lat. honestas) a toda acción virtuosa, porque es digna del honor. Así ocurre en consecuencia que un hombre virtuoso actúa por amor al bien y que de la propia acción virtuosa surge a su vez necesariamente lo honorable [...].

rado por la Asamblea Nacional Constituyente para establecer el requisito de reconocida honorabilidad.[8] La honorabilidad se tornará reconocida cuando ella es de conocimiento de toda la sociedad o de parte de ella, haciendo alusión que la persona es sabida por la calidad de sus méritos, talentos, destrezas, virtudes, etc. y de quien se espera pueda desempeñar una labor en el ejercicio del cargo público estrictamente apegada a la justicia y a los cánones de derecho. Es muy acertado aclarar, que el requisito de reconocida honorabilidad fue incluido bajo este término por primera vez en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965, pues su primer antecedente se encuentra en la Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825, la cual aludía al requisito de *reconocida moralidad*, por su parte la ley constitutiva del supremo poder judicial del Estado de Guatemala de 1839 estableció como requisito para los magistrados a Corte Suprema de Justicia ser de *conocida probidad y buenas costumbres*, siendo finalmente reiterado como *reconocida honorabilidad* en la Constitución de 1985, buscando con ello, en suma, que los candidatos a magistraturas sean personas de alto valor profesional y humano.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala[9] ha enumerado aquellos aspectos que serán determinantes para probar la

[8] Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, exp. 942-2010, sentencia de 24 de agosto de 2010, p. 6, *https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/Expediente.aspx*, [...] es con el objeto de que los aspirantes a tal dignidad fueran personas que, evidenciaran su inclinación a la debida aplicación a lo justo o la justicia (o lo que es bueno), lo que podría darles un determinado estado de honor u honorable; y por el contrario, excluir a aquellas personas que atraídos por una falsa apariencia de justicia (o de lo bueno), su actuación tratara de tergiversar o alterar las cosas para obtener un resultado contrario o prohibido por las leyes o las normas sociales y jurídicas.

[9] *Ibidem*, pp. 8-10, para efectos de este fallo, la comprobación de la honorabilidad aludida en el auto citado, se lista en literales, así: A) Acreditaciones: "la presentación de documentos o certificaciones". B) "Criterios sociales: la buena conducta profesional, la estima gremial, el reconocimiento del foro público, el decoro profesional, entre otros, siempre con el debido respeto al principio de presunción de inocencia". C) Repercusiones en el actuar: "tanto en lo profesional (si es que el candidato proviene del sector del ejercicio liberal), como en la judicatura u otro servicio prestado desde la administración pública o en cualquier otro ramo, entendiéndose como tal no solo su ejercicio profesional, sino también las actividades personales, comerciales o de cualquier otra índole que resultaren incompatibles con el ejercicio de la función pública; en el caso de mérito con la judicatura".

reconocida honorabilidad: acreditaciones, criterios sociales, actuación profesional-judicial, respeto al derecho a la intimidad, observancia de criterios de órganos internacionales y de requerimientos de la legislación interna, todos en su conjunto permitirán establecer si una persona que se postula a una magistratura cumple o no cumple con el requisito de *reconocida honorabilidad*, pues no es posible cuantificar dicho requisito con la asignación de una ponderación o porcentaje, el cometido requerido debe buscar si los participantes que optan por una magistratura reúnen o no dicha calidad, para lo cual el análisis debe ser efectuado individualmente, toda vez que, cada magistratura está revestida de su propia dignidad y su ocupación deberá buscar a funcionarios íntegros y probos.

III. Comisión de postulación para integración de nómina de candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia

La Comisión de postulación "es un órgano conformado por representantes de sectores académicos, profesionales y gremiales, encargados de proponer candidatos a los entes que eligen funcionarios de organismos e instituciones con competencias importantes en la estructura y organización del Estado".[10] En el ámbito constitucional aparecen por primera vez reguladas tras las reformas constitucionales de 1994; sin embargo, es menester afirmar que el mecanismo de elección por Comisión de postulación surgió regulado por primera vez en Guatemala en el Decreto Ley 30-83, Ley orgánica del Tribunal Supremo Electoral, este cuerpo normativo dio el inicio para que en el medio guatemalteco se incorporara una Comisión postuladora cuyo fin principal era ela-

D) Respeto a la intimidad: "De no ser así, se correría el peligro de entrar a aspectos de la intimidad personal o a la esfera del derecho a la propia imagen (derivado del contenido de los artículos 4 y 5 constitucionales), fuera de todo aquello que nutre la reconocida honorabilidad y lleve a juicios de valor ajenos, que se alejen de la previsión constitucional en lo que a este aspecto atañe". E) Criterios de organismos internacionales [...].

[10] Movimiento Projusticia, *Guía sobre el funcionamiento de las comisiones de postulación*, Guatemala, 2009, p. 2.

borar cada 30 meses la nómina de 20 candidatos a magistrados del Tribunal Supremo Electoral, la cual para 1983 era recibida por la Corte Suprema de Justicia quien tenía a su cargo nombrar a los magistrados titulares y suplentes del máximo órgano en materia electoral.

En la actualidad la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 215[11] norma que la Comisión de Postulación estará integrada por un representante de los rectores de las Universidades del país, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y otros tribunales de igual categoría.

La principal función de la Comisión de postulación es elegir la nómina de 26 candidatos a magistrados a la Corte Suprema de Justicia que deberá ser enviada al Congreso de la República de Guatemala, quienes nombrarán a los 13 magistrados que integrarán la alta Corte por un periodo de cinco años. Es fundamental que el actuar de toda Comisión de postulación esté consolidado en un marco de independencia, en donde su función sea garantizada por un buen criterio que permita la mejor elección de postulantes que reúnan las más altas calidades académicas, profesionales, humanas y éticas, todo ello no sería posible sin contar con un marco normativo que regule su actuación, objetivos, procedimientos y principios rectores.

IV. Ley de comisiones de postulación

El primer intento por regular la actuación de las comisiones de postulación se produce en 2005, cuando el Congreso de la República de Guatemala aprueba el Decreto 16-2005, ley de garantía a la imparcialidad de comisiones de postulación que instaura la expresa prohibición para que los funcionarios electos por las co-

[11] Constitución Política de la República de Guatemala, art. 215.

misiones de postulación, puedan nombrar o autorizar el nombramiento como parte de los organismos en los cuales desempeñan funciones, de ningún miembro integrante de las comisiones de postulación que los eligió para integrar la nómina respectiva.[12]

Es a raíz de la visita a Guatemala del Relator Leandro Despouy[13] que se termina de evidenciar la necesidad de contar con un cuerpo normativo que estableciera el justo actuar de las comisiones de postulación en atención a su vital importancia dentro del sistema de integración de altas cortes y tribunales, precisamente tal como lo refiere en sus recomendaciones que es menester aprobar una ley que reglamente las comisiones de postulación con el fin de evitar la politización del proceso de designación y evitar con ello interferencias externas, formalizando en la legislación ordinaria "los criterios para escoger a los candidatos, los cuales deben ser objetivos, basados en los méritos, las calidades y la experiencia de los candidatos, de manera que se garantice su independencia e imparcialidad; tal como ha sido establecido por diferentes órganos de protección de los derechos humanos y estándares internacionales en la materia".[14]

Habiéndose evidenciado ante instancias internacionales la carencia de un cuerpo normativo integral, es finalmente mediante el decreto 119-2009 del Congreso de la República de Guatemala que se aprueba la Ley de comisiones de postulación.

La referida ley surge con fuerza de normativa ordinaria motivada a desarrollar las disposiciones constitucionales y con ello contribuir al fortalecimiento del Estado y proceso democrático de nombramiento de funcionarios públicos, por ende, no podría

---

12 Ley de garantía a la imparcialidad de comisiones de postulación, decreto 16-2005, art. 1, *http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20de%20leyes/2005/pdfs/decretos/D016-2005.pdf*

13 Despouy, Leandro, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Misión Guatemala, Naciones Unidas, 2009, p. 2. Asimismo, es necesario que se reglamente la forma de elección de los magistrados. El sistema actual da lugar a interferencias externas y está altamente politizado, lo que tiene un impacto negativo en la independencia del poder judicial.

14 *Ibidem*, p. 22.

garantizarse el nombramiento de autoridades idóneas que cumplan con perfiles de experiencia, sin la mediación de procesos públicos y objetivos revestidos de eficiencia, eficacia, probidad y representatividad. Reconoce la importancia de la labor de las comisiones de postulación en la elaboración de la nómina de candidatos "con un perfil idóneo para tales cargos, lo que hace imperativo garantizar que la actividad de las citadas comisiones se desarrolle dentro de un marco de plena independencia, buen criterio y funcionalidad, que a su vez garantice nóminas de profesionales con las mejores calificaciones académicas, profesionales, éticas y humanas".[15] La incorporación de aspectos de naturaleza académica, ética, profesional y de proyección humana buscan constituirse como los cuatro pilares fundamentales en la elaboración de perfiles de aspirantes a profesionales nominados mediante comisiones de postulación, siendo el caso que la presente ley se aplica a cualquier procedimiento de designación mediante la aludida comisión, es fundamental su estudio para establecer su importancia frente a la integración de nómina de candidatos a magistratura de Corte Suprema de Justicia.

La Ley regula con precisión los principios que deberán regir la actuación de las comisiones de postulación, siendo: la trasparencia; excelencia profesional desde el momento en que se les requiere la elaboración de un perfil mínimo para facilitar la selección de candidatos basado en criterios de capacidad, especialidad, idoneidad, honradez y honorabilidad comprobada; objetividad durante el proceso de selección y especialmente en los factores de ponderación, prescindiendo de criterios subjetivos y discrecionales; finalmente, publicidad al revestir de carácter público todos los actos de la Comisión de postulación, siendo permisible la participación de observadores interesados y público en general.[16]

---

15 Ley de Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009, Considerando 3, *http://ww2.oj.gob.gt/es/queesoj/estructuraoj/unidadesadministrativas/centroanalisisdocumentacionjudicial/cds/CDs%20de%20leyes/2009/pdfs/decretos/D019-2009.pdf*

16 *Ibidem*, art. 2.

4.1. El perfil de los aspirantes

"El perfil cumple una función de control positivo. Contiene la descripción de cómo debe de ser un funcionario ideal y cuáles deben ser las capacidades y cualidades personales que debe poseer para ocupar el cargo para el cual se le está eligiendo".[17] Es importante destacar que los requisitos establecidos en el perfil tratan de definir todas aquellas calidades, cualidades y capacidades que todo postulante debiere reunir para habilitarle como candidato a determinada magistratura, buscando con esto una futura actuación en el cargo libre de injerencias de cualquier tipo y con estricta imparcialidad en su actuar.

La ley de comisiones de postulación impone entre otras atribuciones, la elaboración de un perfil de postulantes, que tendrá a considerar cuatro aspectos medulares que en su conjunto buscan dotar a las nóminas, de candidatos con alto perfil.[18] El objeto del perfil es elevar la calidad ética, académica, profesional y de proyección humana de los funcionarios públicos que sean electos por el sistema de comisiones de postulación.

La formación académica resulta ser un requisito de suma importancia y trascendencia para quienes desean postularse a cargos de magistraturas, alcanzar los más altos grados académicos de formación conllevan en principio, la certeza de que quien los ostenta, reúne las calidades de un tenaz investigador, conocedor de las ciencias jurídicas según su disciplina y con un sólido pensamiento crítico y habilidades de argumentación y fundamentación jurídica, cualidades innatas que toda magistratura demanda para el efectivo pronunciamiento de las decisiones que le competen. La actualización constante mediante el ejercicio de la docencia requiere del aspirante su continua búsqueda por las últimas doctrinas y conocimientos relacionados con su materia de especialización y a la vez, proyecta su compromiso por forjar nuevas generaciones de profesionales. El contar con reconocimientos o menciones laudatorias refiere en el candidato un alto grado de exigencia académica en su formación profesional que

17 Movimiento Projusticia, *op. cit.*, p. 4.

18 Ley de Comisiones de Postulación, art. 12.

le han permitido distinguirse con altos honores, no sería posible dejar sin el justo espacio de inclusión la producción académica y literaria, que pone de manifiesto en el aspirante la habilidad de investigación, producción de material académico y generación de aportes teóricos en su rama de especialización, todo ello en el contexto de la búsqueda constante de la actualización y participación en eventos de tipo académico que le permitan estar a la vanguardia de las últimas producciones del pensamiento jurídico y de las nuevas doctrinas, pues la ciencia jurídica se renueva y cambia constantemente para adecuarse a las nuevas necesidades de convivencia social.

Los requisitos profesionales atañen a la experiencia profesional, en donde para el efecto deberá demostrar conocimientos y experiencia en sector justicia, constitucional o áreas afines; desempeño de funciones en instituciones estatales, experiencia en administración pública en el campo del derecho; ejercicio liberal de la profesión en las áreas indicadas; independencia e imparcialidad; desempeño de cargo público o privado con posición de autoridad o dirección; participación en redes profesionales y reconocida trayectoria profesional.

Al respecto de los requisitos éticos se estima contemplar la reconocida honorabilidad, moral, probidad, integridad, rectitud, honradez, entre otros aspectos de la esfera de toda actuación ética y honorable.

En tanto que, los requisitos de proyección humana: hacen alusión a la vocación del servicio y liderazgo del postulante. En donde se ponderará el servicio social y comunitario y la calidad de liderazgo del postulante.

4.2. Tabla de gradación

La inclusión de los 4 aspectos señalados en el apartado anterior son el punto de partida para que la comisión de postulación pueda tener el esquema básico para la elaboración de una tabla de gradación de calificaciones, la cual permitirá contar con una ponderación de 1 a 100 puntos de los aspectos señalados, quedando a completa decisión en el seno de la comisión, la ponderación que

corresponda a cada aspecto, siendo lo ideal que la referida tabla se convierta en un referente al momento de votar con el objeto de elaboración final de nóminas de candidatos; sin embargo, el artículo 23 de la ley de comisiones de postulación únicamente regula que la votación deberá iniciar con los aspirantes que hayan obtenido mayor punteo, más no constriñe a considerar dicha situación como factor determinante en la votación, siendo ello una falencia, puesto que abre la posibilidad para no votar por los mejores punteos sino más bien, por aquellos candidatos que cada comisionado decida conferirles el voto según su apreciación.

Entre el perfil de los aspirantes y la tabla de gradación debe existir una correlación directa, de manera tal que cada uno de los aspectos señalados en el perfil puedan ser incluidos en la tabla para su objetiva valoración, claro está, cada requisito debe tener su medio idóneo para probar la calidad que se desea acreditar, facilitando con ello la efectiva valoración de los méritos para su posterior evaluación y asignación de puntos que correspondan.

La Ley de comisiones de postulación contempla un momento idóneo de control y auditoría social, específicamente en su artículo 20[19] señala el deber de las comisiones de postulación de publicar en el medio oficial correspondiente los nombres de los participantes que reúnan los requisitos de ley con el fin que, cualquier persona que conozca sobre algún impedimento, lo haga saber por escrito a dicha comisión.

En el contexto de la selección de funcionarios judiciales, es importante recordar los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura y concretamente el principio diez, competencia profesional, selección y formación: "Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que este no sea nombrado por motivos indebidos".[20]

[19] Ley de Comisiones de Postulación, art. 20.

[20] Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Milán, 1985, *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary*

Siguiendo el orden de ideas anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado en relación al objetivo del proceso de selección y nombramiento de operadores judiciales el cual "debe ser seleccionar a los candidatos y candidatas con base al mérito personal y su capacidad profesional".[21] Concluye la Comisión en relación al tema de selección con base al mérito y capacidades, fundamentando que es menester elegir personas íntegras, idóneas y que cuenten con la formación o calificaciones jurídicas apropiadas, todo en un marco de una selección eminentemente objetiva.

V. La legitimidad del proceso ante la comisión de postulación

Al hablar de legitimidad se debe tener presente que el referido vocablo alude a un proceso realizado bajo el estricto amparo y respeto de la ley, en donde de su plena sustanciación responda sin cuestionamiento alguno a una calidad de genuino, cierto, lícito y apegado al supremo postulado de la justicia. Esta legitimidad debe ser respetada en primera instancia durante todo el proceso que se desarrolla ante la Comisión de postulación, desde el momento en que se convoque a su integración hasta que se resuelva en definitiva su disolución; y en segunda instancia, una legitimidad de todas las actuaciones realizadas ante el Congreso de la República de Guatemala como órgano encargado de la elección final.

Con pleno fundamento en los principios que informan a la comisión de postulación y concretamente en el principio de transparencia y publicidad se abre la posibilidad para que, mediante el debido ejercicio de las fases establecidas se puedan encaminar todas las denuncias o reclamaciones que busquen la efectiva depuración del proceso que se realizada, así la Corte de Constitucionalidad de Guatemala[22] ha manifestado que los procedimien-

[21] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, *Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las américas*, 2013, p. 34.

[22] Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expedientes acumulados 4639-2014, 4645-2013, 4646-2014 y 4647-2014, sentencia de

tos para conformar e integrar los poderes constituidos estarán dotados de una presunción de validez constitucional, tanto formal como material, que otorguen eficacia jurídica a sus actos en pleno ejercicio de sus funciones al emanar de los órganos conformados según los procedimientos de la normativa constitucional.

Es muy importante tomar en cuenta que toda denuncia o impugnación que atañe al procedimiento en sus diversas etapas, ha de plantearse y sustanciarse en cada uno de los momentos oportunos contemplados para dicho efecto, ello con el fin de dotar de certeza y seguridad jurídica al procedimiento, y en palabras de la propia Corte "han de ser formuladas en el plazo legal previsto y cuestionando a cada una de las autoridades responsables de la promoción, o haber obtenido un amparo provisional que ordenara la rectificación inmediata del agravio formulado"[23] buscando de esta forma que el órgano jurisdiccional competente advierta a la autoridad reclamada la existencia de un vicio que ponga en riesgo la consecución ordenada y concatenada del proceso de selección a cargo de la comisión respectiva.

Siguiendo el orden de ideas anterior, al haberse agotado las etapas del proceso de selección de candidatos a integrar la nómina, sin la existencia de reclamaciones u objeciones o inclusive acciones de amparo que hubieren prosperado en su momento procesal oportuno, se presumirá válidamente como bien ejecutados los actos y por bien asumidas las decisiones que hubiere tomado la comisión de postulación.[24] Lo anterior no es excluyente de poder considerar para su objeción o reclamación vicios previamente desconocidos y que de tratarse de vital trascendencia pudieren repercutir en la validez de todo el procedimiento, esto sería aplicable tanto para vicios desconocidos ante la comisión de

19 de noviembre de 2014, p. 86, *https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/Expediente.aspx*

23 *Ibidem,* pp. 87 y 88.

24 *Ibidem,* p. 89. De esa cuenta, opera en la materia en discusión una presunción de validez de los actos consumados durante una fase previa, si en esta no han sido objetados o reclamados, en las formas y plazos legalmente previstos, los vicios que se adviertan o, como se ha advertido anteriormente, hubiese sido objeto de una suspensión oportuna ordenada por la jurisdicción constitucional que paralizara la fase correspondiente.

postulación y por consiguiente para la respectiva elección ante el Congreso de la República de Guatemala.

La legitimidad en la integración de la nómina de candidatos a magistrados a la Corte Suprema de Justicia, sin lugar a duda, estará en parte supeditada al estricto respeto de cada una de las fases del procedimiento contempladas en la ley de comisiones de postulación y por supuesto, a la efectiva sustanciación y resolución de todo tipo de queja, inconveniente o vicio advertido por alguna parte interesada o por cualquier ciudadano en pleno ejercicio de su auditoría social. En tanto se agoten oportunamente estos presupuestos hasta llegado el momento de la elección por parte del Congreso de la República de Guatemala y estando firme la decisión asumida (pues esta tampoco escapa a cualquier tipo de formulación de acciones tendientes a reclamar violaciones en la elección realizada), se estaría ante una firmeza de la elección consumada y por ende dotada de legitimidad al haberse realizado al pleno respeto de la normativa constitucional y ordinaria aplicable al caso.

VI. Conclusiones

Entre las calidades constitucionales que debe reunir todo magistrado de la Corte Suprema de Justicia destaca la reconocida honorabilidad, la cual demanda un pleno reconocimiento y fama adquirida por la virtud del mérito, cuya naturaleza intrínseca en el ámbito filosófico exige que todo acto este amparado en la búsqueda del bien verdadero y a la realización de toda acción virtuosa; inclinando siempre su actuar a la debida aplicación de lo justo.

La elaboración de un sólido perfil de aspirantes y una objetiva tabla de gradación, es el punto de partida para garantizar una convocatoria que llame a candidatos de las más altas calidades éticas, académicas y profesionales en su justo complemento con méritos de servicio y liderazgo; sin embargo, mientras en la Ley de comisiones de postulación no se contemple una nota mínima para ser considerado en la nómina final de votación, los procesos seguirán repitiendo el mismo círculo de componendas en donde se excluyen a muchos con las mejores notas, para dar paso a

otros candidatos cuya ponderación es muy inferior a los mejores perfiles.

La legitimidad del proceso realizado ante la comisión de postulación estará condicionada al estricto respeto de toda la regulación existente y establecida, desde el proceso de integración de la comisión, hasta el momento de selección de nómina y posterior elección por el Congreso de la República de Guatemala, en donde, no podría hablarse de un proceso legítimo si este no ofrece los momentos oportunos para ejercitar denuncias o reclamaciones que busquen la efectiva depuración de quienes participan en la postulación para magistraturas.

Referencias

Cartagena, Nelson, *La contribución de España a la teoría de la traducción: introducción al estudio y antología de textos de los siglos XIX y XV,* Madrid, Iberoamericana, 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. *Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las américas*, 2013.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 273-1991, sentencia de 24 de marzo de 1992.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 942-2010, sentencia de 24 de agosto de 2010.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 2143-2014, sentencia de 13 de junio de 2014.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expedientes acumulados 4639-2014, 4645-2013, 4646-2014 y 4647-2014, sentencia de 19 de noviembre de 2014.

Despouy, Leandro, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Misión Guatemala, Naciones Unidas, 2009.

Ley de Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009.

Ley de garantía a la imparcialidad de comisiones de postulación, Decreto 16-2005.

Movimiento Projusticia, *Guía sobre el funcionamiento de las comisiones de postulación*, Guatemala, 2009.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed.

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Milán, 1985,

El derecho de acceso a la justicia de las mujeres en México: juzgando con perspectiva de género

***

The right of women's access to justice in Mexico: adjudicating with a gender perspective

María Minerva Zapata Denis

Resumen: el derecho de acceso a la justicia es un derecho irrestricto consagrado en los tratados internacionales y en la Constitución mexicana, su ejercicio pleno debería de ser para todos y todas, a pesar de ello cuando centramos la atención en la problemática de la violencia ejercida en contra de las mujeres la respuesta del sistema de justicia no ha producido un efecto reparador para las víctimas. El Estado cuenta con un andamiaje normativo robusto con un espíritu proteccionista hacia los derechos humanos de las mujeres, sin embargo, la violencia ejercida en contra de ellas genera cifras preocupantes y la respuesta del sistema del Estado transgrede el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia de manera pronta y expedita; los roles y estereotipos y la falta de una verdadera perspectiva de género con un enfoque interseccional aleja de la justicia a las mujeres víctimas de violencia.

Abstract: the right of access to justice is an unrestricted right enshrined in international treaties and in the Mexican Constitution, it´s full exercise should be for everyone, despite this when we focus attention on the problem of violence exercised in against women, the response of the justice system has not produced a restorative effect for the victims. The State has a ro-

bust regulatory framework with a protectionist spirit towards the human rights of women, however, the violence exercised against them generates worrying figures and the response of the state system violates the exercise of their right of access to information. Justice promptly and expeditiously; roles and stereotypes and the lack of a true gender perspective with an intersectional approach distances women victims of violence from justice.

Palabras clave: acceso a la justicia, tratados internacionales, derechos humanos, violencia de género, perspectiva de género, estereotipos de género.

Keywords: access to justice, international treaties, human rights, gender violence, gender perspective, gender stereotypes

Sumario: I. Marco normativo de los derechos de las mujeres. II. Acceso de las mujeres a la justicia: una violencia institucionalizada. III. Conclusiones. Referencias.

I. Marco normativo de los derechos de las mujeres

El principio por excelencia establecido en el artículo 17 constitucional, el cual establece que "[...]Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales [...]" se presenta como un pilar fundamental en todo sistema que se aprecie como un Estado constitucional de derecho; pese a ello, el Estado mexicano a este respecto tiene incontables deudas históricas, pero en la presente me referiré específicamente al devenir del acceso a la justicia para las mujeres en México, tópico por demás sensible y doloroso, marcado por hechos muy significativos que determinaron un antes y un después en la justicia para las mujeres en México, haciendo referencia específica a la emblemática sentencia de la Corte IDH en

2009 *González y otras*, conocida como *Campo algodonero*, y que vino a exponer de manera directa y material ante la comunidad internacional la responsabilidad del Estado en las irregularidades cometidas en las investigaciones por la desaparición de 3 mujeres en la zona industrial de Ciudad Juárez, Chihuahua y en la cual se condenó al Estado mexicano por la violación a los derecho humanos de las jóvenes asesinadas y por no haber garantizado su derecho a la vida, integridad y libertad personal,[1] la sentencia se convirtió en la primera puerta de entrada a la justicia por el asesinato de mujeres en el país, además de tener una significación dentro del tema de la violencia de género porque por primera vez la Corte IDH responsabilizó de forma directa a un Estado parte por no garantizar el derecho a una vida libre de violencia contemplado en el artículo 7 de la Convención Belem Do Pará y el caso de Inés Fernández Ortega, indígena guerrerense, que fue violada por miembros del poder militar en el 2002 y que su caso fue resuelto por la Corte IDH en agosto de 2010, declarando al Estado mexicano responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad, a la vida privada, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio y a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[2] A pesar de que dichos hechos datan del 2009, nuestro país desde los años ochenta asumió compromisos internacionales en materia de los derechos de las mujeres, específicamente en 1980, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres (CEDAW)[3] y en 1995 suscribió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

---

1 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*

3 Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres (CEDAW), *https://www.cndh.org.mx/documento/convencion-para-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-la-mujer*

Violencia contra la Mujer,[4] reconociendo que la violencia en contra de la mujer constituye una violación a los derechos humanos y estableciendo en su artículo 7 lo siguiente:

Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. [...]
b. actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.
d [...]
e [...]
f [...]
g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces y
h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta convención.

En seguimiento de lo anterior, en el marco de la XXI Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA, se presentó una propuesta para generar lo que se determinó como Mecanismo de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI), la cual se concretó hasta el 2004 y su principal objetivo era analizar los avances en la implementación de la Convención y la respuesta que estaban dando los Estados parte ante los casos de violencia en contra de la mujer.[5] Es importante

[4] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *https://apps.cjf.gob.mx/convenciones/assets/files/bdp/belemdopara.pdf*

[5] El MESECVI es una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente fundamentada en un foro de intercambio y cooperación téc-

resaltar que, la última revisión que el MESECVI realizó a México, fue en el 2020, y como resultado de la misma se emitieron una serie de recomendaciones en materia de impartición de justicia, principalmente en estos aspectos: *i)* no se cuenta con información que permita medir el impacto de los estereotipos de género y la discriminación en el acceso a las mujeres a la justicia; *ii)* a pesar de que se cuenta con protocolos para investigar y juzgar con perspectiva de género, no se cuenta con información que permita medir su eficacia y su impacto en la aplicación de una perspectiva de género en las investigaciones que permita atender las verdaderas necesidades de las mujeres en su acceso a la justicia, y *iii)* resaltaron su preocupación en relación a los altos niveles de impunidad en los delitos en contra de las mujeres, la brecha es muy amplia entre el inicio de la causa y la sentencia y ese abismo afecta la posibilidad de las mujeres a un acceso a la justicia efectivo y eficiente.[6]

Retomando la línea sobre el andamiaje jurídico que atiende la violencia de género en México, con el objetivo de materializar los compromisos que había asumido el país, específicamente a este respecto, se han expedido una diversidad de leyes en torno al tema de los derechos de la mujer: Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006), Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007), Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (2007); en el 2012 se tipifica el delito de feminicidio, en 2013 la SCJN emite el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, en 2018 la conducta comúnmente conocida como "pornovenganza", se tipifica como delito de violación a la intimidad, siendo Yucatán el primer Estado hacerlo, en ese mismo año con la llamada "Ley Olimpia", que consistió en un conjunto de diversas reformas con las que la violencia digital se tipificó y se reconocía como una modalidad de violencia y que a partir del 2022 ya rige en todo el país.

---

nica entre los Estados parte de la Convención y un Comité de Expertas/os, analiza los avances en la implementación de la Convención y los desafíos persistentes en las respuestas de los Estados ante las situaciones de violencia en contra de la mujer, *www.oas.org/es/masecvi/nosotros.asp*

6 Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI, *https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf*

En este sentido y en relevancia con el tema del presente documento, es importante señalar, que la mencionada LGAMVLV,[7] aporta un concepto claro sobre lo que debemos entender como "perspectiva de género"; se resalta su importancia en virtud de que se ha buscado transversalizar dicho concepto en las diversas normas y políticas públicas relacionadas con los derechos de las mujeres ya que de su efectiva aplicación depende el ir cerrando las brechas de desigualdad y garantizar el acceso a una justicia real. La citada ley en su artículo 5, fracción IX, establece:

> Es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.

Si bien el concepto "perspectiva de género" alude a ambos géneros sin hacer una distinción en las mujeres, la carga histórica de desigualdades en las que han vivido inclina el concepto hacia dicha connotación, sin embargo, una verdadera perspectiva de género apuesta por considerar a todos los géneros, valga la redundancia, sin distinciones creadas por roles y estereotipos, y es ahí a donde debe de apostar la verdadera transversalización del concepto.

II. Acceso de las mujeres a la justicia: una violencia institucionalizada

El marco conceptual y jurídico de los derechos de las mujeres en México es amplio y se encuentra fortalecido por diversos instrumentos internacionales que han permeado en normas y políticas públicas que han buscado materializar el derecho de las mujeres

[7] Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf*

a la justicia en México, pero con una mirada a la realidad se constata que en nuestro sistema de justicia persiste una constante violencia institucional, que a la luz de lo que define la LGAMVL, en su artículo 18, es aquélla que consiste en "[...] actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen, utilicen estereotipos de género o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia".

En este sentido, es necesario poner en contexto con cifras la situación del acceso a la justicia de las mujeres para el ejercicio pleno de su derecho a una vida libre de violencia; de acuerdo a las cifras, en los últimos 10 años se han registrado 7,246 feminicidios y menos del 25% ha tenido una sentencia condenatoria, por lo que en México la impunidad en los feminicidios es del 76%,[8] cifra alarmante en un país donde, según datos recabados durante el primer trimestre del 2024 se registraron 184 presuntos feminicidios en México, lo que reflejara un promedio de dos feminicidios por día[9] y según las cifras de Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), de los meses de enero a abril de este año se han registrado 246 feminicidios.[10]

En esta misma tesitura, hablemos de la violencia digital, tema no menor por el impacto que ha tenido como una forma de violencia que cada vez toma mayores dimensiones y modalidades, a este respecto es importante mencionar la Ley Olimpia,[11] que

---

8 Mexicanos contra la corrupción y la impunidad, *https://contralacorrupcion.mx/mas-feminicidios-y-menos-condenas*

9 *El Economista*, "Se registran dos feminicidios al día en México en lo que va del 2024", *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Carpetas-de-feminicidio-en-Mexico-suman-184-en-el-1T-del-2024-20240425-0051.html*

10 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) *https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/informacion-sobre-violencia-contra-las-mujeres-incidencia-delictiva-y-llamadas-de-emergencia-9-1-1-febrero-2019*

11 El título del paquete de propuestas se debe a la iniciativa presentada por la activista Olimpia Corral Melo, quien fue víctima de violencia digital. La iniciativa se presentó en el 2014, en el 2018 se reconoce a la violencia digital

no es como tal una ley, sino un conjunto de reformas legislativas que impactan directamente a la LGAMVLV y a las codificaciones penales y que tienen como objetivo visibilizar la violencia digital y tipificar los delitos que violen la intimidad sexual de las personas a través de medios digitales; desde la tipificación de la violencia digital, se tiene que, según las declaraciones de la Fiscalía de Investigación de Delitos Sexuales y el Tribunal Superior de Justicia, ambos de la Ciudad de México, de 2020 a 2024, se han abierto 3205 carpetas de investigación, el 95% no se judicializó y solo 109 presuntos agresores fueron vinculados a proceso y se han logrado solo 5 sentencias.[12]

El panorama del acceso a la justicia de las mujeres en México se nos presenta como un problema social multifactorial, especialmente cuando nos referimos al abordaje de los problemas relacionados con la violencia basada en el género. A este respecto, es importante señalar, entre diversos estudios realizados, el informe emitido por la Relatoría de los Derechos Humanos de las Mujeres, una de las ocho relatorías de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas", el cual, teniendo como referente los compromisos asumidos internacionalmente por los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), analiza la actuación de los órganos de justicia ante hechos relacionados con la violencia en contra de las mujeres, entre sus principales conclusiones resaltaron que la impunidad sistemática es un patrón asumido que permea en las investigaciones y por ende en la reparación efectiva del daño a las víctimas, teniendo con ello el efecto de respaldar la aceptación y normalización social de la violencia en contra de las mujeres, generando en ellas desconfianza en el sistema, sumado a que dicha normalización se refleja en el actuar de las autoridades, que cuestionan el

como una modalidad de delito y en el 2023 la reforma es aprobada por la cámara de diputados.

12 Resumen informativo del jefe de Gobierno de la Ciudad de México de fecha 4 de marzo de 2024, Coordinación General de Comunicación Ciudadana del Gobierno de la Ciudad de México, *https://www.jefaturadegobierno.cdmx.gob.mx/storage/app/media/Sintesis%20Informativa/Resumen%20Ejecutivo/concentrado-04032024-sintesis-matutina.pdf*

dicho de las víctimas al momento de denunciar hechos de violencia, otro de los obstáculos en la administración de justicia, es el énfasis que el sistema le da a las pruebas físicas y las testimoniales, considerando que las modalidades en las que se presenta la violencia de género suele ocurrir en lo privado, restándole credibilidad al testimonio de la víctima y por ende impidiendo la judicialización de las causas.[13] En este sentido, es importante resaltar los datos arrojados por la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) del 2023, realizada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Historia (INEGI), en la cual se data que de las 102,362 viviendas encuestadas , en el 37.6% dijo no acudir a denunciar por considerar que es una pérdida de tiempo y el 16.8% atribuye desconfianza en la autoridad.[14] Para tener mayor contexto de la situación de la violencia en contra de mujeres, es importante tener como referencia la última edición del 2021 de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones de los Hogares (ENDIREH),[15] realizada por el INEGI, la encuesta se aplicó a 3,535 mujeres mayores de 15 años, arrojando el dato que de las encuestadas a lo largo de su vida, el 51.6% ha sufrido violencia psicológica, el 49.7% violencia sexual y el 34.7% violencia física, y en los últimos 12 meses, del universo encuestado, el 29.4% violencia psicológica, 23.3% violencia sexual y el 10.2% violencia física; en ese mismo sentido, haciendo un comparativo entre la ENDIREH 2016 y 2021, se advierte un incremento en los índices de violencia en contra de las mujeres, por citar un ejemplo, en relación a la violencia sexual, en 2016 la cifra fue de 41.3% y en el 2021 del 49.7%; la violencia psicológica aumentó de 49% en 2016 a 51.6% en 2021, datos estadísticos que evidencian que la violencia de género en sus diversos tipos y modalidades ha ido en aumento.

---

13 Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm*

14 Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2023/doc/envipe2023_cdmx.pdf*

15 Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones de los Hogares (ENDIREH), 2021, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/endireh/2021/doc/endireh2021_presentacion_ejecutiva.pdf*

En el caso específico de las mujeres indígenas, entre las cuales el acceso a la justicia en situaciones de violencia se aleja de ser una alternativa reparadora, en su situación de vulnerabilidad converge la llamada "triada de la desigualdad', ser mujer, ser indígena y vivir en la pobreza, por ello la aproximación de los sistemas de justicia requiere de una mirada interseccional, entendiendo a esta como "una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegio";[16] las mujeres indígena se enfrentan con múltiples obstáculos en el ejercicio de sus derechos como las distancias geográficas, las barreras del idioma, personal poco sensibilizado, el temor al rechazo de su propia comunidad, dificultades económicas y discriminación institucional, es por ello la necesidad de aproximarse con una visión integral e interseccional, considerando género, cultura, situación de vulnerabilidad, respetando su identidad cultural y étnica, a este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido una serie de principios[17] que deben de guiar las acciones que los Estados realizan para el acceso a la justicia de las mujeres indígenas, basándose principalmente en un enfoque holístico, interseccional y en respeto a su autodeterminación; las mujeres indígenas de nuestro país se enfrentan a diversas formas de violencia: obstétrica, institucional, doméstica, en el contexto de la migración, comunitaria, el reto más complejo radica en la importancia del respeto a su autodeterminación de sus sistemas de justicia tradicionales bajo los estándares del respeto a los derechos humanos, tema no menor y que amerita un estudio profundo desde diversas perspectivas.

16 Association for Women's Rights Development, *https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf*

17 Brochure, Mujeres Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, *https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Brochure-MujeresIndigenas.pdf*

III. Conclusiones

Como resultado de todo lo anterior, se plantea la interrogante sobre si el Estado ha asumido un verdadero compromiso con la defensa de los derechos de las mujeres en su acceso a la justicia; se han emprendido acciones a nivel de políticas públicas que han permeado la estructura normativa y hoy contamos con un robusto andamiaje jurídico a nivel federal ,estatal y municipal que atiende el problema social de la violencia de género, normativa que se ha inspirado en los principios derivados de los tratados internacionales y que ha sido impulsada por la férrea defensa de los derechos humanos que es obligación de los Estados, pero la sola ley no transforma una realidad; para eliminar las brechas de género y la violencia institucionalizada respaldada por una serie de estereotipos que se legitiman a diario de manera sutil y por momentos evidente en los espacios públicos y privados, se requiere emprender acciones que de manera integral sumen desde diversos aspectos, inicialmente la parte formativa desde el ámbito educativo para ir desdibujando los patrones culturales profundamente arraigados en nuestra sociedad y con ello se vaya entretejiendo el sostén de una sociedad sin diferencias de género; en el ámbito de las estructuras de la administración pública, el desafío radica en la sensibilización y reeducación del personal del servicio y operadores de la ley que forman parte fundamental en la misión reparadora del sistema de justicia, que le dé verdadera cabida a la causa de las mujeres víctimas de cualquier forma de violencia, y que todo ello permee en la creación de políticas públicas con bases empíricas centradas en el problema real y que responda a las necesidades de los diversos grupos de mujeres en estado de vulnerabilidad para poder garantizar un verdadero acceso a su derecho a recibir justicia.

Referencias

Association for Women's Rights Development.

Brochure, Mujeres Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Mujeres.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

El Economista, "Se registran dos feminicidios al día en México en lo que va del 2024".

Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública.

Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones de los Hogares (ENDIREH), 2021.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Resumen informativo del Jefe de Gobierno de la Ciudad de México de 4 de marzo de 2024, Coordinación General de Comunicación Ciudadana del Gobierno de la Ciudad de México.

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP).

Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI.

El proceso histórico del reconocimiento de los derechos de las mujeres

***

The historical process of recognizing women's rights

Rosa María Álvarez

Sumario: I. Introducción. II. La etapa revolucionaria, la Constitución de 1917 y la negación de la ciudadanía para las mujeres. III. Los derechos laborales de las mujeres. IV. El régimen familiar. V. El movimiento feminista en México y su importancia en la conquista de derechos para las mujeres. VI. El reconocimiento constitucional de los derechos políticos de la mujer y la igualdad jurídica. Referencias.

I. Introducción

Los derechos de las mujeres son conquistas históricas, considerar esto es fundamental en la defensa y protección de derechos arrancados no solo al poder público, sino a una sociedad estructurada a partir de dualidades en las que el sexo femenino siempre estuvo subordinado al sexo masculino[1] a pesar de las luchas sociales que lograron la emancipación de las personas con respecto al poder opresor. Una de esas negativas principales fue el acceso a la participación política en un plano de igualdad con los hombres en tanto prerrogativa surgida del Estado moderno.

[1] Olsen, Francés, "The sex of law", en Yairys, David (ed.), *The politics of law. A progressive critique*, 3a. ed., Estados Unidos, Basic Books, p. 691.

En nuestro país, la Constitución Política, como en general las constituciones decimonónicas, no restringió ni negó los derechos políticos fundamentales de la mujer, pero en la práctica invariablemente les fueron negados. El constituyente de 1917 relega el debate sobre los derechos de la mujer pese a la activa e importante participación femenina en la lucha armada revolucionaria, solo a medida que avanza el siglo y a mediada que el pensamiento feminista va esparciéndose se comienzan a reconocer en el ordenamiento jurídico mexicano algunos derechos para las mujeres.

En este documento se realiza el acercamiento a la etapa en la cual se libró la lucha social que derivaría en el texto constitucional que nos rige en nuestros días, rescatando la batalla que las propias mujeres tuvieron que librar para arrancar a la clase política surgida de las filas de la Revolución su propio derecho a ser consideradas ciudadanas.

Sin duda, las transformaciones políticas y sociales experimentadas en los años anteriores al siglo xx dieron paso a ideales más definidos en la lucha femenina por el reconocimiento de su condición humana dentro de la sociedad y merecedora de los mismos derechos que los varones.

La escalada de movimientos de mujeres para entonces se había tornado incontenible y con ello se hizo evidente la resistencia a reconocer derechos al sexo femenino, la cual solo fue cediendo ante el impulso que las mujeres organizadas lograron dar a sus demandas y colocarlas en la agenda política hasta convertirla en parte de las preocupaciones de la comunidad internacional de la que México ha sido activamente partícipe.

En particular la lucha por el sufragio se convierte en el primer propósito de la lucha de las mujeres, cuyo tema central es el reconocimiento de la igualdad jurídica de hombres y mujeres el cual se da formalmente hasta 1975, así la legislación va perfilándose como garante de todos los derechos de las mujeres, ante la resistencia social que impide la transformación de los viejos esquemas discriminatorios y que propician una serie de fenómenos, entre otros la violencia contra la mujer que cada vez se hace más evidente y contra la cual se tienen que tomar todas las acciones pertinentes para su combate.

Por lo anterior este documentos parte del acercamiento a la etapa revolucionaria de la cual surge la Constitución de 1917, destacando la negación de la ciudadanía para las mujeres; pero que tuvo la virtud de reconocer los derechos laborales de ellas, aspecto importante en la emancipación femenina; de igual forma se analiza el régimen familiar como ámbito al que se ha ligado a la mujer de forma tradicional; para posteriormente dar paso al estudio de los movimientos feministas en México y su importancia en la conquista de derechos para las mujeres en el país, finalmente, se aborda el la importancia del reconocimiento constitucional de los derechos políticos de la mujer y la igualdad jurídica frente al hombre.

II. La etapa revolucionaria, la Constitución de 1917 y la negación de la ciudadanía para las mujeres

Es importante señalar que el movimiento revolucionario fue un movimiento surgido bajo consignas derivadas de las injusticias sociales que buena parte de la población sufrían y que a medida que va avanzando se transforman de la mano de caudillos surgidos en diversas partes del territorio nacional.[2]

En esta etapa los movimientos feministas comienzan a tener impacto en nuestro país. La Revolución Mexicana favoreció la movilización y participación de las mujeres, alentadas por sectores progresistas de la dirigencia política.[3]

De acuerdo con Ángeles Mendieta, las causas morales del movimiento revolucionario hacen de este un episodio en la historia que lleva como bandera principal la injusticia social; sin embargo, a las mujeres se les siguió considerando subordinadas a la voluntad de los hombres.

En esta etapa la participación de la mujer en el quehacer público es indiscutiblemente activa, como precursoras del mo-

[2] Silva Herzog, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*. *Los antecedentes y la etapa maderista*, México, FCE, pp. 20 y ss.

[3] No hay que olvidar que los dos primeros Congresos Feminista tuvieron lugar en Yucatán en 1916, auspiciados por Salvador Alvarado, gobernador de Yucatán.

vimiento revolucionario, fuera y dentro del campo de batalla, como líderes e innegablemente, como soldaderas. Cada mujer, al igual que cada hombre, participó desde su trinchera como miembro de esta nación en un proyecto de justicia común.

Sin embargo, al recogerse las demandas sociales en la Constitución de 1917, el constituyente niega los derechos políticos a la mujer bajo el argumento de su falta de capacitación para participar en la vida pública, manifestando que "la diferencia de sexos determina la aplicación de las actividades"; reafirmando tal visión con las siguientes palabras:

> [...] en el estado en que se encuentra nuestra sociedad, la actividad de la mujer no ha salido del círculo del hogar doméstico, ni sus intereses se han desvinculado de los miembros masculinos de la familia; no ha llegado entre nosotros a romperse la unidad de la familia, como llega a suceder con el avance de la civilización; las mujeres no sienten, pues, la necesidad de participar en los asuntos públicos como lo demuestra la falta de todo movimiento colectivo en ese sentido.[4]

Así, tanto el sexo como las actividades relacionadas socialmente a este anuló la posibilidad de que las mujeres tuvieran el acceso a la ciudadanía, razones discriminatorias ante escenarios en los cuales tanto hombres como mujeres se encontraban construyendo su propia identidad ciudadana pues, como reconoce el mismo Constituyente, la existencia de mujeres excepcionales se daba al lado de la existencia de hombres del mismo tipo, en tanto que las circunstancias sociales de otras las condenaban al anonimato, como sucedía con los hombres de iguales condiciones, de ahí que se trate en realidad de una palpable injusticia de discriminación por razón de sexo.[5]

Así pues, si bien los debates nos vuelven a mostrar la resistencia al cambio en el tratamiento normativo hacia la mujer, se

---

[4] Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, *Congreso constituyente 1916-1917,* Diario de debates, México, INEHRM, 1985, p. 830.

[5] De acuerdo con el Constituyente "el hecho de que algunas mujeres excepcionales tengan las condiciones necesarias para ejercer satisfactoriamente los derechos políticos no funda la conclusión de que estos deben concederse a las mujeres como clase", *idem*.

observa en el periodo previo que las luchas de las obreras determinan el reconocimiento de la igualdad de género en las relaciones laborales en la Constitución de 1917.

III. Los derechos laborales de las mujeres

A pesar de la negativa por reconocer los derechos políticos de la mujer, hay una gran batalla que se ganó en el Constituyente de 1917, la consideración de la materialidad diversa de las mujeres para el desempeño del trabajo.

Si bien, era mal visto que la mujer trabajara fuera del hogar, poco a poco se va transformando esta idea y empieza a aceptarse que las mujeres podían, y de hecho estaban colaborando activamente en el desarrollo del país, por lo que se vieron los beneficios de incluirla en la fuerza laboral.

La toma de conciencia de la obrera mexicana hace que su participación en el movimiento obrero sindical se desarrolle y cristalice sus esfuerzos en el año de 1914 con la conformación de los sindicatos de las Cigarreras de la Compañía Mexicana y el de Costureras de El Palacio de Hierro,[6] logrando a través de las coaliciones normas laborales más justas ante su condición de mujer en el ambiente de trabajo.

Refiere Mario de la Cueva que el pensamiento de principios de siglo era en el sentido de que el trabajo de las mujeres debía someterse a una protección especial, en razón de su *menor vigor físico y la necesidad de precaver su moralidad y sus buenas costumbres*; fue así que el dictamen que presentó la Comisión a la asamblea constituyente sobre el artículo 123, se dijo lo siguiente: "parece de justicia prohibir las labores insalubres o peligrosas y el trabajo nocturno".[7]

Los Constituyentes de Querétaro sabían que las mujeres podrían ser explotadas más fácilmente que los hombres, por lo cual,

---

[6] Villalobos Calderón, Liborio, *Las obreras en el Porfiriato*, México, UAM-Xochimilco-Plaza y Valdés, 2002, p. 44.

[7] Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, vol. I, México, Porrúa, 1972, pp. 421 y ss.

se señaló en el artículo 123 que el salario debía ser igual para los dos sexos, quedando establecido el principio de que para igual trabajo corresponderá igual salario sin que medien excepciones por razón de sexo ni nacionalidad.[8]

De igual forma, estableció las normas reguladoras del empleo femenino, otorgando a las mujeres protección durante el embarazo, para no desempeñar trabajos que exigieran un esfuerzo considerable y significasen un peligro para su salud en relación con la gestación; así mismo, para tener un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y otras seis semanas posteriores a este, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo, así como los derechos que hubieren adquirido por su relación de trabajo. En el periodo de lactancia se otorgó el derecho a dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.[9]

El reconocimiento de normas laborales que protegieran a las mujeres de forma específica resulta de gran trascendencia para la construcción de un sector de derechos específicos diferenciados por el sexo.

IV. El régimen familiar

Como se ha señalado uno de los argumentos ligados al sexo de las mujeres y que limitó sus derechos fue la dedicación a las actividades domésticas y de cuidado, por lo cual resulta importante considerar que es en la etapa revolucionaria cuando se transformas diversas disposiciones aplicables en materia familiar.

Los actos a través de los cuales se expiden los decretos que van delineando la introducción del divorcio vincular son actos formalmente revolucionarios, la nueva relación Iglesia-Estado que separó los asuntos civiles de los religiosos respetó las costumbres vigentes en las familias mexicanas heredadas de la doctrina católica, no obstante, tales costumbres se ven trastocadas con la introducción del divorcio vincular generando nuevos de-

[8] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 123, frac. VII.

[9] *Ibidem*, frac. V.

safíos sociales para la mujer, ante una situación en la que, nuevamente se busca dar respuesta a problemas sin considerar a las mujeres y los derechos que les dieran la posibilidad de enfrentar un cambio social tan importante.

Venustiano Carranza expide desde Veracruz los dos decretos que introducen el divorcio vincular en pleno periodo revolucionario, el primero del 29 de diciembre de 1914 que modifica la Ley Orgánica de 1874, de las Adiciones y Reformas a la Constitución donde se determinaba la indisolubilidad del matrimonio, y el segundo del 29 de enero de 1915 que reforma el Código Civil para el Distrito Federal para establecer el divorcio vincular, es decir, el que deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias.

Según Sánchez Medal, la precipitación con la que Venustiano Carranza abrió la puerta al divorcio cuando aún jefaturaba uno de los bandos en plena guerra civil, se debió al particular interés que dos de sus ministros, Félix F. Palavicini y Luis Cabrera tenían, dado que ya entonces planeaban sus respectivos divorcios.[10]

De acuerdo con la Exposición de Motivos el matrimonio tenía el carácter de unión definitiva, pero reconocía que era necesario determinar "los casos excepcionales" en que se debía liberar a los cónyuges de la "obligación de permanecer unidos durante toda la existencia".[11]

Así mismo, se evidencia que, en los casos de ruptura de la relación de pareja, es la mujer la que socialmente lleva el peso real de una cuestión que debieran afrontar a ambos miembros:

> Que además es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas de este país es excepcional, realizándose la mayor parte de las uniones de ambos sexos por amasiato, que casi nunca llegan a legalizarse, ya sea por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en estas condiciones es evidente que la institu-

[10] Sánchez Medal, Ramón, *El divorcio opcional*, México, Porrúa, 1974, pp. 27 y 28.

[11] *Cfr*. Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia de México,* México, Porrúa, pp. 21 y 22.

> ción del divorcio que disuelve el vínculo es el medio más directo y poderoso para reducir a su mínimum el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la nación mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa el número de hijos cuya condición está actualmente fuera de la ley;
>
> Que, además, es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de México la mujer, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, esta incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se convierte en una víctima del marido, y se encuentra en una condición de esclavitud de la cual le es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculándola del marido;
>
> Que, en efecto, en la clase media la separación es casi siempre provocada por culpa del marido, y es de ordinario la mujer quien la necesita, sin que con esto haya llegado a conseguir hasta hoy otra cosa que apartar temporalmente a la mujer del marido, pero sin remediar en nada sus condiciones económicas y sociales, por lo que sin duda el establecimiento del divorcio tendería, principalmente en nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darle posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene.[12]

Posteriormente, el 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza expide la Ley de Relaciones Familiares, en la que se realizan cambios sustanciales en la familia y en el matrimonio: se reglamenta la disolución del matrimonio, la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio al suprimir la potestad marital, la igualdad en el nombre de los hijos nacidos fuera del matrimonio y el régimen de separación de bienes por el de gananciales.

Pese a la pretendida igualdad[13] los derechos y obligaciones que nacían del matrimonio estaban claramente diferenciados, el marido debía dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar;[14] solo en caso de que la mujer tuviere bienes propios, desempeñare algún trabajo, ejer-

---

12 Ley sobre el Divorcio, *https://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1914LSD.html#:~:text=Nota%3A%20Con%20fecha%2029%20de,matrimonial%20y%20dejar%20a%20los*

13 Incorporada en el artículo 43.

14 Artículo 42.

ciere alguna profesión, o tuviere algún comercio, debía contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le correspondiera no excediera de la mitad de dichos gastos, a menos que el marido estuviere imposibilitado de trabajar y no tuviere bienes propios, pues entonces, todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con los bienes de esta, asimismo la mujer debía atender todos los asuntos domésticos, estando por ello especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del hogar.

Consecuentemente, la mujer solo podía, con licencia del marido, obligarse a prestar servicios personales a favor de personas externas, o a servir un empleo, o ejercer una profesión, o a establecer un comercio.

Así pues, más que hablarse de avances en el reconocimiento de derechos de la mujer podemos observar un avance en las concepciones de separación Iglesia-Estado, para ajustar la nueva figura jurídica del matrimonio civil como fuente de derechos y obligaciones.

Ya el Código Civil de 1928 le otorga carta de permanencia al divorcio, regulando además de las causas de divorcio, la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio administrativo.

Además del divorcio se adoptaron otros cambios como la equiparación de la capacidad jurídica de la mujer con el hombre, confiriendo a ambos cónyuges autoridad y consideraciones iguales para resolver lo relativo a la educación y al establecimiento y administración de los bienes de los hijos, así se otorga tanto al padre como a la madre la *patria potestad* sobre los hijos.

También en este Código Civil se impuso como regla general el deber del marido de dar alimentos a la mujer y proveer a los gastos para el sostenimiento del hogar, atribuyéndole a la mujer la obligación de atender todos los asuntos domésticos; posteriormente, en reformas subsecuentes se igualó a los cónyuges en la obligación de darse alimentos entre sí, y a los hijos.

Finalmente, cabe mencionar que a la par que se reglamentaba el divorcio, se reconocía al concubinato para otorgarle algunos

efectos a favor de la concubina, si bien se reconocía que el matrimonio era la forma "legal y moral" de constituir la familia.[15]

V. El movimiento feminista en México y su importancia en la conquista de derechos para las mujeres

La participación política de las mujeres es uno de los aspectos más importantes en la construcción de sus derechos, el advenimiento de la mujer como sujeto político implicó la posibilidad de participar de manera activa en la toma de decisiones y, por tanto, en el avance de una sociedad verdaderamente democrática. Por ello, la lucha por el derecho al voto era esencial y movilizó a las mujeres de forma inmediata una vez que tales derechos fueron alcanzados por los hombres, pero negados a las mujeres.

En México, previo al movimiento revolucionario, hubo un incipiente movimiento feminista en Yucatán, bajo la dirección de Rita Cetina Gutiérrez quien, al lado de otras talentosas maestras, fundaron una de las primeras asociaciones feministas, *La Siempreviva,* que estableció una escuela secundaria que con posterioridad se fusionó con el Instituto Literario de Niñas del gobierno. Bajo los trabajos de esta organización se formaría toda una generación de profesoras dedicadas a la enseñanza tanto en la capital como en las principales poblaciones y en las pocas haciendas que tenían escuelas para los hijos de los peones.[16]

Apenas iniciado el siglo xx, las mujeres mexicanas empezaron a aspirar en participar activamente en contra de la dictadura de Porfirio Díaz, lo que las llevó a organizarse en clubes políticos[17] mientras otras tomaron acciones más decididas, como la

15 Según lo expresado en el Informe presentado por la comisión redactora del proyecto de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

16 Macías Anna, "Felipe Carrillo Puerto y la liberación de las mujeres en México", *Las mujeres latinoamericanas. Perspectivas históricas*, México, FCE, 1985, p. 330.

17 En San Luis Potosí se constituyó en 1900, el Club Liberal Ponciano Arriaga en oposición al régimen porfirista, el cual tuvo ramales en todo el país y en torno al cual se crearon asociaciones femeniles de apoyo, como el Club

publicación de periódicos entre los que se encuentran los siguientes: La Corregidora, Vésper, La Protesta Nacional, El hogar, El Látigo Justiciero, el semanario La voz de la mujer, y la revista La Mujer Mexicana, todos dirigidos por mujeres.[18]

Al tiempo, el principio de igualdad tan largamente anhelado por las feministas se formula en el Programa del Partido Liberal Mexicano y Manifiesto a la Nación suscrito por los dirigentes del Partido Liberal Mexicano y encabezado por Ricardo Flores Magón en 1906, año en que se fundan varias asociaciones femeninas cuya finalidad, si bien era apoyar al Partido Liberal Mexicano, también planteaba la obtención del sufragio femenino.[19]

En 1911 un centenar de mujeres solicitaron al presidente interino León de la Barra, se les permitiera ejercer su derecho a votar, aduciendo que ese derecho estaba consagrado en la Constitución vigente, la cual no establecía diferencias en razón del sexo de los ciudadanos, este requerimiento fue una constante en los movimientos femeninos de la época.

En 1926, Elvia Carrillo Puerto activa feminista yucateca, envía una extensa petición a la Cámara de Diputados, rubricada por millares de mujeres, en la que se solicitaba por enésima ocasión la reforma del artículo 34 constitucional.[20]

Liberal de Señoras y Discípulas de Juárez, en Veracruz y el Club Liberal de Señoras y Señoritas de Antoniana Nava, en Matehuala, San Luis Potosí.

18 *Crf.* Ruiz Castañeda, María del Carmen, *La Prensa, presente y pasado,* México, UNAM, 1987, p. 170.

19 En Ciudad Victoria, Tamaulipas, Irene Passemente de Arguelles y Josefa C. De Guerra fundan la *Sociedad Femenil Cooperativa*; asimismo con la finalidad de obtener el sufragio, las profesoras Eulalia Guzmán, Hermila Galindo y Luz Vera, entre otras, constituyen formalmente el grupo *Admiradoras de Juárez*, mientras que, en Chihuahua, se constituye el *Club de Hijas de Cuauhtemoc*, para apoyar el partido Liberal Mexicano. En Tizapán de Zaragoza, D.F. se funda la agrupación de obreras textiles *Hijas de Anáhuac,* comandadas por María del Carmen y Catalina Frías.

20 *Cfr*. Sáenz Royo, Artemisa, *Historia político, social y cultural del movimiento femenino en México, 1914-1950,* México, Imprenta M. León Sánchez, 1954, p. 60.

Parece ser que, como lo comenta Anna Macías,[21] Yucatán se convirtió en el centro del movimiento de liberación de las mujeres. En plena Revolución se celebra en México el Primer Congreso Feminista, en enero de 1916 en Mérida,[22] bajo el apoyo de del Gobierno revolucionario del Estado, presidido por el general Salvador Alvarado, quien hizo circular la siguiente convocatoria:

> Considerando: que la mujer yucateca ha vivido hasta ahora entregada al hogar y sus obligaciones se han concretado a las que se originan de una vida quieta, empírica, sin dinamismo, que trascienda a la evolución y sin aspiraciones que la liberten de la tutela social y de las tradiciones en que ha permanecido sumida.
>
> Considerando: que la historia primitiva de la mujer es contraria al estado social y político que actualmente guarda, pues el matriarcado, revelación y testimonio de su preponderancia pretérita, estuvo orgullosa de sus derechos.
>
> Considerando: que es un error social educar a la mujer para una sociedad que ya no existe, habituándola a que, como en la antigüedad, permanezca recluida en el hogar, el cual solo abandona para asistir a los saraos y fiestas religiosas, y que no se la reivindica colocando sobre su tumba el epitafio romano: cuidó de su casa y supo hilar la lana; pues la vida activa de la evolución exige su concurso en la mayoría de las actividades humanas.
>
> Considerando: que la Revolución Constitucionalista ha manumitido a la mujer concediéndole derechos que antes no tenía, como los que derivan del divorcio absoluto, y que resultarían ilusorias estas justas concesiones de no prepararla convenientemente para la conquista del pan y para la conservación y defensa de estos derechos alentándola a la conquista de nuevas aspiraciones.
>
> Considerando: que el medio más eficaz de conseguir estos ideales o sea libertar y educar a la mujer, es concurriendo ella misma con sus energías e iniciativas a reclamar sus derechos, a señalar la educación que se necesita y a pedir su injerencia en el Estado, para que ella misma se proteja, se convoca desde luego a un Congreso Feminista a todas las mujeres honradas de Yucatán.

21 Macías Anna, *op. cit*., p. 329.

22 Silva Herzog, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, México, FCE, 1973, p. 280 y ss.

De acuerdo con las bases de la convocatoria en el Congreso se discutirían y resolverían temas como: *i)* los medios sociales que debían emplearse para manumitir a la mujer del yugo de las tradiciones; *ii)* el papel de la escuela primaria en la reivindicación femenina, dado el papel de aquélla de preparar para la vida; *iii)* las artes y ocupaciones que debía fomentar y sostener el Estado, y cuya tendencia sería preparar a la mujer para la vida intensa del progreso; *iv)* las funciones públicas que podía y debía desempeñar la mujer a fin de no ser solo dirigida sino también dirigente de la sociedad.[23]

Cabe mencionar que la base VII de la convocatoria señalaba que las resoluciones del Congreso tendrían el carácter de proyectos, los cuales serían elevados a categoría de Leyes, previo estudio del órgano competente del Estado.

La Junta Directiva del Congreso hizo llegar al Poder Ejecutivo del Estado de Yucatán un largo informe con propuestas específicas para manumitir a la mujer del yugo de las tradiciones.

Sobre las funciones públicas que podía y debía desempeñar la mujer a fin de ser también dirigente de la sociedad se proponía la apertura de todos los campos de acción en que el hombre libra a diario la lucha por la vida, señalándose la posibilidad de participación femenina en cargos públicos que no exigieran vigorosa constitución física, reconociéndose "que no existen diferencias en la capacidad intelectual entre mujer y hombre".[24]

Los congresos no tuvieron efectos positivos inmediatos, ni siquiera sobre la situación de las mujeres en el estado de Yucatán. En el ámbito nacional, la prensa se encargó de enfatizar lo que la sociedad en ese momento consideraba como aspectos negativos de la emancipación de la mujer: el ejercicio de derechos políticos, y por ende el abandono de los espacios privados para acceder a los públicos.

Tampoco incidieron estos movimientos feministas en la Constitución de 1917, la cual, a pesar de ser producto del movimiento armado revolucionario, en el que participaron activa-

[23] *Ibidem*, p. 283.

[24] *Ibidem*, p. 284 y ss.

mente las mujeres de todos los niveles socioeconómicos, no se les reconocieron explícitamente sus derechos políticos.

Después de esos Congresos surgieron varias ligas de orientación femenina en diferentes estados del país que exigieron dotación de parcelas e implementos de labranza para las mujeres, igualdad de salarios y ampliación de la educación popular.[25]

En aquella época las mujeres abordaron temas considerados tabú como el aborto y la prostitución, el amor libre y el divorcio. Las campesinas cuestionaron el Código Agrario que establecía prioridad para los hombres en la dotación de tierras sobre la mujer en las mismas condiciones, es decir, al jefe de familia. Exigían, asimismo, la abolición de la calificación de hijo natural para los nacidos de las uniones libres y facilidades para el control de la natalidad.

Posteriormente, en la etapa de la década de 1930 se organizaron tres congresos nacionales de obreras y campesinas, además de un Congreso contra la Prostitución.[26]

VI. El reconocimiento constitucional de los derechos políticos de la mujer y la igualdad jurídica

Como se ha dejado apuntado, la reforma relativa a otorgar la ciudadanía a la mujer mexicana recorre un proceso largo hasta incorporarse en nuestro orden jurídico.

La agitación social que prevalecía a mediados del siglo xx transformó la mentalidad de las mujeres quienes se hicieron conscientes de que era a través de su organización que podrían conquistar los derechos que hasta entonces les habían sido vedados.

En efecto, aun cuando la Constitución de 1917, no restringió de manera expresa los derechos políticos de las mujeres, la inter-

25 Ramos Escandón, Carmen, "Las mujeres en México: ¿revolucionarias o revolucionadas?", *FEM,* núm. 188, México, noviembre, 1998, pp. 4-7.

26 Ríos Cárdenas, María, *La mujer mexicana es ciudadana*, México, 1940, pp. 93.

pretación que se hizo del término *ciudadano* dio como resultado que la Ley Electoral para Poderes Federales de 1918, señalara en su artículo 37 lo siguiente: "Son electores y, por lo tanto, tienen derecho a ser inscritos en las listas del censo electoral de la sección del domicilio respectivo, todos los varones mexicanos mayores de 18 años si son casados y de 21 si no lo son, que estén en goce de sus derechos políticos, o inscritos sus nombres en los registros de la municipalidad de su domicilio".

Regulación que retomó la Ley Electoral de 1946 en su artículo 40, volviendo a restringirse así los derechos políticos a las mujeres.

A pesar de ello, como se ha señalado, en varios estados se empiezan a dar movimientos a favor de la mujer, trayendo como consecuencia que en varios de ellos se le reconociera el derecho ciudadano al voto: Yucatán 1922; Chiapas 1925; Puebla 1936; Sinaloa 1938; Hidalgo 1948.

Estas entidades se adelantan incluso a la reforma constitucional de 1947 mediante la cual se modifica el artículo 115 reconociendo el derecho al voto de las mujeres en las elecciones municipales, es decir una ciudadanía disminuida y que aparentemente buscó ensayar la participación de la mujer en esta materia.

Además, cabe también señalar que algunos de estos estados se adelantan también al debate de 1937 señalado, en el cual se reconoce y niega al mismo tiempo la ciudadanía a la mujer mexicana bajo argumentos muy cuestionables que evidencian la resistencia en el reconocimiento de los mismos derechos de hombres y mujeres.[27]

Otros estados que reconocen este derecho previamente a ser alcanzado a nivel federal son: Aguascalientes, Chihuahua, 1950; Tamaulipas, Estado de México, Guerrero, 1951.

Sin embargo, tuvieron que pasar 10 años para que se volviera a abordar el tema de la ciudadanía de la mujer, cuando en 1947 por iniciativa del presidente Miguel Alemán se aprobó la reforma al artículo 115 de Constitución, en la que se le reconoce el dere-

[27] *Ibidem,* pp. 180 y ss.

cho a votar y ser votada, pero únicamente en elecciones municipales, lo que, según los diputados, permitiría ver el desempeño de las mujeres para que posteriormente se le atribuyera una amplia y general capacidad electoral.[28]

De ahí, que el debate del año de 1953 en el cual por el cual se reforma el mencionado artículo 34 generara entre los diputados enconadas discusiones al considerar incorrecto el camino, que no era el de un nuevo debate sobre el mismo tema sino solo el cómputo y la declaratoria correspondiente, por lo que, los diputados de la oposición consideraron ilegitimo que el presidente Ruiz Cortines y su partido alzarán como una bandera propia el reconocimiento de la ciudadanía para las mujeres.[29]

Sin embargo, más allá del debate sobre las cuestiones relativas al proceso legislativo, es muy ilustrador observar los argumentos cuando que esgrimieron los legisladores en el debate de reforma constitucional que otorgó de plena ciudadanía a la mujer. El legislador señala de manera reiterada el reconocimiento de estos derechos como una deuda de la Revolución.[30]

Es el caso de la igualdad jurídica entre mujeres y hombres que tuvo que ser consagrada en los textos constitucionales, sin embargo, también ha sido una batalla lenta y sosegada por ese cariz de normalidad y naturalidad que ha ocultado la opresión y discriminación contra la mujer.

Después de la reforma constitucional de 1953 que dotó de ciudadanía plena a la mujer, a través de la reforma de los artículos 34 y 115 y que desafortunadamente pasó por diversas vicisitudes en nuestro país, se volvió al tema previo a la celebración del Año Internacional de la Mujer, en 1975, la cual fue convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en un afán por concentrar la atención internacional en la necesidad de elaborar

---

28 *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones,* t. XI, cit., 316 y ss.

29 *Derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones*, t. V, cit., pp.1129-1133

30 Ríos Cárdenas, María, *op. cit*.; Buck, Sarah A., "The meaning of the women's vote in Mexico, 1917-1953", *The Women's Revolution in Mexico, 1910-1953*, Estados Unidos, Rowman and Littlefield Publishers, 2007, pp. 73 y ss.

objetivos orientados hacia el futuro, estrategias y planes de acción eficaces para el adelanto de la mujer, que tendría como acto culminante la primera conferencia mundial sobre la condición jurídica y social de la mujer a celebrarse en la Ciudad de México.

En este escenario, el 31 de diciembre de 1974, se reforma la Constitución en sus artículos 4, 5, 30 y 123, estableciendo de manera literal la igualdad entre "varón y la mujer", la protección, organización y el desarrollo de la familia, así como el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Conocer la construcción histórica de derechos y el valor que eso tiene para los distintos sectores de la población beneficiados por el avance es fundamental, por lo cual recordar que los derechos humanos de las mujeres son producto de la lucha organizada de las mismas mujeres, excluidas por su sexo de derechos básico a lo largo del tiempo, resulta esencial en la defensa y protección de prerrogativas consagradas a base de la lucha social de las mujeres.

Referencias

Buck, Sarah A., "The meaning of the women's vote in Mexico, 1917-1953", *The Women's Revolution in Mexico, 1910-1953*, Estados Unidos, Rowman and Littlefield Publishers, 2007.

Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, vol. I, México, Porrúa, 1972.

Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, *Congreso constituyente 1916-1917,* Diario de debates, México, INEHRM, 1985.

Macías Anna, "Felipe Carrillo Puerto y la liberación de las mujeres en México", *Las mujeres latinoamericanas. Perspectivas históricas*, México, FCE, 1985.

Olsen, Francés, "The sex of law", en Yairys, David (ed.), *The politics of law. A progressive critique*, 3a. ed., Estados Unidos, Basic Books.

Ramos Escandón, Carmen, "Las mujeres en México: ¿revolucionarias o revolucionadas?", *FEM,* núm. 188, México, noviembre, 1998.

Ríos Cárdenas, María, *La mujer mexicana es ciudadana*, México, 1940.

Ruiz Castañeda, María del Carmen, *La Prensa, presente y pasado,* México, UNAM, 1987.

Sáenz Royo, Artemisa, *Historia político, social y cultural del movimiento femenino en México, 1914-1950,* México, Imprenta M. León Sánchez, 1954.

Sánchez Medal, Ramón, *El divorcio opcional*, México, Porrúa, 1974.

Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia de México,* México, Porrúa.

Silva Herzog, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, México, FCE, 1973,

Silva Herzog, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*. *Los antecedentes y la etapa maderista*, México, FCE.

Villalobos Calderón, Liborio, *Las obreras en el Porfiriato*, México, UAM-Xochimilco-Plaza y Valdés, 2002.

La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Breves reflexiones sobre los discursos de odio

***

Freedom of expression in the Inter-American Human Rights System: brief reflections on hate speech

Marcela I. Basterra

Resumen: la libertad de expresión constituye una piedra angular en las sociedades democráticas. Se vincula estrechamente con el perfeccionamiento de la calidad democrática de los Estados y la transparencia de las instituciones republicanas. Por ello, la tendencia de los ordenamientos jurídicos es la de delinear un amplio grado de protección de los discursos amparados por la libertad de expresión.

En el último tiempo, el surgimiento de Internet generó nuevos desafíos para la protección de este derecho fundamental, imponiendo nuevos retos para los ordenamientos jurídicos. Una cuestión sumamente conflictiva y sensible se da ante la proliferación de expresiones de odio en los medios de comunicación y redes sociales, lo que supone una tensión para las regulaciones normativas protectoras de la libertad de expresión.

Abstract: freedom of expression constitutes a cornerstone in democratic societies. It is closely linked to the improvement of the democratic quality of the States and the transparency of republican institutions. For this reason, the tendency of legal systems is to outline a broad degree of protection for speeches protected by freedom of expression.

Recently, the emergence of the Internet has generated new challenges for the protection of freedom of expression, imposing new challenges for legal systems. An extremely conflictive and sensitive issue arises from the proliferation of expressions of hate in the media and social networks, which poses a strain on the normative regulations protecting freedom of expression.

Palabras clave: libertad de expresión, medios de comunicación, redes sociales, internet, discursos de odio, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Keywords: freedom of expression, media, social networks, internet, hate speeches, Inter-American Human Rights System, Inter-American Court of Human Rights.

Sumario: I. La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. II. Los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión. III. Libertad de expresión, medios de comunicación y redes sociales. IV. Consideraciones sobre los discursos de odio. V. Conclusiones. Referencias.

I. La libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Desde hace muchos años, los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconocen que la protección y promoción de un concepto amplio de libertad de expresión es la piedra angular en la existencia de una sociedad democrática e indispensable para la formación de la opinión pública.

Desde una perspectiva general, vale aclarar que el Tribunal interamericano destaca la relevancia política de este derecho fundamental, en los siguientes términos;

> En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de

> vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia.[1]

La libertad de expresión es una de las libertades preferidas en el emplazamiento jurídico del Estado de derecho. En numerosas oportunidades puntualicé la relación inescindible entre democracia y libertad de expresión, afirmando que este derecho fundamental es indispensable para la formación de la opinión pública. Ello en tanto posibilita que quienes así lo deseen puedan transmitir información de cualquier tipo a la sociedad, lo que a su vez coadyuva a que la comunidad pueda ejercer libremente sus opciones, dado que para que una elección determinada se considerarse realmente libre deben conocerse todos los elementos necesarios para formar la convicción.[2]

De allí, el riesgo que implica imponer desde el Estado límites sobre la prensa. Por ello, estas limitaciones al derecho de informar, deben ser estrictamente necesarias e interpretarse con criterio sumamente restrictivo, respetando su contenido y ejercicio plenos. La propia Corte IDH ha señalado en la Opinión Consultiva OC 5/85 titulada "La colegiación obligatoria periodistas", y ratificado —entre otros— en *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*,[3] que la libertad de expresión es condición imprescindible para que la comunidad a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada.

Sentado lo expuesto, en el presente trabajo de investigación abordaré los casos contenciosos más destacados que han sido so-

---

1 Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A, núm. 5, párr. 32, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf*

2 Basterra, Marcela I. y Espinosa Saldaña, B. Eloy, *Libertad de expresión y acceso a la información en Iberoamérica*, Perú, Adrus, Arequipa Editorial, 2009.

3 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de junio de 2004. Serie C, núm. 107, párr. 112.

metidos al conocimiento de la Corte IDH en los que está involucrada la libertad de expresión, con la finalidad de extraer de su estudio pormenorizado, cuáles son actualmente los estándares de protección del Sistema Interamericano en relación a este derecho fundamental, para luego indagar las respuestas posibles en torno al conflicto jurídico que genera la reproducción de los discursos de odio.

II. Los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión

En el fallo *Última tentación de Cristo*, el Tribunal nteramericano analizó una demanda contra la República de Chile por medio de la cual se cuestionaba la decisión de la Corte Suprema de Chile, que dejó sin efecto la resolución del Consejo de Calificación Cinematográfica que admitía la exhibición de la película titulada "La última tentación de Cristo". En definitiva, se controvertía la censura judicial impuesta por el Tribunal chileno.

La Corte reconoció que;

> [...] quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, que requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[4]

Añadió que ambas dimensiones, tanto la social como la individual, poseen idéntica importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la liber-

[4] Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 73. Sentencia del 5 de enero de 2001. Seie C, núm. 71, párr. 64.

tad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención Americana.[5]

Teniendo en consideración el marco normativo interamericano, el Tribunal resolvió que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH.

En el caso *Herrera Ulloa*, la Corte Interamericana tuvo que decidir si el Estado de Costa Rica violó el artículo 13 referido a la libertad de pensamiento y expresión al condenar al periodista Mauricio Herrera Ulloa, por publicar reportajes de la prensa belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski la comisión de hechos ilícitos graves.

En este precedente, la Corte realizó consideraciones sobre las restricciones permitidas a la libertad de expresión en una sociedad democrática, señalando que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, toda vez que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención

[5] La mencionada disposición prescribe "Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vía o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

en sus incisos 4° y 5°. En idéntico sentido, el artículo 13.2 del mismo instrumento prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas limitaciones en modo alguno deberán extenderse más allá de lo estrictamente necesario, de manera que no se obstaculice el alcance pleno del derecho a la información, ni se conviertan en mecanismos directos o indirectos de censura o autocensura.

La propia Corte señaló que la necesidad —y por ende—, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2, dependerá de que las mismas estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar la finalidad perseguida, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Para que las limitaciones sean compatibles con la Convención, deben justificarse según objetivos colectivos que prevalezcan claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho.

Por estos argumentos, el Tribunal tuvo en cuenta que *Herrera Ulloa* era un periodista que estaba expresando hechos u opiniones de interés público. Es así como el punto de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés general o se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente, adquieren mayor riesgo de ser objetos de crítica ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en el ámbito del debate público.

Concluyendo que la sentencia aplicada al periodista conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibidor sobre todos los que ejercen la profesión de informar, que a su vez impide el debate público sobre temas que son de interés de toda la sociedad. Por ello la Corte consideró que el Estado de Costa Rica violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.[6]

[6] Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica..., cit.,* párr. 133.

Puede colegirse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que la libertad de informar no reviste carácter absoluto, por lo tanto, puede generar responsabilidades ulteriores para quienes ejercen este derecho en forma abusiva e ilegítima. Ahora bien, los límites que se impongan a la libertad de expresión deben tener carácter sumamente restrictivo, aceptándose únicamente los que encuentren fundamento en el principio de legalidad.

Las limitaciones al derecho de informar deben ser estrictamente necesarias e interpretarse con criterio sumamente restrictivo, respetando su contenido y ejercicio pleno. La propia Corte IDH ha señalado en la Opinión Consultiva OC 5/85 "La colegiación obligatoria periodistas", que la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Siendo indispensable para la formación de una opinión pública pluralista. "Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada [...]".[7]

En síntesis, el Tribunal ha considerado que; *i)* una sociedad bien informada es sinónimo de una sociedad libre; *ii)* el derecho de libre expresión y acceso a la información, hacen notoria la importancia de la transparencia de las actividades estatales; las que favorecen a su vez el control ciudadano; *iii)* los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión, por lo que es indispensable que tengan acceso a las diversas informaciones u opiniones, y *iv)* una sociedad bien informada propicia y robustece el debate público.[8]

III. Libertad de expresión, medios de comunicación y redes sociales

Los medios de comunicación social permiten materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones

[7] Corte IDH. OC-5/85..., *cit*., párr. 77.

[8] Basterra, Marcela I., "El alcance de la tutela constitucional sobre la libertad de expresión. El caso de los sitios de internet", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2014.

de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.[9]

En tal sentido, no solo está en juego el derecho de quien desea expresarse, sino también el derecho de toda la sociedad, a conocer las ideas de los demás y cotejarlas con las propias; así como el interés del sistema democrático en la circulación fluida de toda información. Es esta la posición adecuada, o al menos, la que coincide con los mejores estándares aplicados en las democracias constitucionales.

En el marco de la ONU, el 1 de junio de 2011 una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet[10] dispuso que;

> La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita").[11]

Este test tripartito también rige en el ámbito interamericano. En efecto, cualquier limitación a la libertad de expresión debe superar este triple estándar de prueba; *i)* la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal

9 Corte IDH. OC-5/85..., *cit*., párr. 34.

10 En esta participaron el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión —Frank LaRue—, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) —Dunja Mijatovi—, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión —Catalina Botero Marino—, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) —Faith Pansy Tlakula—.

11 *Ibidem*, principio general 1.a.

y material, *ii)* debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y *iii)* debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.[12]

En sentido similar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en forma reiterada ha señalado que el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como colectiva. Así, a través de la red se puede concretar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o a no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, dicha red constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.[13]

IV. Consideraciones sobre los discursos de odio

Un tema que ha motivado un gran debate doctrinario en relación con la libertad de expresión es el referido a los discursos de odio o "*hate speech*".

Las expresiones de odio son conceptualizadas como aquellos discursos cuya finalidad es intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia contra una persona o grupo de individuos en base a

---

12 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA (RELE-OEA), Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, 2010, párr. 67.

13 CSJN, *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios,* Fallos 337:1174, *https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581&cache=1715796562290 Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. s/ daños y perjuicios,* Fallos 340:1236, *https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7399421&cache=1715796615646* y *Paquez, José c/ Google*, Fallos 342:2187, *https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarTomoPagina.html?tomo=342&pagina=2187*

su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal.[14]

Los ordenamientos jurídicos suelen esforzarse para limitar y regular las consecuencias perjudiciales de estos discursos nocivos que suelen amplificarse en las plataformas de internet afectando la cohesión social. Las respuestas que se diseñan demuestran que los discursos de odio implican una problemática sumamente compleja al generar una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y la protección contra la discriminación.

Al respecto, resulta esclarecedor lo expuesto por Abramovich[15] al señalar,

> Por un lado, los principios constitucionales sobre igualdad y no discriminación exigen que los Estados intervengan y restrinjan la circulación de los discursos de odio violentos y las expresiones estigmatizadoras. Por otro lado, los principios jurídicos que amparan la libertad de expresión imponen la prohibición de censura previa, delimitan la facultad de regular el contenido de la expresión, y acotan la atribución de responsabilidades penales y civiles por las expresiones sobre asuntos de interés público.

Ante este panorama, se plantea el siguiente interrogante ¿cómo es posible resolver esta tensión, de forma tal de garantizar el principio de igualdad y revertir injusticias culturales sin perturbar los estándares básicos de la libertad de expresión?

Como vimos anteriormente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce un amplio grado de protección de la libertad de expresión al proscribir la censura previa y solo permite responsabilidades ulteriores en casos puntualmente detallados. Así, el artículo 13 de la CADH señala que las responsabilidades ulteriores, deben estar expresamente fijadas por la ley

---

14 Riquert, Marcelo, "Discursos de odio, inteligencia artificial e intervención penal", *Suplemento Innovación & Derecho,* núm. 2, Buenos Aires, La Ley, abril de 2023, p. 3.

15 Abramovich, Victor, "Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio", en Abramovich, Víctor Guembe, María José y Capurro Robles, María (coords.), *El límite democrático de las expresiones de odio*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Teseo, 2021, p. 17.

y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La protección a la libertad de expresión no es absoluta. En efecto, la Convención reconoce que las expresiones o discursos de odio no quedan abarcadas por la protección del artículo 13.5 al señalar "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado ciertas directrices que resultan trascendentales en esta materia. En efecto, las medidas que rigen las expresiones de odio, habida cuenta de su interferencia con la libertad de expresión, deben estar previstas por ley, servir a un fin legítimo establecido en el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar ese fin.[16]

Existen ciertos parámetros que se han señalado en el derecho internacional y regional que se pueden sintetizar en los siguientes requisitos: nadie debe ser penado por decir la verdad; nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las transmite con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir cuál es la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al público, nadie debe ser sometido a censura previa, y toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de proporcionalidad.[17]

---

16 Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión, Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004, Capitulo VII las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr.4, *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=459&lID=2*

17 Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001, *http://www.article19.org/docimages/951.htm*

4.1. Los diferentes tipos de discursos dentro del Sistema Interamericano

Preliminarmente corresponde señalar que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos rige la presunción de cobertura *ab initio* para cualquier tipo de expresión humana. En virtud de este principio, se entiende que, como regla general, *prima facie* todos los discursos independientemente de su contenido están abarcados por la tutela de la libertad de expresión, que se deriva del artículo 13 de la CADH.[18]

No obstante, a partir de la jurisprudencia interamericana, la Relatoría Especial de Libertad de Expresión distingue diversos tipos de discursos que son pasibles de diferentes grados de tutela. En efecto, es posible identificar tres tipos de discursos; 1) el discurso no protegido; 2) el discurso protegido, y 3) el discurso especialmente protegido.[19]

En primer lugar, el "discurso no protegido" es aquel que, en virtud de su contenido, está prohibido legalmente, y en consecuencia, no está amparado por la protección de la libertad de expresión que reconoce el artículo 13. Dentro de estos se incluyen por ejemplo la "propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia", la "incitación directa y pública al genocidio" y la "pornografía infantil". Este discurso de odio no amparado por la tutela de la CADH se puede identificar como "discursos de odio en sentido estricto".

En relación con estos se reconoce a los Estados atribuciones para intervenir y limitar su difusión, a fin de evitar la discriminación y además prevenir conductas violentas, ya que las expresiones suponen un peligro claro y actual para determinados individuos. Entre las medidas estatales que se pueden adoptar se señala la imposición de responsabilidades ulteriores o la restricción de circulación de información.[20]

Excepcionalmente, es posible aplicar mecanismos preventivos a los discursos de odio especialmente violentos, aunque al-

[18] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA..., *cit*., párr. 30.

[19] Abramovich, Víctor, *op. cit*., pp. 38 y ss.

[20] Abramovich, Víctor, *op. cit*., pp. 43 y ss.

gunos doctrinarios, entienden que aun en estos supuestos rige la prohibición absoluta de censura previa, postura que comparto. Por ejemplo, coincido con quienes afirman que en la versión en inglés de la Convención el artículo 13.5 no establece un deber de prohibición legal del discurso de odio, sino solo las responsabilidades posteriores a la expresión, sin habilitación de la censura.[21]

En segundo término y en el otro extremo, el "discurso especialmente protegido" es aquel que, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia, recibe una protección especial.

A partir de la jurisprudencia interamericana la Relatoría sintetiza dentro de esta categoría al "discurso político y sobre asuntos de interés público"; al "discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos"; y aquel "discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa".[22] En el caso *López Álvarez*,[23] la Corte Interamericana entendió que el derecho a expresarse en la lengua propia formaba parte de la identidad cultural. Por lo tanto, prohibir a los miembros de la comunidad indígena a hablar en su lengua constituía una medida que restringía un discurso especialmente protegido por la libertad de expresión.

Las limitaciones sobre estos discursos son prácticamente mínimas o nulas, únicamente, en forma excepcional, se reconoce la posibilidad de establecer mecanismos de responsabilidad posterior al acto expresivo cuando entra en conflicto con otros derechos, como la intimidad o la reputación. En estos casos, se

---

21 Véase Loreti, Damián, "Tensiones entre libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado", *Democracia y Derechos*, año I, núm. 1, Buenos Aires, Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratizaciones para América Latina, 2012 y Bertoni, Eduardo, *La libertad de expresión en el Estado de derecho,* 2a. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pp. 179-184.

22 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA..., *cit*., párr. 32.

23 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C, núm 141.

debe cumplir con los parámetros de legalidad, estricta necesidad y proporcionalidad, y asegurar además mecanismos de réplica, respuesta o rectificación cuando sean posibles.

A modo de ejemplo podemos señalar la doctrina del caso *Kimel*[24] en el que el Tribunal interamericano entendió que la condena contra un periodista que había informado sobre actividades de un juez realizadas durante la dictadura en Argentina, constituía una medida desproporcionada, y por ende, vulneraba el derecho a la libertad de expresión del señor Kimel.

Por último, el "discurso simplemente protegido" es definido por la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA como aquellas ideas y pensamientos que no están prohibidos por no ser discursos de odio o incitar a la violencia, pero que tampoco abordan asuntos de interés público y por ende, no están especialmente protegidos.

En estos casos, tal como reconoce Abramovich[25] "la protección estatal de este tipo de discurso es menos intensa al no estar comprometidos de manera directa la deliberación pública ni el autogobierno democrático". El Estado podrá limitar o restringir estos discursos, teniendo en cuenta los parámetros y estándares básicos que debe satisfacer cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, en los supuestos en que el discurso afecte gravemente los derechos de un tercero.

4.2. Las expresiones de odio en el derecho comparado

El conflicto en torno a los discursos de odio en sentido estricto no es una materia que haya sido profundizada por la jurisprudencia de la Corte ni de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por ello, tal como reconoce el Relator Especial para la Libertad de Expresión, resulta importante acudir al estudio de los li-

[24] Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párr. 86.

[25] Abramovich, Víctor, *op. cit*., p. 49.

neamientos del derecho comparado, cobrando especial importancia la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Europea de Derechos Humanos.[26]

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos en el caso *Ross c. Canadá*[27] analizó si las opiniones antisemitas realizadas por un docente, a raíz de las cuales fue separado del cargo, constituían incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

En primer lugar, el organismo entendió que la remoción del cargo era un "perjuicio importante" y, en consecuencia, constituía de hecho una restricción a la libertad de expresión, abarcada en el marco del artículo 19 del PIDCP.[28]

En segundo lugar, al analizar si las restricciones a la libertad de expresión del docente cumplían los requisitos consignados en el PIDCP esto es, que estuviesen dispuestas por ley y que tengan como objeto garantizar el respeto de los derechos y la reputación de los demás o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. El Comité concluyó que las mismas tenían como objetivo proteger la fe judía y garantizar a esta minoría religiosa el derecho a disfrutar un sistema de educación pública libre de sesgo, prejuicios e intolerancia.

La última cuestión a ponderar era determinar si las restricciones a la libertad de expresión eran necesarias para proteger el

---

26 Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión, *op. cit*.

27 Comité de Derechos Humanos, Malcolm Ross v. Canadá, Comunicación No. 736/1997, *U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997*, sentencia del 26 de octubre de 2000, *http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/736-1997.html*

28 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 19 "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

derecho o la reputación de las personas de fe judía. El Comité reconoció que el derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales, las cuales son especialmente pertinentes en el contexto del sistema escolar a donde concurren alumnos jóvenes. Se comprobó que las publicaciones antisemitas del docente perturbaron el ambiente escolar, generando un "entorno enrarecido". Por ende, podía concluirse que la remoción del docente del señor Ross fue una medida restrictiva de la libertad de expresión necesaria.[29]

En el marco de las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos también la libertad de expresión es una prerrogativa ampliamente protegida. Al respecto, el artículo 10 incluye el derecho a tener opiniones, a recibir y divulgar información e ideas "sin injerencia de la autoridad pública", aunque señala que estas libertades conllevan "deberes y responsabilidades". Entre las limitaciones, el tratado dispone que el ejercicio de la libertad de expresión

> podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. [30]

Si bien la Convención no incluye dentro de las restricciones la apología del odio nacional, religioso o racial, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, apelando a las legislaciones internas de cada país, ha analizado las expresiones de odio fundadas en estos motivos.

A modo de ejemplo, podemos señalar el caso *Jersild c. Dinamarca31* relacionado con la demanda de un periodista de la

[29] Comité de Derechos Humanos, Malcolm Ross v. Canadá..., *cit*., párrs. 11 y 12.

[30] Convención Europea de Derechos Humanos, art. 10, párr.2.

[31] Corte Europea de Derechos Humanos, *Jersild c. Dinamarca*, Petición núm. 15890/89, sentencia del 22 de agosto de 1994, *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-10556%22]}*

televisión danesa. En una entrevista que realizó, los entrevistados formularon declaraciones denigrantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos de Dinamarca, llamando a algunos de estos "animales". A raíz de estas declaraciones, el periodista fue acusado de violar la legislación danesa que establece la prohibición de expresar amenazas e insultos contra un grupo de personas a causa de su raza, color, origen nacional o étnico o creencias.

La Corte analizó la denuncia del periodista, tomando como marco normativo la legislación danesa, y determinó que la restricción a la libertad de expresión tenía como objetivo la protección de la reputación de los individuos. Además, señaló que combatir la discriminación racial era una medida necesaria en una sociedad democrática. Sin embargo, concluyó que la entrevista no parecía tener la intención de difundir ideas racistas, por ende, en este caso puntual, la limitación de la libertad de expresión no estaba justificaba ya que no era necesaria en una sociedad democrática.[32]

En Argentina, puede destacarse la sentencia en el fallo *Cherashny*[33] en que la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal juzgó, bajo la acusación de provocación del odio religioso, las declaraciones realizadas por un periodista contra el islam, en un programa televisivo.

El señor Cherasnhy había expresado que el islam es una religión basada en el endiosamiento de la guerra, que tiene un problema de convivencia con todas las demás religiones. Incluso, comparó al dogma con el nazismo y afirmó que sus adeptos son personas violentas que deben ser asesinadas.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal reprodujo un test elaborado por la jurisprudencia estadounidense denominado "peligro claro y actual" para determinar cuáles son los límites del Estado para restringir el derecho a la libre expresión de ideas. En efecto, la Corte Suprema de Estados

[32] *Ibidem*, párr. 37.

[33] Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, *Cherashny, G. s/procesamiento*, sentencia del 10 de octubre de 2004.

Unidos en el caso *Schenk vs. United States*,[34] sostuvo que para calificar un discurso deben ponderarse las circunstancias en las que la expresión es manifestada. La aplicación del estándar del peligro claro y actual condiciona la responsabilidad penal al hecho de que el discurso haya podido promover o incitar una acción ilegal, en forma inminente, o un mal sustancial que la ley debe impedir. En consecuencia, se debe tener en cuenta si el discurso es idóneo o apto para generar acciones ilegales, lo cual no puede determinarse sin atender al contexto social en que se vertieron las expresiones cuestionadas.

En este sentido, ratificó la doctrina sentada en el caso *Bonavota* en el cual expresó que "la capacidad para alentar o incitar a la persecución o al odio debe ser merituada en cada caso concreto, debiéndose prestar particular atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada, a fin de poder asegurar que con ella se ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley intenta prevenir".[35]

Siguiendo con esta línea de análisis, el Tribunal ponderó que las expresiones del periodista Cherashny tuvieron lugar cinco días después de que el movimiento islámico talibán realizara los atentados terroristas contra las Torres Gemelas y el Pentágono. En este contexto, se propagó una sensación de terror en la población mundial, lo que constituye un aspecto relevante para determinar si sus dichos tuvieron entidad para alentar o incitar la persecución o el odio de un grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

En efecto, la Cámara consideró que las palabras de Cherashny cobraron aptitud para promover la persecución contra la comunidad islámica. Añadió que los dichos del imputado implicaron una desvaloración de la religión islámica, fomentando un clima que podría incitar a cometer actos violentos o discriminatorios contra el grupo religioso en cuestión.

---

[34] Corte Suprema de Estados Unidos, *Schenk vs. United States*, sentencia del 3 de marzo de 1919.

[35] Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, *Bonavota Liliana Graciela*, sentencia del 19 de febrero de 1998.

Por las consideraciones expresadas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el procesamiento del periodista Guillermo Cherashny por incitación al odio contra la religión islámica.

V. Conclusiones

La cuestión de la reproducción de expresiones discriminatorias plantea una problemática trascendental para los ordenamientos jurídicos ya que supone la colisión entre derechos humanos fundamentales. La temática plantea el enorme desafío de garantizar el derecho a la igualdad y el interés social en revertir las injusticias culturales sin alterar el núcleo duro de la libertad de expresión.

Lo cierto es que no existen en este escenario respuestas uniformes por parte de la doctrina y la jurisprudencia interamericana.

Sin lugar a duda, la clasificación y los parámetros sentados por la Relatoría Especial de la OEA puede ser de gran utilidad para que los Estados actúen ante la reproducción de discursos discriminatorios. A partir de estos estándares interamericanos los Estados pueden crear pautas de regulación para legislar las expresiones discriminatorias.

Considero importante tener en cuenta que los discursos denigrantes que reproducen estigmas y estereotipos sobre determinados individuos o grupos de personas pueden cercenar su libertad de expresión, tal como reconoce el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial al señalar que "El discurso de odio racista puede llegar a silenciar la libre expresión de sus víctimas [...] y la libertad de expresión ayuda a los grupos vulnerables a restablecer el equilibrio de poder entre los componentes de la sociedad, promueve la comprensión y tolerancia entre las culturas, favorece la deconstrucción de los estereotipos raciales".[36]

[36] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Recomendación general núm. 35, "La lucha contra el discurso de odio racista", 2013, párr. 27.

La aplicación de medidas restrictivas a la libertad de expresión debe proceder con carácter sumamente restringido dado el especial lugar que esta prerrogativa posee en una sociedad democrática. Corresponde apelar a otro tipo de medidas de reparación no coercitivos que puedan combatir los estereotipos discriminatorios y al mismo tiempo, no perturben el derecho a la libertad de expresión, superando la respuesta penal. En definitiva, coincido con Riquert[37] en que debe incentivarse la reproducción de contradiscursos que se opongan a los que promocionan el odio y la violencia, tal como propone Article 19[38] al señalar que la solución contra el odio no es en primera instancia el castigo, sino un debate público robusto, incluyente y abierto que exhiba estos discursos.

Referencias

Abramovich, Víctor, "Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio", en Abramovich, Víctor, Guembre, María José y Capurro Robles, María (coords.), *El límite democrático de las expresiones de odio*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Teseo, 2021.

Basterra, Marcela I. y Espinosa Saldaña, B. Eloy, *Libertad de expresión y acceso a la información en Iberoamérica*, Perú, Adrus, Arequipa Editorial, 2009.

Basterra, Marcela I, "El alcance de la tutela constitucional sobre la libertad de expresión. El caso de los sitios de internet", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2014.

Bertoni, Eduardo*, La libertad de expresión en el Estado de derecho,* 2a. ed., Buenos Aires, Del Puerto, 2007.

Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, *Bonavota Liliana Graciela*, sentencia del 19 de febrero de 1998.

37 Riquert, Marcelo A., *op. cit*., p. 8.

38 La organización ha elaborado los "Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad", a partir de debates realizados con funcionarios de las Naciones Unidas y expertos académicos y de la sociedad civil.

Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, *Cherashny, G. s/procesamiento*, sentencia del 10 de octubre de 2004.

Convención Europea de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, adoptada el 04 de noviembre de 1950.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, suscripto el 13 de julio de 1967.

Comité de Derechos Humanos, Malcolm Ross v. Canadá, Comunicación No. 736/1997, disponible en U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997, sentencia del 26 de octubre de 2000.

Corte Europea de Derechos Humanos, Jersild c. Dinamarca, Petición núm. 15890/89, Sentencia de 22 de agosto de 1994.

Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A, núm. 5, párr. 32.

Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 73. Sentencia del 5 de enero de 2001. Seie C, núm. 71.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de junio de 2004. Serie C, núm. 107.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151, párr. 86.

Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C, núm. 193.

Corte Suprema de Estados Unidos, *Schenk vs. United States*, sentencia del 3 de marzo de 1919.

CSJN, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios, Fallos 337:1174.

CSJN, Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. s/ daños y perjuicios, Fallos 340:1236.

CSJN, Paquez, José c/ Google, Fallos 342:2187.

Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001.

Loreti, Damián, "Tensiones entre libertad de expresión y protección contra la discriminación: la incidencia de las regulaciones sobre censura previa y el debate sobre el rol del Estado", *Democracia y Derechos*, año I, núm. 1, Buenos Aires, Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratizaciones para América Latina, 2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA (RELE-OEA), Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, 30 de diciembre de 2009.

Riquert, Marcelo, "Discursos de odio, inteligencia artificial e intervención penal", *Suplemento Innovación & Derecho,* núm. 2, Buenos Aires, La Ley, abril de 2023.

El indigenismo: la relación entre movimientos sociales y cambios constitucionales

***

Indigenism: the relationship between social movements and constitutional changes

*Asja Bucciarelli**

Resumen: el indigenismo hoy en día se presenta como un movimiento social que pasa por la toma de conciencia del rol histórico, pero también demográfico, político y económico, desempeñado por la componente aborigen en los contextos nacionales latinoamericanos, para llegar a presentarse como fuerza propositiva de reformas constitucionales, o de asambleas constituyentes con el encargo de elaborar un nuevo pacto social, que reflejen el pluralismo étnico, cultural, entonces jurídico. Tras la salida del recién pasado autoritario, adquiere suma importancia establecer un sistema que reconozca y garantice el disfrute de los derechos de las personas, de la ciudadanía y de los pueblos autóctonos, adoptando una aproximación pluralista. Es decir que se percibe como necesario, en el marco de una renovación constitucional, el reconocimiento de los derechos de los pueblos, pero también de los ordenamientos jurídicos de ellos mismos, abandonando el intento de absorción por parte del Estado central, monista.

* Doctoranda de la Facultad de Derecho, Economía y Turismo de la Universidad de Lleida, bajo la dirección del Dr. Manuel Cabanas Veiga y el Dr. Manuel Fondevila Marón.

A tales fines apunta también la normativa internacional. Así, la Convención Interamericana de 1969 introduce instrumentos pensados para la tutela de las personas, pero también quedan útiles para reducir la brecha de tutela hacia los pueblos originarios. Es decir que el amparo y el ombudsman, tanto nacional como internacional, sirven hoy día para garantizar el reconocimiento y el goce de los derechos constitucionalmente contemplados. Entonces el grado de constitucionalización de los derechos, determina a priori la amplitud de dichos instrumentos. De ahí la importancia de los movimientos sociales como aporte teórico y presión política para orientar los cambios constitucionales en sentido pluralista.

Abstract: indigenism today presents itself as a social movement that involves raising awareness of the historical, demographic, political, and economic role played by the indigenous component in Latin American national contexts. It ultimately positions itself as a driving force behind constitutional reforms or constituent assemblies tasked with drafting a new social pact that reflects ethnic, cultural, and consequently, legal pluralism.

In the aftermath of recent authoritarian regimes, establishing a system that recognizes and guarantees the enjoyment of rights for individuals, citizens, and indigenous peoples has become of utmost importance, adopting a pluralistic approach. This means that within the framework of constitutional renewal, it is deemed necessary not only to recognize the rights of Indigenous peoples but also to acknowledge their own legal systems, moving away from the attempt at absorption by the central, monistic state.

International regulations also align with these objectives. For instance, the 1969 Inter-American Convention introduced mechanisms designed to protect individuals, which are also useful in bridging the gap in protection for indigenous peoples. Instruments such as legal protection measures and the ombudsman, both at the national and international levels, now serve to ensure the recognition and enjoyment of constitutionally enshrined rights. Consequently, the degree of constitutionalization of rights determines, in advance, the scope of these instruments. This highlights the importance of social movements as both a theoretical contribution and a form of political pressure to guide constitutional changes toward a pluralistic direction.

Palabras clave: asimilación, autoidentificación, autodeterminación, pensamiento descolonial, constitucionalización.

Keywords: assimilation, self-identification, self-determination, decolonial thought, constitutionalization.

Sumario: I. Introducción. II. El marco histórico de las etapas. III. La connotación político-reivindicativa. IV. Los factores concurrentes. V. El eje de la cuestión: ¿el derecho o los derechos? VI. El enfoque judicial. VII. Las herramientas judiciales: propósitos y epílogos. VIII. La perspectiva constitucional. IX. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El término "indigenismo" no tiene una definición unívoca. En 1972 se define por Alejandro Marroquín, en *Balance del Indigenismo. Informe sobre la política indigenista en América*[1] como la política adoptada por los Estados americanos para solucionar cuestiones que interesan el componente indígena de la población, persiguiendo el objetivo de integrarlo en los Estados nacionales correspondientes. El Instituto Indigenista Interamericano, en 1991, define el indigenismo como una formula política e ideológica útil al fin de realizar completamente el proyecto de una nación unitaria. Varios críticos lo definen como un pensamiento que pone al centro la definición de indígena, elaborada por el grupo cultural y económicamente hegemónico.[2] Es decir, una pregunta y una respuesta etnocéntrica que individua una categoría social, le reconoce su estatus de atraso según estándares que ella misma desconoce, y elabora soluciones paternalistas a

[1] Marroquín, A. D., *Balance del indigenismo, informe sobre la política indigenista en América*, Ciudad de México, Instituto Indigenista Interamericano, 1972.

[2] Favre, H., "L`indigénisme mexicain: naissance, dévelopement, crise et renouveau", *La Documentation Française,* núm. 4338-4340, Paris, diciembre 1976, pp. 67-82.

la cuestión.[3] En ese sentido, el I Congreso Indigenista Interamericano, en 1940, define al indio como un individuo económica y socialmente débil. En el II Congreso (1949), en cambio, aplicando el criterio de autoidentificación, resulta que el indio es el descendiente de las naciones precolombinas, acomunado a su grupo por su cosmovisión, idioma, cultura, a pesar de las modificaciones ocurridas con el contacto con otras culturas. Enseguida, persiguiendo el desarrollo económico liberalista, el criterio étnico-cultural cede el paso a conceptos como el atraso socioeconómico y la consiguiente falta de competencia en el mercado. Sin embargo, el agudizarse de la cuestión indígena en los años 70 vuelve a plantear la imprescindibilidad de dicho elemento.[4] El antropólogo Guillermo Bonfil Batalla sostiene que la definición de la categoría-base del indigenismo, el indio, está viciada en su individuación por un sistema de clasificación étnica típicamente occidental. El intelectual quiché Demetrio Cojtí Cuxil, también, sostiene la parcialidad de los criterios mencionados y la imprescindibilidad de la autoidentificación como punto de partida para la construcción de relaciones más equilibradas entre la realidad autóctona y la mestiza en contextos postcoloniales.

II. El marco histórico de las etapas

Las primeras huellas del pensamiento indigenista se encuentran, según algunos, ya en el periodo colonial. Con Las Casas y Vitoria el indigenismo se concibe como una mera actitud moral y humanitaria que denuncia el maltrato de los nativos por piedad cristiana[5] y por carencia de títulos legítimos de conquista.[6] Dicha fase

[3] Aubry, A., "Indigenismo, indianismo y movimientos de liberación nacional", *Documentos del INAREMAC (Instituto de Asesoría Antropológica para la región Maya, A.C.)*, núm. 018-II-83, México, 1982.

[4] Fernández Fernández, M., "Indigenismo", *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, t. 1/2/3/4, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2009, *https://www.theoria.eu/dictionary/I/indigenismo.htm*

[5] Casas, B. de las, "Apologética historia sumaria", trad. de Parziale La *leggenda nera. Storia degli Spagnoli nel Nuovo, Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, vol. 6-8, 2018.

[6] Martin, R. H., *La lezione sugli indios di Francisco de Vitoria*, Milano, Jaca

se caracteriza por el paternalismo y la segregación. Eso, por un lado, estimula la evangelización como forma de civilización, por otro lado, la marginalización y la fragmentación en comunidades rurales en subsistencia. Al lograr la independencia, la sociedad sigue siendo netamente estratificada.[7]

La segunda fase indigenista se distingue por sus políticas liberales y asimilacioncitas. Intenta incorporar el indio y volverlo parte útil al modelo de desarrollo económico unilineal y unilateral, propugnado por las constituciones liberales y las potencias económicas del momento. Eso pone las bases para las sublevaciones indígenas, las cuales, en ciertos casos como el de Guatemala, se extienden a guerra civil. El indigenismo se vuelve así un movimiento social de reivindicación: propone una revisión del carácter y de la identidad de los Estados. El movimiento indigenista contemporáneo viene de reflexiones de intelectuales mestizos del siglo XIX y reconoce el régimen de explotación secular de los nativos, inclusive a su rol decisivo en las economías nacionales en calidad de mano de obra a bajo coste. Sin embargo, dicha fase termina en un intento de conciliación que no cuestiona el marco económico de los Estados nacionales, sino que atribuye a la carencia educativa en sentido occidental la responsabilidad del atraso indígena.[8]

III. La connotación político-reivindicativa

A partir de las primeras décadas del siglo pasado el indigenismo pasa de una dimensión idealista a una mayormente reivindicativa, enfocada en la toma de conciencia del particular-indígena, del territorio ancestral y del papel desempeñado en la construcción identitaria en los Estados independientes. Por lo tanto, se habla de un movimiento de protesta en contra del rol subalterno, percibido como una anomalía histórica y estructural de las sociedades americanas. En tal sentido, ve la restructuración de las relaciones de fuerza como paso imprescindible para superar la brecha entre

Book, 1999, pp. 32 y 33.

7 Fernández Fernández, M., *op. cit.*

8 *Idem.*

los estratos sociales y el consiguiente conflicto. En los años 70 se promulgan reformas agrarias y otras medidas con el fin de mejorar las condiciones de la componente aborigen, pero las incertezas en la actuación y la insuficiencia de ellas no permiten avances reales. Las comunidades nativas responden resistiendo, es decir practicando sus cosmovisiones y las elevan a propuesta alternativa de desarrollo. Se habla, en ese sentido, de "etnodesarrollo" y consiste en la recuperación de la dimensión cultural y plural de gestión de los recursos. Es un proceso organizativo completo que empieza a nivel local para después interactuar con instituciones nacionales y supranacionales. El factor-cultura vuelve a ser un pilar por ser un recurso de desarrollo integral de los pueblos, por ende, de los Estados en los que están ubicados. En tal sentido, representa una oportunidad de abandonar los modelos homogenizántes de progreso prefiriendo un mercado, del trabajo y de bienes, que tome en cuenta las peculiaridades locales, incluyéndolas. La Declaración de San José define el etnodesarrollo como el ampliar y el consolidar la cultura propia, mediante el reforzamiento de la capacidad de tomar decisiones en una sociedad culturalmente diferenciada para que se autodetermine en su mismo desarrollo.[9] Eso presupone la toma de conciencia, institucional y jurídica, del pluralismo de la sociedad y, por ende, la necesidad de construir entes territoriales, políticos y administrativos, autónomos dentro de la estructura estatal, que garanticen el diálogo en los ámbitos de competencia.[10]

Queda patente, además, como la conciencia indígena de los grupos, confluyendo en movimientos sociales, contribuye a plasmar en todos los Estados política pero también económicamente. La abertura de los pueblos, desde lo local, se expande y se organiza en el movimiento transnacional que hoy hace referencia al Instituto Indigenista Interamericano.

9 UNESCO, Declaración de San José de Costa Rica, 11 de diciembre 1981, p. 1 y 2.

10 Fernández Fernández, M., *op. cit*.

IV. Los factores concurrentes

La progresiva expansión de las reivindicaciones indígenas e indigenistas está sostenida también por la labor de los Tribunales de opinión, como el tribunal Russell II y el Tribunal Permanente de los Pueblos, por el movimiento cultural del Tercermundismo y por la general desafección hacía los regímenes represivos que interesan la macrorregión. Con la organización y cooperación, sus instancias adquieren escucha creciente y llegan a involucrarse con temarios globales como la tutela de las minorías y, aun mas, con el desarrollo sostenible. Dicha "ruptura" del aislamiento tradicional se concreta en muchas ocasiones, como en la guatemalteca, como extrema y violenta reacción contra las condiciones de indigencia y sometimiento impuestas por el ejército estatal. Las expropiaciones forzadas de las tierras ancestrales representan la afrenta que impone la acción coordenada. Además, esto ocurre en el silencio de la comunidad internacional que, por principio general, no interviene en los asuntos internos de los Estados. Estados que, a pesar de ello, no representan las naciones presentes en su interior: de ello la necesidad de reconocer el multiculturalismo, y de considerar también las propuestas plurinacionalistas.[11]

V. El eje de la cuestión: ¿el derecho o los derechos?

Existen temas en los cuales la falta de intersección entre la realidad indígena y la institucional produce ciertos vacíos del sistema y, por ende, de tutela. En el momento histórico donde las relaciones de fuerza dentro de la sociedad civil estatal e internacional se encuentran en una profunda crisis, el Indigenismo encuentra las condiciones adecuadas para proponerse como movimiento propositivo. Sostiene la necesidad de reconfigurar las relaciones entre Estado y pueblos, la imprescindibilidad del reconocimiento constitucional de ellos y de sus propias jurisdicciones. Cabe destacar, aquí, la noción de derecho indígena: se trata de un régimen normativo originado por comportamientos homogéneos, constantes y repetidos, percibidos como vinculantes dentro de la

[11] *Idem.*

colectividad que lo practica. Es una forma de actuar que expresa un estilo de vida delineado y, por eso, responde a dinámicas e intereses que se pueden entender solamente si están contextualizados. Cada pueblo dispone de un patrimonio jurídico que integra el pluralismo del Estado.

VI. El enfoque judicial

El tema judicial representa el punto de intersección de varias cuestiones: el problema general del acceso de los pueblos originarios como sujetos colectivos y como ciudadanos particulares, debido a su marginación socioeconómica; las dificultades comunicativas debidas a las especificidades culturales y lingüísticas; la falta de reconocimiento de los sistemas legales y jurisdiccionales. Según la doctrina de los derechos humanos, el acceso a la justicia es un derecho reconocido en primer lugar a nivel internacional. Este principio viene elaborado e integrado dentro de las normas estatales en una pluralidad de facetas, por ejemplo, el derecho a la defensa, a la justicia, al *habeas corpus*. En varios países de la macrorregión, entre los años 90 y 2000, los sistemas de administración de la justicia se vuelven objeto de reformas para implementar la posibilidad de acceso y comunicación para los pueblos indígenas. El intento es ampliar el aparato judicial, haciéndolo más capilar en el territorio y más competente en los temas de discusión. El aumento de los pedidos confirma la eficacia de dichas reformas. Especialmente, hoy día la casi totalidad de Estados latinoamericanos disponen de instituciones que vigilan el respeto de los derechos fundamentales, con mayor atención hacia el ámbito penal y a categorías económicamente desventajadas. Se instituye el *ombudsman* o defensor del pueblo, y procurador de derechos humanos, en reacción a la debilidad de la democracia.[12] No obstante, si numerosos países adoptan reformas que reconocen la diversidad étnico-lingüística y el multiculturalismo como caracteres constitutivos, no se encuentra la misma abertura hacia el derecho indígena. La introducción de ello como recurso jurídi-

[12] Volio, L. G., "Los ombudsman en América Latina y su incidencia política", *Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, vol. 49, 2009, p. 4, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24580.pdf*

co alternativo, el reconocimiento a las autoridades comunitarias dentro de los límites territoriales ocupados, o la mención de la coexistencia de más jurisdicciones en el mismo Estado todavía no se trasponen normativamente. Sin embargo, en algunas realidades existe una jurisprudencia que reconoce el ejercicio de jurisdicciones especiales reservadas a los indígenas y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó varias veces a sostén de esa orientación.[13] La mayor parte de ellas abarcan los derechos ambientales, territoriales y a un ecuo acceso a los recursos del Estado. Pero a menudo las demandas se concretan a través de sujetos que no disponen de personalidad jurídica: un obstáculo burocrático al efectivo disfrute de los derechos, que se intenta eludir considerando las reivindicaciones indígenas como denuncias de lesión de derechos humanos y, por ende, plantearlas delante del *ombudsman* o en el juicio de amparo.[14]

VII. Las herramientas judiciales: propósitos y epílogos

El primer *ombudsman* de Latinoamérica se instituye por la Constitución de Guatemala en 1985. Es el órgano competente para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la administración pública. Se trata de un encargo público reconducible, con varios contrapesos, al poder legislativo. De hecho, se dispone su independencia y su autonomía económica y administrativa, y la inmunidad respecto a los demás poderes públicos. Vigila también la defensa de las garantías constitucionales, entre ellas el amparo.[15] Introducido en Guatemala probablemente como intento de mejorar la imagen internacional del país en guerra civil, sin embargo, para obtener la intervención judicial delante de las violaciones de derechos fundamentales de aquellos años, Rigoberta Menchú Tum recurre a la

[13] Giraudo, L., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, pp. 61 y 62.

[14] *Ibidem*, pp. 63-65.

[15] Nocera, L. A., *I popoli indigeni e la proprietà comunitaria delle terre ancestrali in America latina*, Bari, Libellula edizioni, 2018, pp. 117-119.

Audiencia Nacional española en 1999, un tribunal constitucional independiente, introducido en 1977, con funciones específicas y jurisdicción en territorio español y a todos los, españoles y extranjeros, que sean responsables de delitos imprescriptibles, aunque sean cometidos fuera del territorio español. Para delinear su competencia y estructura, se toma como referencia el Tribunal de Núremberg y a la doctrina de la jurisdicción universal contra crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, en el marco de la *Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*.[16] Cabe recordar que, según el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, los tratados y las convenciones en materia de derechos humanos, una vez ratificadas, prevalecen jerárquicamente respecto a la legislación nacional.[17] El magistrado Ruiz Polanco, en el caso planteado por Rigoberta Menchú Tum reconoce la competencia de la Audiencia Nacional a conocer el caso y fundadas las razones jurídicas que sostienen la demanda. Ella denuncia varias personalidades de los Gobiernos y del ejército guatemalteco que actuaron durante la guerra civil, por crímenes de genocidio y de represión. Fundamental aquí es la ineficiencia del aparato judicial guatemalteco que, por omisión o por acción, contribuye al agravio de los conflictos y al escepticismo de la sociedad civil hacia las instituciones nacionales, alimentando la polarización social.[18] La ineficiencia pone las bases para que sea reconocida la necesidad de procesar a los responsables de crímenes de lesa humanidad preferiblemente en el territorio donde los cometieron, pero, faltando esa posibilidad, en cualquier otro lugar, ya que las normas internacionales se oponen a la impunidad.[19] Hoy es principio general, reforzado por la Convención, la

16 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 260 (III) A, 9 de diciembre 1948, *Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*.

17 "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno." *Constitución de la República de Guatemala*, 1985, art. 46.

18 Audiencia Nacional de España, Resolución de pleno de la Sala de lo Penal, núm. 115/2000-12-13, causa d. previas 331/99, de 13 de diciembre de 2000.

19 Fundación Rigoberta Menchú Tum, *Jurisdicción universal para el juzgamiento del genocidio en Guatemala. Hacía una verdadera conciliación nacional* , México, Fundación Rigoberta Menchú Tum, 2001, pp. 63-65.

protección universal en materia de derechos humanos. Entonces, cualquier Estado está legitimado a afirmar su jurisdicción cuando el crimen denunciado constituye genocidio. A pesar de la extensa documentación de los hechos ocurridos y de las condiciones de la justicia guatemalteca, el proceso delante de la Audiencia Nacional se concluye con una declaración de falta de jurisdicción.[20] La decisión se emite a la luz del principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional. Los acusadores, sostienen que la Audiencia Nacional interpreta el artículo 6 de la *Convención para la prevención y represión del genocidio,*[21] y el artículo 17 del *Estatuto de Roma,*[22] en sentido de jurisdicción subsidiaria en vez de

[20] *Idem.*

[21] Naciones Unidas..., *cit.,* art. 6. "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción."

[22] *Estatuto de Roma de la Corte penal internacional* (CPI), art. 17, "Cuestiones de admisibilidad 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las

concurrente y complementaria al logro de los propósitos de las cartas mismas. El principio fundante la decisión es, entonces, la soberanía de los Estados y el principio de no injerencia en los asuntos internos.[23] Epílogos como esto son el motivo por el que el Nuevo Constitucionalismo, o sea la estación de renovación constitucional, dedica particular atención a las reivindicaciones de tutela de derechos fundamentales. En ese sentido va también el fortalecimiento o introducción de institutos *ad hoc* como el *ombudsman* y el amparo, los cuales encuentran su refuerzo y máxima aplicación en las instituciones supranacionales.

VIII. La perspectiva constitucional

Las Constituciones latinoamericanas, reformadas o elaboradas tras la caída de las dictaduras, tienen el propósito de prevenir la formación de extrapoderes que puedan volver a suspender o limitar el goce de los derechos constitucionales. Por eso se introduce el amparo, un instrumento procesal extraordinario previsto para la protección de los derechos constitucionales, para lesiones reales o presuntas cumplidas por personas físicas o instituciones estatales. El objetivo es colmar la brecha entre la interpretación de la carta constitucional y la efectividad en el disfrute de los derechos y de las libertades establecidas. Se presenta, entonces, como una garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y de la legitimidad normativa, pero también como un instrumento de defensa sumario, a posteriori y célere en las manos del individuo, que puede accionarlo directamente. El órgano competente puede variar entre la Corte constitucional, la Corte suprema o el juez ordinario; el ejercicio de sus funciones está

circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio."

[23] Fundación Rigoberta Menchú Tum, *op. cit.*, p. 161.

sometido a los poderes de vigilancia y control del *ombudsman*.[24] Los derechos protegidos corresponden a aquellos constitucionalmente contemplados y aquellos contemplados por las convenciones internacionales, los tratados, y por el derecho internacional. La misma Convención Interamericana de 1969 lo reconoce como un instrumento útil para defensa de la supremacía de los principios constitucionales e impone a los Estados adherentes de garantizar el acceso a dicho juicio a nivel nacional, quedando posible recurrir a la Corte Interamericana cuando las violaciones no puedan ser juzgadas por los órganos nacionales. En algunas experiencias, dicho juicio puede ser accionado por sujetos colectivos: es el caso de Brasil, donde los demandantes pueden ser partidos políticos, organizaciones reconocidas para la defensa de los derechos, sindicatos. Se trata de un importante antecedente que puede ser reproducido para la defensa de derechos de las comunidades indígenas.[25]

IX. Conclusiones

Según todo lo antedicho, cabe destacar que las instancias del Indigenismo se están desarrollando en el dúplice marco de tutela dedicado a la persona. Desde una perspectiva estrictamente administrativa, el *ombudsman* cuida del ciudadano frente a posibles violaciones cumplidas por el poder ejecutivo; en cambio, desde un punto de vista más amplio pero sometido al control del primer instituto, existe el remedio del amparo contra cualquier violación de los derechos constitucionales de la persona en sí.[26] A ese punto, la amplitud de las tutelas reconocidas depende de la transposición de las convenciones y declaraciones internacionales, logros a su vez de las reivindicaciones de movimientos sociales transnacionales, de los experimentos constitucionales actuales, y de las presiones internacionales. En ese sentido, interlocutores transversales, como activistas de derechos humanos y testigos-divulgadores de las represiones, adquieren un peso

[24] Nocera, L. A., *op. cit*., pp. 107-111.

[25] Volio, L. G., *op. cit*., p. 21.

[26] Nocera, L. A., *op. cit*., pp. 110 y 111.

relevante como presiones internas hacia la democracia. Entre ellos, al final del siglo pasado Rigoberta Menchú Tum obtiene creciente reconocimiento dentro de instituciones-claves como las Naciones Unidas, compartiendo su memoria de indígena quiché y denunciando la forma de actuar occidental que ondea la fórmula de "derechos humanos" con pretensa de universalismo y, a la vez, no interviene interrumpiendo los genocidios y las discriminaciones estructurales que interesan a los países del tercer mundo.[27] Ese mismo compromiso en la defensa y promoción de los derechos humanos y del pluralismo le vale el Nobel de la Paz en 1992 y el premio Príncipe de Asturias en 1998 por la cooperación internacional.

Referencias

Asamblea Legislativa Plurinacional, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*.

Aubry, A., "Indigenismo, indianismo y movimientos de liberación nacional", *Documentos del INAREMAC (Instituto de Asesoría Antropológica para la región Maya, A.C.)*, núm. 018-II-83, México, 1982.

Baccelli L., *I diritti dei popoli*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

Burgos E., *Moi, Rigoberta Menchú*, Paris, Gallimard, 1983.

Calvo T., Méndez B., *Sociedad y derecho indígenas en América latina*, Ciudad de México, Centro de Estudios mexicanos y centroamericanos, 2014.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala, memoria del silencio*, UNOPS, Ciudad de Guatemala, 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión*, 31 de diciembre 2015.

[27] Menchú Tum, R., Liano, D. y Minà, G., *Rigoberta la nieta de los Mayas,* Barcelona, Aguilar, 1997, p. VI.

Conferenza internazionale sul diritto dei popoli, *Dichiarazione universale dei diritti dei popoli*, 4 luglio 1976.

Casas, B. de las, "Apologética historia sumaria", trad. de Parziale La *leggenda nera. Storia degli Spagnoli nel Nuovo, Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

Favre, H., "L`indigénisme mexicain: naissance, dévelopement, crise et renouveau", *La Documentation Française,* núm. 4338-4340, Paris, diciembre 1976.

Fernández Fernández, M., "Indigenismo", *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social*, t. 1/2/3/4, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2009.

Fundación Rigoberta Menchú Tum, *Jurisdicción universal para el juzgamiento del genocidio en Guatemala. Hacía una verdadera conciliación nacional* , México, Fundación Rigoberta Menchú Tum, 2001.

Giraudo, L., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

Ippolito F., "Genesi, natura e legittimazione del Tribunale Permanente dei Popoli", en Tribunale Permanente dei Popoli, *Diritti dei popoli e disuguaglianze globali*, Milano, Altreconomia, 2020.

Koenigsberger A., ¿Qué es el multiculturalismo y cómo puede aplicarse en México?, IIJ-UNAM, 2017.

Lazarte Rojas J., "Plurinacionalismo y multiculturalismo en la Asamblea Constituyente de Bolivia", *Revista internacional de filosofía y psicología,* núm. 33, 2009.

Magneschi C., "Una riflessione sull'articolo 2 della Costituzione messicana: i 'diritti indigeni'", *Jura Gentium. Rivista di Filosofia del Diritto Internazionale e Della Politica Globale*, año, VI, 2009.

Martin R. H., *La lezione sugli indios di Francisco de Vitoria*, Milano, Jaca Book, 1999.

Menchú Tum, R., Liano, D. y Minà, G., *Rigoberta la nieta de los Mayas,* Barcelona, Aguilar, 1997. Monina G., *Diritti umani e diritti dei popoli*, Roma, Carocci editore, 2020.

Nij Patzán, M. L., *El estado plurinacional en Guatemala ¿de etnías o de naciones? Criterios doctrinarios, jurídicos y políticos*, Ciudad de Guatemala, Universidad San Carlos, 2016.

Nocera L. A., *I popoli indigeni e la proprietà comunitaria delle terre ancestrali in America latina*, Bari, Libellula edizioni, 2018.

Pérez Porto, J., Gardey A., *Plurinacional - Qué es, ejemplos, definición y concepto*, 2021.

Ramírez, C., *La guerra de los 36 años*, Ciudad de Guatemala, Oscar de León Castillo, 2001.

Rocael Mateo, F., *Mirada de los pueblos*, Colección CPO núm. 2, edizione online 2020.

Tosi G., "Alle origini della modernità: i diritti degli indigeni del Nuovo Mondo", *Jura Gentium. Rivista di Filosofia del Diritto Internazionale e Della Politica Globale*, 2007.

Volio L. G., "Los ombudsman en América Latina y su incidencia política*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, vol. 49, 2009,.

La laicidad como garantía del derecho legal al aborto en México[1]

***

Secularism as a guarantee of the legal right to abortion in Mexico

*Pauline Capdevielle**

Resumen: este trabajo busca examinar el papel del principio de laicidad en el combate a favor de los derechos reproductivos en México, en particular, en lo que respecta a la despenalización del aborto. En un primer tiempo, se muestra la convergencia entre el proceso de laicización del país y la defensa de una agenda feminista. En un segundo momento, se enfatiza la utilización, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del principio constitucional de laicidad para reforzar el derecho a la autonomía de las mujeres y personas gestantes. En un tercer momento, se aborda la cuestión de la naturaleza jurídica del embrión y feto humano desde el mirador de la laicidad.

Abstract: this work examines the role of the principle of secularism in the fight for reproductive rights in Mexico, particularly regarding the decriminalization of abortion. At first, the convergence between the process of secularization of the country and the defense of a feminist agenda is shown. In a second mo-

* Investigadora de la Universidad Nacional Autónoma de México.

1 Este texto se basa en buena medida sobre un trabajo previamente elaborado en francés para una obra colectiva sobre laicidad en el mundo, coordinada por el prof. Guglielmi de la Universidad Pantheon-Assas (Francia).

ment, the use, by the Supreme Court of Justice of the Nation, of the constitutional principle of secularism to reinforce the right to autonomy of women and pregnant people is emphasized. In a third moment, the question of the legal nature of the human embryo and fetus is addressed from the principle of secularism.

Palabras clave: laicidad, derechos reproductivos, aborto.

Keywords: secularism, reproductive rights, abortion.

Sumario: I. Introducción. II. La convergencia histórica de la laicidad y los derechos reproductivos en México. III. La laicidad como derecho a la autonomía de las mujeres y las personas gestantes. IV. La lectura laica de la naturaleza jurídica del embrión humano. V. Reflexiones finales. Referencias.

I. Introducción

A pesar de los importantes avances en materia de derechos reproductivos, el aborto en México sigue siendo un tema controvertido en un país tradicionalmente machista y católico. De acuerdo con la última encuesta de Ipsos de 2023, en México, solo el 45% de las personas encuestadas considera que el aborto debe ser legal a petición de la mujer durante el primer trimestre del embarazo.[2] Esta cifra ha disminuido desde 2022, año en que se registró 52% de aprobación. Este retroceso no deja de llamar la atención, especialmente porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación despenalizó el aborto en 2021, identificando un derecho constitucional a decidir sobre el cuerpo y considerando la criminalización absoluta del derecho al aborto como una violación de los derechos a la autonomía, a la salud, a la intimidad, a la igualdad entre hombres y mujeres, y como una transgresión al carácter laico del Estado mexicano.

Es precisamente sobre este último aspecto que centraré la discusión. A pesar de una sólida trayectoria histórica laica, Méxi-

[2] *Ipsos*, "Miradas globales del aborto", agosto de 2023, *https://www.reverso.net/traducci%C3%B3n-texto#sl=spa&tl=fra&text=agosto%25202023*

co sigue atravesado por importantes corrientes conservadoras de inspiración religiosa, que han organizado una resistencia activa en contra de los derechos reproductivos. Estos actores —tradicionalmente la Iglesia católica y más recientemente denominaciones evangélicas— han desplegado una narrativa en la que el aborto y la "ideología de género" se presentan como las premisas de un declive civilizatorio contra el cual es urgente movilizarse. En este contexto, el discurso de la laicidad aparece como un recurso importante a favor de los derechos reproductivos de las personas, en torno al cual se han articulado diferentes grupos feministas y sectores liberales.

Al respecto, quiero mostrar la influencia del principio constitucional de laicidad en el combate a favor de los derechos reproductivos en México, en particular en lo que respecta a la despenalización del aborto. Abordaré la problemática a partir de los siguientes ejes. Primero, presentaré una mirada empírica sobre las dinámicas históricas y sociales mexicanas, buscando mostrar la convergencia entre el proceso de laicización del país y la defensa de una agenda feminista. Segundo, examinaré cómo la Suprema Corte ha movilizado el principio de laicidad para reforzar la idea de que las mujeres y las personas gestantes son titulares de un derecho a la autonomía y a tomar decisiones en materia reproductiva. Tercero, analizaré la cuestión de la naturaleza jurídica del embrión y del feto humano desde la perspectiva del principio de laicidad.

II. La convergencia histórica de la laicidad y los derechos reproductivos en México

México ostenta una larga trayectoria laica, que hunde sus raíces en el movimiento de secularización del Estado acontecido en la segunda mitad del siglo XIX. No es posible aquí relatar los pormenores de la épica lucha que sostuvo la joven República frente la Iglesia católica. Basta con decir que la laicización de las instituciones fue una condición para la emancipación y la plena modernidad del Estado frente al poder económico, político y cultural de la Iglesia católica. La proclamación de la separación del Estado y de la Iglesia aconteció en 1859 y se acompañó de una serie de

medidas conocidas como Leyes de Reformas y de la proclamación de la libertad de culto en 1860.[3]

Al terminar el proceso revolucionario, el régimen de laicidad, ideado originalmente sobre la base del liberalismo, se endureció con la promulgación de la Constitución de 1917 que estableció una normativa anticlerical,[4] orientada a excluir a la Iglesia católica del espacio público, acusada de haber apoyado la reacción durante la Revolución. La intransigencia de las disposiciones constitucionales dio origen a un movimiento popular de defensa del cristianismo conocido como Guerra cristera que obligó al Estado a establecer un régimen de tolerancia conocido como *Modus vivendi*, pero sin modificar el marco normativo. En 1992, una importante reforma constitucional normalizó las relaciones entre el Estado y las iglesias, eliminando buena parte de las disposiciones restrictivas, especialmente, en materia de culto público y educación. Dos reformas posteriores consolidaron el régimen de laicidad: la modificación en 2012 del artículo 40 constitucional que define a la República mexicana como representativa, democrática, federal y laica; y la reforma de 2013 al artículo 24 que sustituye el término de "libertad de creencias" por el más amplio de "libertad de conciencia, de convicciones éticas y de religión".[5]

Esta serie de reformas cambió profundamente la comprensión de la laicidad en el país, la cual pasó de ser entendida princi-

[3] Bastián, Jean-Pierre, "Leyes de Reforma, ritmos de secularización y modernidad religiosa en México, siglo XIX", en Blancarte, Roberto (coord.), *Las leyes de Reforma y el Estado laico: importancia histórica y validez contemporánea*, México, El Colegio de México-UNAM, 2013, p. 143.

[4] El artículo 130 de la nueva Constitución retomó el núcleo duro de las disposiciones de las Leyes de Reforma, pero fue más allá, ya que eliminó la personalidad jurídica de los grupos religiosos, otorgó a los Estados federados la facultad de determinar el número de ministros de culto en su territorio y les prohibió formalmente toda actividad política y discurso. La cuestión de la educación también está experimentando una profunda transformación, en la medida en que las escuelas confesionales están ahora prohibidas en favor de una educación estrictamente laica.

[5] Salazar Ugarte, Pedro, Barrera, Paulina, Chorny Elizalde, Vladimir, Gaitán Uribe, Ana, Reyes, Martín, Salmorán Villar, María de Guadalupe, *La República laica y sus libertades: las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, IIJ-UNAM, 2015.

palmente en términos orgánicos "la separación entre el Estado y la Iglesia" a una visión más sustantiva —los derechos y libertades de las personas en una sociedad plural, abierta y tolerante". Este cambio de paradigma se llevó a cabo en el marco de una renovación discursiva del Estado mexicano, que inició en la década de 1990 y se consolidó en los años posteriores. Dicho proceso se centró en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos, como parámetro de legitimidad política y jurídica de las instituciones.[6]

Históricamente, el discurso de la laicidad ha sido utilizado por los movimientos de mujeres para reivindicar la posibilidad de controlar su fertilidad. Tras el Primer Congreso feminista de Yucatán de 1916, empezó a circular un folleto traducido al español como *La regulación de la natalidad o la brújula del hogar* que surtía a las mujeres "medios seguros y científicos para evitar la concepción". Este feminismo se expresaba no solamente en claves científicas y racionalistas, sino también laicas e incluso anticlericales. Así, la feminista Nelly Aznar llamaba a las mujeres yucatecas a alejarse de la Iglesia, que representaba "la ignorancia y la continuidad de la esclavitud". Este activismo contó con el respaldo activo del gobierno anticlerical de Yucatán y de los sectores socialistas, quienes consideraban la cuestión femenina como un campo estratégico de confrontación con la Iglesia católica.[7]

A partir de la década de 1960, las feministas mexicanas comenzaron a hacer del derecho al aborto una de sus principales demandas, sin que fuese atendida. En los años 1990, volcaron sus esfuerzos a nivel internacional, especialmente, en las Conferencias de El Cairo en 1994 y de Beijing en 1995. Para toda una generación de activistas latinoamericanas, estos dos acontecimientos fueron el escenario de una intensa confrontación con la Iglesia católica,[8] evidenciando una oposición irreconciliable

---

6 Sobre este tema, véase y Salazar, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ-UNAM, 2011.

7 Acevedo, Marta, *A cien años del 10 de mayo*, México, UNAM, 2023.

8 Lamas, Marta, "El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina", *Perfiles latinoamericanos*, vol. 16, núm. 31, 2008; Kissling, Frances, "Género, sexualidad y Estado laico", en A.A.V.V., *Cuatro visiones sobre laicidad*, IIJ-UNAM, 2018.

entre feminismo y clericalismo. A pesar de la fuerte oposición de las delegaciones vaticanas, el rubro "derechos reproductivos" fue adoptado por la nomenclatura internacional de los derechos humanos y el aborto comenzó gradualmente a ser entendido como una cuestión de salud pública y derechos humanos.[9]

En este contexto, la defensa del Estado laico y la separación efectiva entre el Estado y las iglesias se convirtieron en un componente importante del discurso feminista latinoamericano en los años siguientes, en una región parcialmente secularizada y caracterizada por el auge de las iglesias evangélicas, con frecuencia muy conservadoras en cuestiones de moral sexual. La importancia del Estado laico aparece por ejemplo en la *Carta de Guanábana*[10] firmada por feministas de toda la región, que subraya la laicidad como una condición necesaria para la toma de decisiones autónomas sobre el cuerpo.

La defensa de la laicidad como baluarte al activismo clerical conservador cobró fuerza en México en el marco del proceso de despenalización del aborto en la Ciudad de México. Impulsada por el Partido de la Revolución Democrática (PRD), el proyecto de ley generó una respuesta favorable de diferentes actores de la sociedad civil "feministas, sectores académicos progresistas, algunos médicos y bioeticistas de renombre". Pero provocó también una fuerte oposición de la derecha y de la Iglesia católica, la cual llamó a los fieles a manifestarse en una "peregrinación por la vida", y amenazó con excomulgar a los médicos que practicaran abortos y a los legisladores que votaran a favor de la ley. El arzobispo y cardenal Norberto Rivera, conocido por sus posturas intransigentes, llamó a todos los trabajadores del sector salud a hacer valer su derecho a la objeción de conciencia para evitar participar en un "execrable asesinato".[11]

De esta manera, la discusión en torno al aborto apareció como una reactivación de la vieja disputa entre liberales y conservado-

9 *Ibidem*.

10 García, Moises Sinuhé y Velázquez, Erika Villagrana, "Aborto: controversia entre el Estado laico y la Iglesia. Polarización de ideologías", *El Cotidiano*, vol. 22, núm. 146, 2007.

11 *Ibidem*.

res, en la que los cuerpos de las mujeres se convirtieron en un nuevo campo de batalla entre fuerzas seculares y religiosas. Asimismo, la despenalización del aborto fue en gran medida el resultado de una alianza entre feministas y sectores históricamente laicos, sobre la base de un consenso en torno a la defensa de la laicidad y el principio de separación. Esta emblemática victoria estableció el derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE) en las primeras 12 semanas de gestación, de manera gratuita y confidencial, para todas las mujeres que lo desearan.

No obstante, lejos de haber generado un movimiento de liberalización en el territorio nacional, la despenalización del aborto provocó un *backlash*, es decir, una reacción adversa, a nivel de las legislaturas locales. Así, en los años posteriores a la despenalización en la capital mexicana, más de la mitad de las 32 entidades federativas adoptaron en sus constituciones locales cláusulas para "proteger la vida humana desde el momento de la concepción hasta la muerte natural". El objetivo era impedir la toma de decisiones progresistas en materia de derechos reproductivos (y de muerte digna), y de crear un clima de inseguridad jurídica para disuadir a las mujeres y los profesionales de la salud de realizar abortos, incluso en los casos permitidos por la ley.

III. La laicidad como derecho a la autonomía de las mujeres y las personas gestantes

A partir de la despenalización del aborto en la capital mexicana en 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación empezó a examinar diferentes casos relacionados con la interrupción del embarazo, construyendo paulatinamente un discurso basado en la autonomía y los derechos fundamentales de las mujeres mexicanas. En una primera decisión de 2008[12], relativa a la legalización de la interrupción legal del embarazo (ILE) en el Distrito Federal, el máximo tribunal de México determinó que la interrupción legal del embarazo se ajustaba a la Constitución, destacando que las mujeres son titulares de un derecho a la autonomía y que la

[12] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Ciudad de México, 2008.

penalización del aborto las coloca en una situación de desventaja frente a los hombres, situación incompatible con su derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación.

A partir de 2018, la Corte resolvió una serie de amparos en materia reproductiva, diseñando una hoja de ruta hacia la despenalización del aborto a nivel nacional. En un primer caso, respaldó la decisión de una adolescente de terminar un embarazo, cuyo producto presentaba severas malformaciones, frente al rechazo de la autoridad sanitaria que hacía valer que la salud de la madre no estaba en peligro.[13] En un segundo caso,[14] el juez constitucional destacó la obligación de un hospital oaxaqueño de proceder inmediatamente a la interrupción de embarazo de una víctima de violación, servicio que le había sido negado debido al paro de los trabajadores administrativos. En el caso *Marisa*[15] de 2019, la Corte estableció que las mujeres son portadoras de una dignidad intrínseca y de un derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad que les permite tomar decisiones libres sobre su cuerpo. Asimismo, afirmó que el aborto terapéutico forma parte del alcance del derecho a la salud de conformidad con el derecho internacional. En otro caso, resuelto en 2021, la Suprema Corte estableció que el aborto debe poder realizarse incluso después del plazo legal cuando las circunstancias concretas lo justifican.[16]

Estas decisiones sentaron precedentes importantes. Sin embargo, tenían un efecto limitado al caso concreto y seguían razonando en términos de causales de no punibilidad en un marco de tipificación general del aborto como delito. El cambio de paradigma se materializó en septiembre de 2021, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación identificó, en dos decisiones, un derecho constitucional a decidir sobre el cuerpo. La primera ac-

13 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 601/2017, Ciudad de México, 2018.

14 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 1170/2017, Ciudad de México, 2018.

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1388/2015, Ciudad de México, 2019.

16 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 438/2020, Ciudad de México, 2021.

ción de inconstitucionalidad[17] refería a diferentes disposiciones del Código Penal del Estado de Coahuila que establecían penas de prisión para las personas que practicaran o consintieran abortos. La Corte comenzó su argumentación recordando la obligación de realizar un examen de la problemática de acuerdo con el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*,[18] método que tiene como objetivo integrar la categoría analítica *género* en los procesos judiciales, con el fin de evaluar los impactos diferenciados de la norma según el sexo de las personas y de visibilizar las dinámicas de subordinación que padecen las mujeres. En segundo lugar, identificó la existencia de un "derecho a decidir" resultante de la combinación de los principios constitucionales de dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida privada, igualdad jurídica y derecho a la salud,[19] y del artículo 4º constitucional que reconoce el derecho a determinar libremente el número e intervalo entre nacimientos. La Corte enfatizó que este derecho "se extiende, por supuesto, a las personas con capacidad de gestación";[20] reconociendo, de esta manera, las diversas identidades sexuales y de género que pueden estar asociadas a la cuestión reproductiva, como los hombres trans y las personas no binarias.

Sobre todo, la Suprema Corte movilizó, en sus argumentos, el principio constitucional de laicidad, afirmando que "la sentencia que aquí se pronuncia tiene como uno de sus ejes centrales la laicidad del Estado Mexicano, la cual tiene una marcada influencia en la construcción de este pilar del derecho a decidir y una vinculación directa con el derecho fundamental de conducir la vida conforme al plan de vida que se elija".[21] La laicidad, explicó, es decisiva para garantizar las libertades de todas las personas en un contexto de pluralidad de creencias:

---

17 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, Ciudad de México, 2021.

18 Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género", Ciudad de México, 2020.

19 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017..., *cit*., p. 52.

20 *Ibidem,* art. 19.

21 *Ibidem,* p. 74.

> se tiene que la laicidad, se presenta en los hechos como una garantía para los derechos de las mujeres, en cuanto mecanismo de reivindicación de la razón sobre el dogma, y consecuentemente como un proyecto de emancipación intelectual que conlleva el reconocimiento de la libertad y autonomía de las personas en cuanto a la definición de sus convicciones y creencias. Laicidad y autonomía se fortalecen mutuamente al dejar a los individuos una esfera de soberanía [ ] para poder decidir libremente sobre los aspectos fundamentales de su existencia.[22]

La relevancia del Estado laico ha sido también puesta de relieve en la segunda acción de inconstitucionalidad[23] relativa a la cláusula de protección de la vida desde la concepción del estado de Sinaloa, al considerarlo como la garantía de las decisiones reproductivas que dan sentido al proyecto de vida de los individuos.[24]

IV. La lectura laica de la naturaleza jurídica del embrión humano

La cuestión de la naturaleza jurídica del no nacido ha estado en el centro de los debates sobre el tema del aborto en México, y la afirmación de un derecho a la vida desde el momento de la concepción sigue siendo uno de los argumentos clave de los sectores conservadores. Antes de la despenalización del aborto en la Ciudad de México en 2007, la Corte había argumentado que existía un derecho a la vida de todas las personas, incluso antes del nacimiento, y que la vida prenatal estaba protegida por los tratados internacionales firmados por México, por la Constitución Federal y por las leyes nacionales. De esta manera, se consideraba que el Estado mexicano debía proteger a los embriones y los fetos, y penalizar el aborto, salvo en determinadas circunstancias.[25]

---

22 *Ibidem,* p. 81.

23 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 106/2018, Ciudad de México, 2021.

24 *Ibidem,* p. 50.

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 10/2000, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, México, 2002, *ht-*

En la citada decisión de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó a modificar su jurisprudencia, señalando que no existe una protección explícita del derecho a la vida en la Constitución mexicana y que, si bien este derecho es un requisito lógico para el goce de los otros derechos y libertades, no significaba que debe considerarse superior a ellos. Este cambio de criterio ha sido fundamental, al abrir la posibilidad de ponderar la protección de la vida prenatal y los derechos de las mujeres, permitiendo que el máximo tribunal mexicano confirmara la constitucionalidad de la despenalización del aborto en la capital.[26]

En 2012, la Corte examinó la disposición constitucional del Estado de San Luis Potosí, que protegía la vida de las personas desde el momento de la concepción. Una de las cuestiones jurídicas centrales residía en la determinación de la naturaleza jurídica del embrión y del feto, aspecto esencial para la plausibilidad jurídica del derecho al aborto. La Corte consideró que equiparar a un feto con una persona nacida constituye una posición dogmática y que entra en colisión con el principio constitucional de laicidad. Sin embargo, esta decisión no recibió la mayoría calificada de los votos necesarios para su obligatoriedad.[27]

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el caso de *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro)* vs. *Costa Rica* identificó criterios fundamentales en el campo de la reproducción. En 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[28] examinó la convencionalidad de una decisión de la Corte Suprema de Costa Rica del año 2000, que había prohibido el uso de la fertilización *in vitro* (FIV) por considerar que esta técnica

tps://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2000/19/3_37867_0.doc Tesis P./J. 13/2002. Derecho a la vida. Su protección constitucional, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/187816*

[26] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, *op. cit*.

[27] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 62/2009, Ciudad de México, 2009.

[28] Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

de reproducción asistida vulneraba el derecho a la vida y a la dignidad de los embriones, ya que implica la selección y destrucción de embriones humanos. Al hacerlo, reformulaba en claves de derechos humanos un argumento desarrollado por la Iglesia católica, que se encuentra en la Encíclica *Donum Vitae* de 1987 sobre las cuestiones del inicio de la vida humana y que considera que existe una persona humana desde el momento mismo de la fecundación.[29]

En este contexto, la Corte Interamericana tenía que interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida. Este derecho debe estar protegido por la ley, y generalmente desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado arbitrariamente de la vida".[30] El juez interamericano comenzaba su argumentación identificando, en la Convención, un derecho a la autonomía reproductiva de las personas, basado en los derechos a la vida privada y familiar, a la salud reproductiva, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y beneficiar del progreso de la ciencia y la tecnología. Posteriormente, y tras comprobar la existencia de una restricción causada por la decisión del tribunal costarricense, procedía a examinar el argumento según el cual el embrión humano tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. Al respecto, mencionaba que el término "concepción" puede entenderse de dos maneras diferentes: como sinónimo de fecundación, es decir, como la unión entre el espermatozoide y el óvulo; o como el momento de la implantación, es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a la pared uterina. En lo que respecta a las técnicas de fertilización *in vitro*, la diferencia es crucial ya que, en el segundo caso, es imposible hablar de concepción al tratarse de embriones que no han sido implantados en el cuerpo de la mujer.

[29] Congregación para la Doctrina de la Fe, "Instruction Donum Vitae sur le respect de la vie humaine infantante et la dignité de la procréation. Respuestas a algunas preguntas actuales", 1987.

[30] Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969.

De acuerdo con la Corte Interamericana, la cuestión del inicio de la vida humana es susceptible de ser examinada desde diferentes perspectivas "biológica, médica, moral y ética, filosófica y religiosa". De tal manera, y puesto que no puede existir un consenso al respecto, la Corte señaló que las posiciones que atribuyen cualidades metafísicas al embrión humano no pueden prevalecer sobre otras en la medida en que ello implicaría imponer un tipo de creencia a personas que no las comparten. Además, sobre la base de una interpretación sistemática, estableció que el embrión humano no se considera una persona en el sentido jurídico del término en los diversos tratados de derechos humanos, y que Costa Rica es el único país que prohíbe las técnicas de fertilización *in vitro*. También, afirmó que el derecho a la vida no es absoluto, que no puede justificar la anulación de los demás derechos y libertades protegidos por la Convención, y que la expresión "en general", plasmada en el artículo 4.1, debe entenderse como la posibilidad de invocar excepciones a la protección de la vida prenatal, la cual no es absoluta, sino gradual e incremental. Con base en estas consideraciones, y tras ponderar los diversos elementos en juego, la Corte Interamericana concluyó que la prohibición total de esta técnica de reproducción asistida constituye una interferencia desproporcionada en los derechos a la autonomía reproductiva de las demandantes.

Esta interpretación del derecho a la vida, calificada por la doctrina como científica y laica, permitió derrotar posturas confesionales bajo el disfraz de argumentos de derechos fundamentales.[31] Esta decisión de la Corte Interamericana ha tenido un impacto fundamental en la región, ya que sus criterios son vinculantes para todos los países que reconocieron su competencia contenciosa. Así, en México, los principios identificados por el juez regional fueron retomados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en particular, en segunda decisión de septiembre

[31] Brena Sesma, Ingrid, "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, diciembre de 2014.

de 2021[32] que examinó la constitucionalidad de un artículo de la Constitución del Estado de Sinaloa que establecía que "desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo el amparo de la ley".

En este caso, la Corte reiteró que las mujeres y las personas gestantes son titulares del derecho a la autonomía, y que el Estado ha de facilitar las decisiones que toman en materia reproductiva. Refiriéndose a las presiones de los actores religiosos y a los criterios establecidos en el caso *Artavia Murillo*, recordó que el embrión y el feto no pueden ser considerados como personas, y que "la ética personal y las visiones religiosas —aunque protegidas por el orden jurídico, no pueden sustentar decisiones normativas",[33] porque "la simple enunciación de que la vida desde la concepción merece la idéntica protección que las mujeres y personas gestantes sí tiene implicaciones constitucionalmente inaceptables para el pleno ejercicio de los derechos de estas últimas".[34] Concluyó que "Una disposición constitucional que coloca en el mismo estatus a las personas nacidas y a la vida en gestación con el propósito de equiparar su protección jurídica trastoca el orden constitucional y los valores de un Estado laico, plural y democrático".[35]

Finalmente, y retomando el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo el caso *Artavia Murillo* según el cual la protección de la vida prenatal no es absoluta sino gradual e incremental, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció a las mujeres y personas gestantes un derecho a interrumpir un embarazo en un periodo cercano al inicio del proceso de gestación.[36]

---

32 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 106/2018..., *cit*.

33 *Ibidem*, p. 102

34 *Ibidem*, p. 103.

35 *Ibidem*, p. 104.

36 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017..., *cit*., p. 232.

V. Reflexiones finales

En México, la adopción de un nuevo paradigma en materia de aborto ha permitido avances significativos en los últimos años. Este cambio ha transitado de una visión punitiva a un enfoque de derechos humanos, reconociendo a las mujeres y personas con capacidad de gestión el derecho a decidir sobre su cuerpo, en particular, la posibilidad de determinar libremente si continuar o interrumpir un embarazo en un lapso cercano a la concepción. Esta victoria altamente simbólica ha sido posible gracias a una alianza entre el movimiento feminista y los sectores liberales en torno al principio de laicidad, lo cual ha sido históricamente un elemento importante de la identidad nacional.

Por su parte, la Corte Suprema ha activado el principio de laicidad en algunas de sus decisiones históricas sobre derechos reproductivos, movilizando un doble argumento: primero, estableció un fuerte vínculo analítico entre laicidad y autonomía de las mujeres respecto a las decisiones sobre sus cuerpos; segundo, consagró una lectura laica de los derechos fundamentales, en particular en lo relativo a la controvertida cuestión del derecho a la vida de los embriones y fetos. Señaló, asimismo que el carácter laico y la vocación de pluralidad y tolerancia del Estado mexicano es incompatible con posturas dogmáticas que dotan a los embriones de un valor absoluto y superior a la autonomía reproductiva de los individuos, especialmente de las mujeres.

Sin embargo, este progreso sigue siendo frágil y no exento de posibles retrocesos frente al activismo intenso de los sectores religiosos conservadores. De esta manera, los avances conseguidos a nivel jurisdiccional no deben hacernos perder de vista que cada entidad federativa tiene la responsabilidad de modificar su legislación para hacer efectivo un derecho a decidir en materia reproductiva. En la actualidad, 19 estados han despenalizado el aborto; en el resto del país, las mujeres mexicanas que deseen interrumpir su embarazo deben presentar un recurso individual ante un juez federal para obtener una autorización y hacer valer un derecho que ha sido identificado como fundamental.

Referencias

Acevedo, Marta, *A cien años del 10 de mayo*, México, UNAM, 2023.

Brena Sesma, Ingrid, "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, diciembre de 2014.

Bastián, Jean-Pierre, "Leyes de Reforma, ritmos de secularización y modernidad religiosa en México, siglo XIX", en Blancarte, Roberto (coord.), *Las leyes de Reforma y el Estado laico: importancia histórica y validez contemporánea*, México, El Colegio de México-UNAM, 2013.

Congregación para la Doctrina de la Fe, "Instruction Donum Vitae sur le respect de la vie humaine infantante et la dignité de la procréation. Respuestas a algunas preguntas actuales", 1987.

García, Moises Sinuhé y Velázquez, Erika Villagrana, "Aborto: controversia entre el Estado laico y la Iglesia. Polarización de ideologías", *El Cotidiano*, vol. 22, núm. 146, 2007.

Ipsos, "Miradas globales del aborto", agosto de 2023.

Lamas, Marta, "El aborto en la agenda del desarrollo en América Latina", *Perfiles latinoamericanos*, vol. 16, núm. 31, 2008.

Salazar Ugarte, Pedro, Barrera, Paulina, Chorny Elizalde, Vladimir, Gaitán Uribe, Ana, Reyes, Martín, Salmorán Villar, María de Guadalupe, *La República laica y sus libertades: las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, IIJ-UNAM, 2015.

Fuentes normativas

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Ciudad de México, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 601/2017, Ciudad de México, 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 1170/2017, Ciudad de México, 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1388/2015, Ciudad de México, 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 438/2020, Ciudad de México, 2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, Ciudad de México, 2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género", Ciudad de México, 2020.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 106/2018, Ciudad de México, 2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 62/2009, Ciudad de México, 2009.

El aborto sale del clóset. Derechos, mujeres y Estado

***

Abortion comes out of the closet. Rights, women and the State

*Laura Julieta Casas**

Resumen: este trabajo abordará los derechos que están en juego cuando hablamos de aborto, como también los desafíos, las marchas y contramarchas en América Latina.

A raíz del debate en Argentina sobre el derecho al aborto, que finalizó con la sanción de la Ley 27610, se analizarán los cruces existentes entre quienes sostienen que es un derecho de las mujeres y personas gestantes que debe garantizarse y no es incompatible con la normativa interna e internacional de derechos humanos y quienes consideran que se está atacando el derecho a la vida de una persona por nacer, como los matices morales, religiosos y éticos que caracterizaron la discusión sobre este tema.

Se analizará principalmente el derecho a la intimidad de la mujer, a la salud sexual y (no) reproductiva, a la autonomía, a la igualdad, como manifestaciones de la ciudadanía sobre el propio cuerpo.

* Profesora de Derecho Constitucional C. Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Escuela de Estudios Jurídicos de la Universidad de Bolonia. Especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Derecho Procesal Penal, UNPAZ, Buenos Aires, Diplomada en Derechos Humanos de las Mujeres, Universidad de Chile.

Abstract: this paper will address the rights that are at stake when we talk about abortion, as well as the challenges, the marches and countermarches in Latin America.

As a result of the debate in Argentina on the right to abortion, which ended with the passing of Law 27610, we will analyze the existing crossovers between those who argue that it is a right of women and pregnant women that should be guaranteed and is not incompatible with domestic and international human rights law and those who consider that the right to life of an unborn person is being attacked, as well as the moral, religious and ethical nuances that characterized the discussion on this issue.

We will mainly analyze the right to privacy of women, to sexual and (non) reproductive health, to autonomy, to equality, as manifestations of citizenship over one's own body.

Palabras claves: salud sexual y reproductiva, derecho al aborto, derechos humanos, derecho a la autonomía personal, derecho a la intimidad, derecho a la igualdad, ciudadanía.

Keywords: sexual and reproductive health, abortion rights, human rights, right to personal autonomy, right to privacy, right to equality, citizenship

Sumario: I. Salir del clóset. II. Ciudadanía. III. Los derechos sexuales y (no) reproductivos. Algunos apuntes sobre el derecho al aborto. IV. Tensiones entre derechos. Interpretación. V. *Roe vs Wade*. Críticas. VI. Revalorización del derecho a la intimidad y a la privacidad. VII. Conclusión. Referencias.

I. Salir del clóset

En Argentina, para quienes venían discutiendo sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, el 2020 constituyó un hito fundamental. Después de años de intentar que los proyectos de leyes sobre aborto pasaran el filtro necesario en el poder legislativo, finalmente se logró la sanción de la Ley 27610 que despenaliza y legaliza el aborto hasta la semana 14 inclusive y que esta-

blece también, sin límites en cuanto a lo temporal, la posibilidad de acceder a la interrupción del embarazo en los casos de peligro para la salud o la vida de la mujer y en los casos de violación.

En el 2018 el proyecto de ley fue ampliamente discutido en el Congreso de la Nación. Se escucharon a lo largo de tres meses 881 expositores a favor y en contra de la despenalización y legalización del aborto.[1] El proyecto pasó el primer valladar de la cámara de diputados, pero el 9 de agosto de 2018 la cámara de senadores lo rechazó. No obstante, este pequeño fracaso del debate acerca de la interrupción voluntaria del embarazo ya se había instalado en la sociedad y dio lugar a un fenómeno que se llamó la marea verde. Desde lo sociológico el tema estaba instalado y los órganos estatales no podían detener las discusiones generadas hasta en los pequeños resquicios de la vida cotidiana en Argentina y que trascendió las fronteras y se replicó en otros países.

Finalmente el 29 de diciembre del 2020 se sancionó la ley de interrupción voluntaria de embarazo con 38 votos a favor, 29 en contra y una abstención.

En el 2018 el debate en el Congreso tuvo algunas particularidades porque atravesó las distintas plataformas partidarias, y generó alianzas entre las distintas fuerzas políticas, mostrando así un mosaico colorido de encuentro entre quienes en otros asuntos eran adversarios/as políticos/as. También se escuchó en el seno del Congreso a organizaciones de la sociedad civil y a distintos/as representantes de la comunidad científica.

Estas exposiciones en las jornadas legislativas tuvieron como antecedente un tejido que se gestó en las organizaciones de la sociedad civil, en la academia, en la movilización y se materializó en el Congreso.

De esta manera la problemática del aborto desbordó la discusión de algunos grupos que insistían con su tratamiento todos los años, para convertirse en una gramática interpretada por toda la ciudadanía.

---

1 Dulbecco, P. *et al*., *El aborto en el Congreso: Argentina 2018-2020*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES, 2021, p. 22, *https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4632*

Fue fundamental en esta construcción la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto, una alianza federal que existe en la Argentina, que desde su nacimiento en el Encuentro Nacional de Mujeres tiene en su agenda lograr el derecho al aborto. Su lema es "Educación Sexual para Decidir, Anticonceptivos para no abortar y Aborto legal para no morir" y desde el 2007 insistía con proyectos de leyes que no se trataban.[2]

En la discusión en el legislativo estuvieron presentes argumentos sociológicos, jurídicos, médicos, éticos, morales, pero sobre todo la discusión giró en torno a los derechos que involucra este tema y la ciudadanía sobre el propio cuerpo.

II. Ciudadanía

Para abordar el tema desde el lenguaje de los derechos se repasarán las nociones de ciudadanía y democracia y su necesaria articulación con los derechos sexuales y reproductivos, y se pondrá especial énfasis en el derecho a decidir sobre el propio cuerpo como parte del ejercicio de una ciudadanía plena, que constituye una deuda de las democracias contemporáneas con las mujeres.

Los alcances de la ciudadanía, de las demandas que involucran su pleno reconocimiento, y la inescindible vinculación con la titularidad y el ejercicio de los derechos, forman parte de un debate frondoso que tuvo sus primeras manifestaciones en la antigüedad griega.

Si se rastrea en la Grecia del siglo V y los alcances de la ciudadanía, se evidencia que la esencia estaba en la participación de los asuntos de la polis. Existía un vínculo muy estrecho entre la persona y la Polis, así Aristóteles decía que aquel que no podía habitar en ella era una bestia o un dios. Es decir, para la existencia griega la idea de ciudadanía tenía carácter medular.

Esta existencia también se concebía alrededor de la idea de igualdad, de igual participación en los asuntos de la ciudad, pero

[2] Rosenberg, Martha Inés, "La construcción de un hito histórico. El papel de la Campaña Nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito", *http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2021/08/seminario/mesa_59/rosenberg_mesa_59.pdf*

esta igualdad tenía sus limitaciones: no participaban de ella ni los esclavos ni las mujeres. Por lo tanto, el diseño de la ciudadanía era limitado y referido exclusivamente a la participación de algunos en las cuestiones atinentes a la ciudad.

Las mujeres no solo estaban excluidas de los asuntos de la ciudad, sino que también aparecían fuertemente degradadas en la filosofía griega en lo que se refiere a un estatus de reconocimiento como sujetos independientes, libres y autónomos. Celia Amorós sostiene que el sexismo tiene manifestaciones importantes en la historia de la filosofía mucho antes de la Edad Moderna.[3] Así, se refiere a la Ética a Nicómaco en la cual Aristóteles incluye la amistad del hombre hacia la mujer entre las formas de amistad "fundadas en la superioridad, como la del padre hacia el hijo, y en general la del mayor hacia el más joven [...] y la de todo gobernante hacia el gobernado".

Aristóteles, cuando investiga la naturaleza, le asigna a la mujer un lugar natural fijado por el papel que desempeña en la reproducción. Por otro lado, considera a la condición femenina como una deformidad, aunque una deformidad que acontece en el curso ordinario de la naturaleza.[4]

En las épocas sucesivas la mujer se hallará bajo la absoluta autoridad del padre y luego pasará, a través del matrimonio, a depender de su marido, como en una eterna infancia y será asimilada a los menores.

En la Edad Media el eje estará centrado en la divinidad y en un orden estratificado en donde existen vasallos o súbditos. En el derecho feudal se confunde la soberanía y la propiedad, los derechos públicos y los privados. A decir de Simone de Beauvoir a la mujer

> [...] se le niegan todos los derechos privados, porque no tiene ninguna capacidad política [ ]. Su situación cambia cuando los feudos se hacen hereditarios y patrimoniales, [...] la situación de la mujer

[3] Amorós, C., *Hacia una crítica de la razón patriarcal,* Anthropos, 1985, p. 28.

[4] Lovibond, S., "El feminismo en la filosofía antigua: la apuesta feminista sobre el racionalismo griego", en M. Fricker y J. Hornsby (comps.), *Feminismo y filosofía*, Idea Books, 2001.

> no mejora por el hecho de que se convierta en heredera: necesita un tutor masculino; el marido es quien representa este papel: él es quien recibe la investidura, quien lleva el feudo, quien posee el usufructo de los bienes [ ]. El dominio ya no es cosa de la familia, como en tiempos de la gens romana: es propiedad del soberano; y la mujer también pertenece al soberano. Es este quien elige un esposo para ella; cuando tiene hijos, es a él más que a su marido a quien se los da, puesto que serán los vasallos que defenderán sus bienes [...].[5]

La mujer sin autonomía y sin poder de decisión continúa la sumisión que venía justificada desde la antigüedad griega, pero vinculada al feudo.

La ruptura con el antiguo régimen vino de la mano de la Revolución Francesa. Las ideas de libertad, igualdad y fraternidad crearon un ideario que rompió los lazos de sujeción a la monarquía y con el señor feudal y redistribuyó de otra manera el poder en la sociedad. En esa ocasión tampoco se les reconoció a las mujeres derechos como sujetos autónomos, no fueron consideradas en ese paraguas de libertad, igualdad y fraternidad, circunstancia que llevó a Olympia de Gouges a proclamar, en paralelo, la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana.

Con los contractualistas asoma la idea universal de igualdad. A través del contrato social los ciudadanos libres e iguales realizan un pacto para salir del estado de naturaleza y formar la sociedad civil. Podría pensarse que es un paso al reconocimiento de todas las personas como sujetos que contratan libremente, pero, si bien constituye en términos generales un avance respecto del antiguo régimen, no todas las personas ingresan de la misma manera a la vida civil que nace a partir del contrato. La gran paradoja es que, en este diseño de construcción de la vida en sociedad, las mujeres no ingresan como sujetos con autonomía. A través del contrato se estableció que el espacio de lo público era reservado a los varones, mientras que las mujeres quedaron en el espacio de lo privado, lugar en el que se ensayaron numerosas formas de subordinación.

[5] Beauvoir, S. de, *El segundo sexo,* Sudamericana, 1999, p. 89.

El esquema del contrato es atractivo porque significa un avance en el reconocimiento de las personas como sujetos libres, quienes, mediante esta ficción, eligen vivir en sociedad. Sin embargo, este mismo contrato deja afuera a las mujeres o crea un contrato paralelo: el contrato sexual.

Se produce así la dicotomía entre el espacio público y el espacio privado, que es como una prolongación de la contraposición entre sociedad/naturaleza, civil/natural. Lo público será el terreno de la política, de la ciudadanía, de lo masculino, y en el espacio privado quedará lo doméstico, lo no civil, el terreno reservado por "la naturaleza" a las mujeres.

Pateman sostiene que cuando se habla del contrato social se omite un punto crucial: que tales habitantes estaban sexualmente diferenciados, y que, en los autores clásicos, se sigue una diferencia en la racionalidad debido a la diferencia sexual natural.[6] La autora considera que, en ese contrato original, aparece la libertad y la dominación. Paralelo al contrato social surge el contrato sexual. La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crean a través del contrato original, y el carácter de la libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, la que revela cómo el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato. Este último determina también el derecho político de los varones sobre las mujeres y también es sexual en el sentido de que da origen a un orden de acceso de los varones al cuerpo de las mujeres.

La esfera pública alcanza su relevancia y su entendimiento si se analiza la esfera privada. Pero este espacio de lo privado no tuvo un papel importante en los estudios políticos; recién con los estudios feministas empieza a tener relevancia al señalarse la interdependencia que tienen estas dos esferas.

Este breve recorrido por algunos caminos históricos de la ciudadanía evidencia que su tratamiento debe realizarse desde una perspectiva de género, lo que obliga a observar atentamente las asimetrías en la construcción del concepto, pues esto repercute en el modo en que las mujeres ingresan al espacio de lo público y

[6] Pateman, C., *El contrato sexual,* Anthropos, 1995.

en la subjetividad creada alrededor del mundo de lo privado, que es el mundo del cuidado, de la maternidad, el mundo de "un ser para otro", espacio históricamente femenino, y en donde, con la diferenciación tajante del espacio de lo público, se construye un imaginario sobre el cuerpo de las mujeres y su destino hacia la reproducción.

La mujer, vinculada desde la antigüedad a la naturaleza, no aparece como sujeto autónomo sino como la naturaleza misma, hay que cuidarla, controlarla, encauzarla, domarla. En este escenario, el cuerpo de las mujeres pertenece al padre, al esposo, al Estado, y son ellos quienes deciden y prescriben las conductas que son debidas.

En la actualidad podemos hablar de la ciudadanía como un estatus jurídico de las personas a raíz del cual se otorgan los mismos derechos, pero necesariamente esta igualdad debe mirarse a través del prisma de la diferencia; es decir que el concepto de derechos iguales debe someterse a una relectura. Esta igualdad se hace realidad cuando se respetan las diferencias.

Las mujeres que tienen la capacidad de gestar se encuentran en una situación distinta a la de otras personas que no tienen esta posibilidad. En la búsqueda de igualdad debe repararse en ese dato, porque tiene relevancia para la vida, la autonomía, la libertad, la integridad física y la salud de las mujeres. ¿Cómo trata el Estado esta diferencia en la búsqueda de una igualdad? Este punto será esencial para evaluar si el Estado considera a las mujeres como ciudadanas.

No se les reconoce a las mujeres el estatus de ciudadanas cuando es el cuerpo de éstas el que aparece como texto, como el bastidor donde los intereses de la sociedad son expresados.

Todos los poderes se expresan en este control, y paralelamente quedan expuestos los custodios de la ciudadanía del feto.[7]

[7] Segato, R., "El derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho" en A. Etchegoyen (comp.), *Voces y silencios de la discriminación. Acceso a la justicia. Conferencia 2009*, El Mono Armado, 2010, p. 114, *https://viejositio.apdh.org.ar/piajal/publicaciones/voces_y_silencios.pdf*

En definitiva, estas discusiones giran alrededor de la sexualidad de las mujeres, del control de sus cuerpos, de su autonomía, de su reclamo por ser consideradas como sujetos sociales y, en definitiva, de la manera que ejercen su ciudadanía.[8]

Por otro lado, el dispositivo jurídico muchas veces, lejos de ser un mecanismo que facilita la concreción del principio de igualdad, actúa legitimando desigualdades que aparecen como naturales, operando más allá de la pura normatividad, instalando creencias, ficciones y mitos que consolidan el imaginario colectivo. Como discurso se reproduce y se transmite a partir de distintos actores, pero, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación.[9] En este complejo sistema de legitimación del poder se inserta la problemática de los derechos de las mujeres.

En el abordaje sobre las implicancias del aborto no puede soslayarse la influencia que tienen las relaciones de género y las construcciones sociales con base a estas relaciones, como tampoco la dimensión de justicia que implica reconocer o desconocer este derecho por parte del Estado.[10] A todas estas aristas se suma que la problemática del aborto no está exenta de una serie de mitificaciones y fantasías que se tejen alrededor de la maternidad.[11]

III. Los derechos sexuales y (no) reproductivos. Algunos apuntes sobre el derecho al aborto

Desde la afirmación que el ejercicio de una ciudadanía plena en un Estado de derecho democrático requiere que las mujeres tengan soberanía sobre su cuerpo, se ensayarán a partir de este apar-

8 Chiarotti, S., "El aborto en el marco de los derechos humanos. La situación en Argentina", en S. Checa (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad,* Paidós, 2006, p. 93.

9 Cárcova, C., *La opacidad del derecho*, Trotta, 1998.

10 Minyersky, N., "El artículo 86 del Código Penal, eficacia y efectividad", *Lexis Nexis*, 0003/015440, 2011.

11 Giberti, E., "La madre y la maternidad en suspenso. Su relación con el mito constitutivo de las identidades que se reconocen como propias de las mujeres", en S. Checa (comp), *op. cit*., p. 63.

tado, argumentos que sustentan la despenalización y legalización del aborto.

El aborto forma parte de los derechos sexuales y reproductivos. El reconocimiento de los derechos sexuales y (no) reproductivos como derechos humanos es reciente tanto en los instrumentos internacionales como en las normas nacionales. Un paso fundamental en el ámbito internacional fueron la Conferencia de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo del Cairo, y la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, el Desarrollo y la Paz, celebrada en Beijing en 1995.

En la Conferencia del Cairo se reconoce que el aborto debe ser considerado como un importante problema de salud pública, y se define a la salud sexual y reproductiva como "un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos" (ONU, 1994). En consecuencia, "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y la de procrear; como también la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esto último, lleva implícito el derecho de obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como el acceso a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no están legalmente prohibidos, y que sean seguros, eficaces, asequibles y aceptables; el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos".[12]

En la Conferencia de Beijing, los Estados reconocen que "la capacidad de las mujeres para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos" y se pide a los Estados que consideren la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales.[13]

---

12 Chiarotti, S., *op. cit.;* Zampas, C. y Tood-Gher, J., "El aborto como derecho humano: estándares regionales e internacionales", en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva,* Editores Del Puerto, 2011, pp. 419-487.

13 Chiarotti, S., *op. cit*., p. 97.

Los derechos sexuales y reproductivos constituyen un fenómeno bifronte, que exigen para su goce y ejercicio, por un lado, privacidad e intimidad en la toma de decisiones reproductivas, pero también están ligados indisolublemente a la posibilidad de obtener información y servicios de salud por parte del Estado, sobre todo para garantizar la igualdad en los casos de mujeres con escasos recursos económicos y simbólicos.

El derecho a la atención en salud sexual y reproductiva requiere la intervención por parte del Estado, es decir que, se implemente medidas para promover la maternidad voluntaria y sin riesgos, la interrupción del embarazo, el acceso a métodos anticonceptivos, incluida la anticoncepción de emergencia. Como la salud reproductiva es fundamental para la vida de las mujeres, los Estados deben tomar medidas de acción afirmativa para que esté al alcance de todas ellas.

El derecho a la autodeterminación reproductiva se basa en el derecho a planear la propia familia, e incluye el derecho de estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libres de todas las formas de violencia y coerción que afectan la vida reproductiva de la mujer.[14]

IV. Tensiones entre los derechos. Interpretación

Al analizar el derecho al aborto surgen una serie de conflictos con los derechos a la vida en formación y los derechos de las mujeres.

Es necesario entonces realizar una serie de precisiones, balances y ponderaciones para determinar si el derecho a la vida en formación prevalece frente al derecho a la vida de la mujer, a su autonomía, a su salud, a su igualdad, entre otros.

La evaluación de los posibles conflictos requiere de ajustes en la convivencia de los derechos. Si se parte del postulado que no

[14] Cook, R, Dickens, B, y Fathalla, M., *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, ética y el derecho,* Profamilia, 2003.

existen derechos absolutos, se puede realizar un examen de proporcionalidad en donde la discusión se base en torno a la vida en gestación frente a la gama de derechos humanos de los que es titular la mujer. Entonces, si estos derechos tienen igual jerarquía y existe algún tipo de contradicción, debe efectuarse una ponderación mediante el principio de proporcionalidad y establecer una relación de preferencia condicionada.[15] (Gil Domínguez, 2006, p. 1428).

Quienes defienden la penalización del aborto sostienen que se trata de proteger el derecho a la vida de un ser humano, el feto, que sería la víctima en el delito de aborto. Ahora bien, centrar la mirada solamente en uno de los extremos de la discusión, en el feto, es invisibilizar e instrumentalizar a las mujeres, negándoles el estatus de personas libres y con derechos.

En consecuencia, para efectuar una ponderación proporcionada y establecer una preferencia entre los derechos en juego se puede tener en cuenta, como parámetro que permita acercarnos a un razonamiento racional y equilibrado, el hecho del nacimiento o también el grado de desarrollo de la vida en formación de manera que se pondere el derecho a la autonomía de la mujer con la vida en gestación, entendiendo que con el paso del tiempo esa vida en formación va adquiriendo mayor valor.

En este sentido la sentencia "C-355" de la Corte Constitucional Colombiana, desarrolló un argumento interesante para evaluar las tensiones entre los derechos de la mujer y el feto. Este pronunciamiento se refiere al valor vida como algo que tiene una intensidad distinta al derecho fundamental a la vida.[16]

La Corte Constitucional dijo:

> El derecho a la vida se limita a los seres humanos nacidos, mientras que el valor constitucional vida puede ser protegido antes del nacimiento. El valor vida no tiene el carácter de un derecho absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos

[15] Gil Domínguez, A., *Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho*, *La Ley*, 2006, p. 1428.

[16] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, *https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_sentenciac355_colombia.pdf*

> constitucionales. Se puede decir que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. Dentro del ordenamiento constitucional, la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida, de la vida como bien jurídico protegido por la constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición [...]".[17]

En esta línea, Nino utiliza la idea de potencialidad para referirse a la vida en formación,

> [...] cuanto más inmaduro sea un feto más tenue es su identidad con el individuo que tendría los atributos fácticos de la personalidad moral y más remoto está de adquirir las capacidades relevantes, aunque sea en estado de latencia, hasta llegar a un grado en el que la relación de identidad se desvanece y pasa a ser una mera relación de 'susceptible de convertirse en', que debe tener el mismo valor de proyección tanto si está basada en un proceso natural como si lo está en uno voluntario.[18]

Es esta la interpretación que realizó la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo* respecto al artículo 4.1 de la Convención, donde consideró que el derecho a la vida es gradual e incremental y debe ponderarse con otros derechos.

V. *Roe vs. Wade*. Críticas

El caso *Roe vs. Wade* significó un hito en lo que se refiere al derecho a decidir de las mujeres. (Corte Suprema de Estados Unidos, 1973).

Este precedente de la Corte norteamericana, que liberó el aborto en los primeros meses de embarazo, fundó el derecho al aborto voluntario en el derecho a la privacidad estableciendo un sistema de plazos.

---

17 *Idem*.

18 Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Astrea, 2000, p. 242.

Existen distintas lecturas de este fallo.[19] Una de las discusiones gira en torno a que el derecho a la privacidad contribuye a robustecer el ámbito de lo privado en la dicotomía, criticada por las feministas, de lo público y lo privado. Desde esta perspectiva, el derecho al aborto es relegado al espacio en donde las mujeres fueron sometidas históricamente, con la huella de la dominación masculina y las reminiscencias al contrato sexual que sirvió para enmascarar un ámbito paralelo en el que las mujeres continuaban en el estado de naturaleza y no llegaban a ser ciudadanas.

Algunas de las objeciones fueron realizadas por West (2009), quien sostiene que Roe cristalizó el derecho constitucional al aborto como fundamentalmente un derecho negativo, que mantiene al Estado ajeno a esta problemática.

Otro de los reparos al derecho a la privacidad como fundamento del derecho al aborto, es desarrollado por MacKinnon. La autora recuerda que el argumento de la privacidad en relación a los derechos reproductivos ya se había usado en la causa *Griswold vs. Connecticut* de 1965 y se retoma en Roe. En 1981, en la causa *Harris vs. McRae*, el tribunal dijo que el derecho a la intimidad no implicaba que el programa federal *Medicaid* tuviera que ocuparse del aspecto médico de los abortos, aclarando que la intimidad estaba garantizada con respecto a la decisión de la mujer de interrumpir o no su embarazo. El Estado podía apoyar una decisión, pero no la otra: sí financiar aquellos embarazos que siguieran adelante, pero no financiar su interrupción. Al afirmar que la intimidad de la decisión quedaba intacta desde el punto de vista constitucional, el tribunal señalaba que "aunque el gobierno no podrá poner obstáculos en el camino que siga una mujer en el ejercicio de su libertad de elección, no tiene tampoco que eliminar los que no haya creado".[20]

[19] Hendricks, J., "Body and soul: equality, pregnancy, and the unitary right to abortion", *The University of Tennesse College of Law, Legal Studies Research Paper Series,* 2009.

[20] MacKinnon, C., *Hacia una teoría feminista del Estado,* Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, 1989, p. 333.

Al respecto, expresa MacKinnon,

> [...] la ley de la intimidad propone garantizar la integridad corporal individual, el ejercicio personal de la inteligencia moral y la libertad de la intimidad. Pero ¿se han garantizado los derechos de acceso a la mujer a esos valores? La ley de la intimidad, en vez de hacerlo, traduce los valores liberales tradicionales en derechos individuales como medio para subordinar esos derechos a imperativos sociales específicos [...]. La opción doctrinal de la intimidad en el contexto del aborto, por tanto, reafirma y refuerza lo que la crítica feminista de la sexualidad ataca: la división público/privado para la vida de las mujeres.[21]

La autora sostiene que Roe utilizó una teoría de la privacidad neutra al género, que constituye una espada de doble filo porque incurre en la falacia de considerarlas como sujetos autónomos, pero en realidad las mujeres no tienen el mismo poder que los varones y el estado abdica de cualquier obligación de garantizar las prestaciones de salud necesarias.

En sentido contrario, Cohen sostiene que el fallo *Roe vs. Wade* es relevante porque concede a las mujeres el derecho a la privacidad en sus relaciones reproductivas en tanto individuos, no en el sentido de la privacidad que resguarda la "entidad", la familia, con las implicancias en el sentido de sometimiento que el ámbito privado familiar tiene para las mujeres.[22] En consecuencia, las mujeres al gozar de derechos individualizados a la privacidad, pueden acceder a la personalidad jurídica plena y comenzar a demandar protección, autonomía y la intervención del Estado en la familia para proteger sus derechos como personas y conservar al mismo tiempo el control de sus decisiones íntimas que el derecho a la privacidad individual ampara.

---

21 *Ibidem*, p. 334.

22 Cohen, J. L, "Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto", *Debate Feminista. Ley, Cuerpo y Sujeto, v*ol. 19, 1999, pp. 9-54, *https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1999.19*

VI. Revalorización del derecho a la intimidad y a la privacidad

Si bien el argumento utilizado en la causa *Roe vs. Wade*, fue criticado por hacer eje en el derecho a la privacidad para justificar el derecho al aborto, en el contexto latinoamericano es necesario rescatar el valor que la privacidad e intimidad tienen como resguardo a la interferencia de terceros y del Estado en decisiones cruciales para la vida de las mujeres y que las atañen a ellas exclusivamente.

La invasión a la intimidad y la dificultad para tomar una decisión libre de presiones coloca a las mujeres en un lugar de vulnerabilidad, lo que hace necesario que los derechos a la privacidad y a la intimidad se erijan como verdaderos escudos ante los fundamentalismos religiosos, ante el avance de la prensa, o de la comunidad médica aliada con sectores conservadores.[23]

Es necesario redefinir el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad para extraerlos de la dicotomía entre lo público y lo privado y reservar un ámbito necesario para reconocer autonomía a las mujeres.

En este sentido Ferrajoli se pregunta si existen derechos fundamentales que sean solo de las mujeres, es decir, que su desconocimiento afecte directamente solo a las mujeres, y concluye que este derecho es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad.[24] Dice el autor

> Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la "soberanía" de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo

[23] Carbajal, 2009, p. 147.

[24] Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, 2010, pp. 85 y 86.

> imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento -aunque sea de procreación- para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal.

Estos derechos son esenciales para las mujeres y sus decisiones reproductivas, y están lejos de considerarse como derechos que queden encorsetados en ese espacio privado de sometimiento histórico de las mujeres.

En países como Argentina que otorgó raigambre constitucional a una serie de instrumentos de derechos humanos, su ordenamiento jurídico está conformado por derechos que protegen la intimidad y privacidad de las mujeres pero también requieren la intervención del Estado para garantizar la igualdad real de oportunidades y luchar contra la discriminación removiendo los obstáculos que impiden a las mujeres gozar de sus derechos.

El Estado debe adoptar una actitud de respeto por las elecciones de vida que cada persona elija, pero a la vez debe poner a disposición los medios necesarios para hacer posible el acceso a la salud de las mujeres y para que estas elecciones sean posibles en un marco de libertad en el que el Estado brinde atención sanitaria como parte de su política pública. Porque como la interrupción del embarazo es una práctica social y médica que solo pueden obtener las mujeres, la existencia de barreras que minan el acceso a los servicios sanitarios es una práctica estatal discriminatoria basada en el sexo.[25]

En los lugares en donde el aborto no está legalizado y despenalizado, es alarmante la cantidad de mujeres que mueren víctimas de abortos mal practicados y porque no acceden a los medios económicos para realizarlos con las mínimas condiciones de asepsia, lo que demuestra que la problemática del aborto es una cuestión de igualdad y salud pública además de un derecho a de-

[25] Ramón Michel, A., "El fenómeno de inaccesibilidad del aborto no punible", en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva,* Editores del Puerto, 2011, pp. 137-202.

cidir de las mujeres. Es aquí donde este derecho revela su mayor riqueza y su mayor complejidad. A la vez que se presenta como un derecho a la autodeterminación reproductiva, debe garantizarse desde el Estado porque la ausencia de acceso para algunas mujeres significa la muerte, sellando así con su cuerpo la metáfora perfecta de la desigualdad y la discriminación.

VIII. Conclusión

Una ciudadanía plena en un Estado democrático de derecho implica el reconocimiento de la autonomía reproductiva a las mujeres. El aborto es parte de los derechos sexuales y (no) reproductivos, que se caracterizan porque presentan una estructura porosa, se van nutriendo y conformando con otros derechos, como el derecho a la información sobre salud sexual y reproductiva, el derecho a la salud, el derecho a la integridad personal, el derecho a la autonomía, a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, etcétera.

El derecho a la autonomía reproductiva, que es posible gracias al derecho a la privacidad y a la intimidad, está relacionado también con la dignidad. El derecho al aborto se vincula estrechamente con el derecho a la igualdad y no discriminación porque la situación de gestante solo la tiene la mujer y solo ella será principalmente víctima del sistema penal, si es que la práctica del aborto está criminalizada, y solo ella experimentará la gestación y sus consecuencias.

Ahora bien, el aborto no afecta a todas las mujeres de la misma manera. Este derecho a decidir sobre el propio cuerpo se ve condicionado además por una serie de impedimentos sociales, culturales, por razones económicas y aquí es donde se revela el verdadero problema social que entraña el aborto y su criminalización.

La capacidad de gestar que tienen las mujeres es la bisagra fundamental de la diferencia que interpela al principio de igualdad. Si esta capacidad se instaura como obligatoria, se cercena la autonomía, colocando a las mujeres en un destino del que no pueden escapar, lo que resulta incompatible con una ciudadanía plena en un Estado constitucional de derecho.

Referencias

Amorós, C., *Hacia una crítica de la razón patriarcal,* Anthropos, 1985.

Beauvoir, S. de, *El segundo sexo,* Sudamericana, 1999.

Cárcova, C., *La opacidad del derecho*, Trotta, 1998.

Cohen, J. L, "Para pensar de nuevo la privacidad: la autonomía, la identidad y la controversia sobre el aborto", *Debate Feminista. Ley, Cuerpo y Sujeto, v*ol. 19, 1999.

Cook, R, Dickens, B, y Fathalla, M., *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, ética y el derecho,* Profamilia, 2003.

Chiarotti, S., "El aborto en el marco de los derechos humanos. La situación en Argentina", en S. Checa (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad,* Paidós, 2006.

Dulbecco, P. *et al*., *El aborto en el Congreso: Argentina 2018-2020*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES, 2021.

Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, 2010.

Giberti, E., "La madre y la maternidad en suspenso. Su relación con el mito constitutivo de las identidades que se reconocen como propias de las mujeres", en S. Checa (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el derecho y la necesidad,* Paidós, 2006.

Gil Domínguez, A., *Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho*, *La Ley*, 2006.

Held, D., "Ciudadanía y autonomía, *lib*eralismo comunitarismo", *La Política*, núm. 3, Barcelona, 1997.

Hendricks, J., "Body and soul: equality, pregnancy, and the unitary right to abortion", *The University of Tennesse College of Law, Legal Studies Research Paper Series,* 2009.

Lovibond, S., "El feminismo en la filosofía antigua: la apuesta feminista sobre el racionalismo griego", en M. Fricker y J. Hornsby (comps.), *Feminismo y filosofía*, Idea Books, 2001.

MacKinnon, C., *Hacia una teoría feminista del Estado,* Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer, 1989.

Minyersky, N., "El artículo 86 del Código Penal, eficacia y efectividad", *Lexis Nexis*, 0003/015440, 2011.

Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Astrea, 2000.

Pateman, C., *El contrato sexual,* Anthropos, 1995.

Ramón Michel, A., "El fenómeno de inaccesibilidad del aborto no punible", en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva,* Editores del Puerto, 2011.

Rosenberg, Martha Inés, "La construcción de un hito histórico. El papel de la Campaña Nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito".

Segato, R., "El derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho" en A. Etchegoyen (comp.), *Voces y silencios de la discriminación. Acceso a la justicia. Conferencia 2009*, El Mono Armado, 2010.

Zampas, C. y Tood-Gher, J., "El aborto como derecho humano: estándares regionales e internacionales", en P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva,* Editores Del Puerto, 2011.

Resoluciones

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06.

Leyes:

Acceso a la Interrupción voluntaria del embarazo.

El papel de los tribunales constitucionales en la comprensión del laicismo: la experiencia turca

***

The role of constitutional courts in understanding secularism: the Turkish experience

*Selin Esen**

Sumario: I. Introducción. II. Los antecedentes históricos del laicismo turco. III. El Estado laico en la Constitución de 1982. IV. El enfoque del TCT sobre el laicismo. V. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

El laicismo puede describirse simplemente como un sistema de gobierno que es imparcial y neutral con respecto a cualquier conjunto de creencias religiosas y filosóficas. Tal Gobierno no da prioridad o privilegio a ningún sistema de creencias. Idealmente, la separación entre la Iglesia y el Estado en la esfera pública no es ni religiosa ni antirreligiosa, sino "a-religiosa".[1] Por lo tanto, un

* Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad de Ankara, Facultad de Derecho.

1 Michele Rosenfeld, *"Introduction: can constitutionalism, secularism and religion be reconciled in an era of globalization and religious revival?"*, *Cardozo Law Review*, vol. 30, 2009, pp. 2333-2334; Andras Sajó, "The Concepts of Neutrality and the State", en Ronald Dworkin (ed.), *From Liberal Values to Democratic Transition,* Central European University Press, 2004, pp. 107-145.

Estado verdaderamente laicista está obligado a proporcionar un ambiente en el que todas las creencias coexistan pacíficamente.

El "laicismo" adquiere un carácter diferente en cada país, dependiendo de su experiencia histórica y cultural. Hay dos modelos predominantes de laicismo en las democracias occidentales, el angloamericano y el francés. En el modelo angloamericano, la religión se considera como una institución social. En el modelo francés, el papel de la religión es más limitado en la esfera pública. El Estado simplemente garantiza la libertad de religión y culto como libertad individual. Según el modelo angloamericano, el laicismo funciona para facilitar la comunicación y la relación entre los diversos grupos de creencias y así, el laicismo tiene un sentido negativo. Por otro lado, el laicismo tiene un aspecto positivo en el modelo francés, ya que la religión debe ser "encajonada" en la esfera privada, y el deber del Estado es asegurarlo.[2] Sin embargo, la diferencia entre estos dos modelos no debe ser exagerada. Sea cual sea el modelo que adopte, un Estado laico debe cumplir ciertos elementos mínimos. En primer lugar, el Estado laico garantiza la libertad de religión. El laicismo también requiere que el Estado se base en el principio de igualdad. Así, el Estado laico está obligado a tratar a sus ciudadanos por igual, independientemente de sus creencias. La obligación del Estado de mantener la misma distancia de todas las religiones también le impide prestar servicios o educación religiosa a una religión en particular. La intervención del Estado a una creencia solo puede justificarse si su práctica es contraria a las exigencias del orden social democrático y los valores democráticos. El Estado laico es racional. En un Estado laico, las leyes no se basan en mandatos religiosos, sino que se elaboran en función de las necesidades sociales.

Existe una relación innegable entre democracia y laicismo. No se puede afirmar que todos los Estados laicos sean democráticos. Por otro lado, un Estado democrático basado en libertad e igualdad solamente puede existir en un orden jurídico laico. Se fundamentan las regulaciones legales en las disposiciones religiosas en lugar de la voluntad nacional, lo cual impide la libertad individual y el funcionamiento democrático que surge sobre esta base. Mien-

[2] Andras Sajó, *op. cit*.; Wilfred M. McClay, "Two concepts of secularism", *Journal of Policy History*, vol. 17, 2001, pp. 59-62.

tras que una dimensión de la relación entre el laicismo y la democracia es la libertad de religión, la otra es el pluralismo político. La libertad de religión también está estrechamente vinculada con la libertad de reunión, asociación, expresión, publicación y educación. La pluralidad política es el reconocimiento del derecho a ser distinto y la posibilidad de expresarlo en el ámbito público. En sociedades en las que el principio de la laicidad no está debidamente establecido o en las que prevalecen los valores premodernos, no se puede asegurar la libertad de expresión y el pluralismo político.

El laicismo en Turquía se estableció más cerca del modelo francés, sin embargo, tiene algunas de sus características propias. La relación entre religión y política se fundamenta en el control de la religión dominante (el Sunní Islam) por parte del Estado, más que en la separación de las dos instituciones, o en la tolerancia mutual. Como señalan algunos académicos, los arreglos institucionales político-religiosos deben entenderse como una "forma limitada, inconsistente y ambivalente de laicismo".[3] Por lo tanto, la experiencia turca fue considerada como un "tercer modelo"[4] que además contradice algunos elementos fundamentales del principio de laicidad. Los tribunales constitucionales tienen un papel importante en la interpretación del principio de laicidad. El Tribunal Constitucional Turco (TCT), como tribunal que tiene el monopolio de la interpretación de la Constitución, ha venido desempeñando esta función desde su creación. En este trabajo, primero se discutirá el desarrollo histórico del laicismo en Turquía y su lugar en la Constitución de 1982; luego, se evaluará la interpretación del laicismo por parte del Tribunal Constitucional.

II. Los antecedentes históricos del laicismo turco

En primer lugar, es importante señalar que Turquía es el primer estado laico con una mayoría de su población musulmana. El laicismo en Turquía, que se remonta a los acontecimientos de

[3] Andrew Davison, "Turkey, a secular State? The Challenge of Description", *The South Atlantic Quarterly,* vol. 102, núm. 2/3, 2003, p. 333.

[4] STCT: E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986, (Boletin Oficial del Estado, 22 de febrero de 1987-19380).

principios del siglo xviii, se formalizó constitucionalmente en 1928 con la desvinculación de las instituciones fundamentales del Estado de los principios religiosos. De hecho, a partir de la proclamación de la República en 1923, el movimiento de secularización tuvo un gran impulso. El Califato y el Ministerio de Asuntos Religiosos fueron eliminados, y la Ley de Unificación de la Educación fue adoptada en 1924. La República estableció y financió la Dirección General de Asuntos Religiosos que puso bajo la égida del Estado tanto las instituciones religiosas como la formación y el nombramiento de personal religioso. Se adoptó el Código Civil secular en 1926. El artículo 2 de la Constitución de 1924 que establecía que el islam era la religión oficial del Estado fue abolido en 1928. Finalmente, el principio de la laicidad se estableció de forma formal en la Constitución en 1937.[5] Las Constituciones de 1961 y 1982 mantuvieron el principio de la laicidad como una característica de la república.

Durante la época republicana, a pesar de que las elites gobernantes, expresaron sus compromisos con el principio del laicismo, la religión del islam sunita fue utilizada como un medio para unificar la nación. Esto puede observarse en la Constitución de 1961 y, de manera más clara en la Constitución de 1982.

III. El Estado laico en la Constitución de 1982

La Constitución de 1982 contiene diversas disposiciones relacionadas con el laicismo. El artículo 1 establece que el Estado turco es una República. El artículo 2 enumera el laicismo entre las características de la República. El artículo 4 prohíbe cualquier modificación de los tres primeros artículos de la Constitución, tales como la laicidad. El artículo 6 establece el concepto de soberanía de la nación. El artículo 10 garantiza la "igualdad ante la ley". El artículo 68.4 señala que "el estatuto, el programa y las conductas" de los partidos políticos no podrán contradecir los principios de laicidad. El artículo 136 establece el Departamento de Asuntos Religiosos.

[5] Niyazi Berkes, *The development of secularism in Turkey*, 2a. ed., McGill University Press, 1998.

El artículo 24 garantiza la libertad religiosa y de conciencia y prohíbe la explotación o el abuso de la religión. Asimismo, el apartado 5 del Preámbulo, el cual según el artículo 176 de la Constitución forma "parte integrante de la Constitución", establece que,

> [...] no se concederá protección alguna a una actividad contraria a los intereses nacionales turcos, a la existencia turca y al principio de su indivisibilidad con su Estado y territorio, los valores históricos y morales del turquismo; el nacionalismo, los principios, las reformas y la civilización de Atatürk y esa sagrada los sentimientos religiosos no deben participar en absoluto en los asuntos de Estado y la política, como exige el principio de laicismo.

IV. El Enfoque del TCT sobre el laicismo

El Tribunal Constitucional turco (TCT) adoptó el enfoque de "democracia militante" en relación con el laicismo desde la fecha en que comenzó a funcionar hasta 2012. El Tribunal explicó en sus decisiones el concepto de la laicidad en la que se fundamentaba la Revolución Turca e hizo visibles los valores filosóficos y políticos en los que se fundamentaba dicha concepción.

4.1. La interpretación del laicismo del TCT antes de 2012

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la laicidad es el organizador civil de la vida política, social y cultural, basado en la soberanía nacional, la democracia, la libertad y la ciencia. La laicidad es el principio que ofrece a los individuos la posibilidad de afirmar su propia personalidad mediante la libertad de pensamiento y que, por la distinción que establece entre política y creencias religiosas, hace efectiva la libertad de conciencia y de religión.[6]

[6] STCT: E. 1989/1, K. 1989/12, 07.03.1989, (Boletin Oficial del Estado 5 de julio de 1989-20216).

En el caso de una disposición legal que permitió a las estudiantes llevar velo en los institutos de enseñanza superior, el Tribunal señaló que, cuando la manifestación de la religión cruzaba las fronteras de la vida privada, puede limitarse por motivos de orden público para proteger el principio de laicidad.[7] Según el Tribunal, en un Estado laico los sentimientos religiosos sagrados no pueden estar implicados en absoluto en regulaciones legales. La esfera pública no puede ser regulada por leyes que respalden necesidades o pensamientos religiosos; este tipo de regulaciones solo pueden elaborarse en función de las necesidades individuales y sociales basadas en datos científicos. En una reforma constitucional, el Estado debe asegurar la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas que no pertenecen a una religión dominante y esta garantía debe establecerse de forma explícita en la Constitución, sin dejarse a la discreción del legislador.[8]

En un país de mayoría musulmana, como Turquía, introducir el uso del pañuelo en la cabeza como obligación religiosa imperativa daría lugar a discriminación entre los no creyentes, los musulmanes no practicantes y los musulmanes practicantes por razón de atuendo, ya que quien se negara a llevar el pañuelo en la cabeza sería considerada sin duda como no religiosa o antirreligiosa.[9] El Tribunal consideró que el pañuelo es un símbolo religioso que amenaza el orden público. Debido a que generaría una presión social sobre los demás y perturbaría la sostenibilidad de la enseñanza universitaria, lo cual afectaría el derecho a la enseñanza superior en condiciones de igualdad.[10]

La interpretación del TCT acerca de la democracia militante se fundamentó en una perspectiva particular del laicismo. De hecho, el TCT prohibió a algunos partidos políticos debido a la

7 *Idem*.

8 STCT: E. 2008/16, K. 2008/116, 05.06.2008, (Boletin Oficial del Estado 22 de octubre de 2008-27032).

9 STCT: E. 1989/1, K. 1989/12. Véase también 9 de abril 1991, E.1990/36, K.1991/8, 09.04.1991, (Boletín Oficial del Estado 31 de julio de 1991-20946).

10 STCT: E. 2008/16, K. 2008/116.

violación del principio de laicidad, el Partido del Orden Nacional (1971), el Partido de la Tranquilidad (1983), el Partido de la Libertad y la Democracia (1993), el Partido del Bienestar (1998) y el Partido de la Virtud (2001).

El Partido de la Tranquilidad fue disuelto en 1983, debido a que el programa del partido planteaba que la educación religiosa en las universidades se regulara de manera similar a la habitual práctica en los países occidentales y que se priorizara los valores religiosos en las escuelas primarias. El TCT prohibió el Partido de Bienestar en 1998, entre otras cosas, por la promoción de leyes multicomunitarias, el respaldo a que las estudiantes y funcionarias llevaran el pañuelo islámico en las universidades y lugares de trabajo, y las manifestaciones de algunos parlamentarios del Partido en favor de la sharia o la creación de un Gobierno islámico en Turquía. En el caso del Partido de la Virtud, el TCT disolvió el partido por defender la anulación de la prohibición de llevar el pañuelo islámico en las universidades en 2001.[11]

Obsérvese que el TEDH confirmó la sanción de disolución solamente en el caso de Partido de Bienestar y no en el de las demás prohibiciones, debido a la violación del principio de laicidad. La diferencia básica entre el TEDH y el Tribunal Constitucional en cuanto a la interpretación de la relación entre las libertades de los partidos políticos y el laicismo radica en que, mientras que para el Tribunal de Estrasburgo el factor determinante fue la democracia y la libertad de opinión, para el Tribunal turco fue la protección de la integridad indivisible del Estado. El Tribunal cambió su estricto enfoque en el caso del Partido de Justicia y Desarrollo en 2008. El TCT declaró que la lucha política del partido gobernante en favor del levantamiento de la prohibición de llevar el pañuelo islámico en las universidades, la eliminación de las restricciones de edad en los cursos de Corán no se realizó de conformidad con el principio de laicidad consagrado en la Constitución.

No obstante, el TCT también señaló una serie de reformas políticas y jurídicas llevadas a cabo por el Gobierno del Partido

[11] Selin Esen, "The principle of secularism in the 1982 Constitution of Turkey", *Percorsi Constituzionali*, vol. 2, núm. 3, 2013, pp. 208 y 209.

de Justicia y Desarrollo en el marco de las negociaciones con la UE y otras medidas políticas de democratización que indicaban que el partido gobernante no tenía intención de destruir el orden laico del Estado y observó que el partido no estaba involucrado en ningún acto de violencia. En consecuencia, el Tribunal decidió privar al partido de la mitad de su financiación estatal en lugar de cerrarlo.[12]

Es dudoso que el Tribunal haya flexibilizado su estricta opinión acerca del laicismo en esta decisión, teniendo en cuenta su otra sentencia respecto a la constitucionalidad de las enmiendas a los artículos 10 y 42 de la Constitución que garantizan el principio de igualdad y el derecho a la educación aprobado por el Parlamento en el mismo año. El TCT anuló las enmiendas constitucionales basándose en la intención del parlamento. De acuerdo con el Tribunal, la ley violaba el principio de laicidad, ya que el Parlamento aprobó enmiendas con el fin de levantar la prohibición de llevar el pañuelo islámico de las estudiantes en las universidades. Según el TCT, cuando se modifica la Constitución, el Estado tiene el deber de asegurar la protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos que no pertenecen a una religión dominante y esta garantía debe establecerse con claridad en la Constitución, sin dejarse a la discreción del poder legislativo.[13]

4.2. La Interpretación del laicismo del TCT a partir de 2012

En 2010, el Partido de Justicia y Desarrollo en el poder introdujo modificaciones sustanciales en la Constitución, entre otros, con el propósito de reorganizar el Tribunal Constitucional. Las reformas abrieron el camino para embalar al Tribunal Constitucional. De hecho, después de las reformas, el TCC se apartó de su enfoque fundamentalista del laicismo y adoptó una perspectiva más pasiva del mismo.

[12] STCT: E. 2008/1, K. 2008/2, 30.07.2008, (Boletin Oficial del Estado, 24 de octubre de 2008-27034).

[13] STCT: 2008, E. 2008/16, K. 2008/116.

El caso de 2012 en relación con las asignaturas optativas de religión muestra un significativo cambio de paradigma en la interpretación del Tribunal de un Estado laico.[14] En este caso el Tribunal distingue el "laicismo restrictivo", el cual fija la religión en la conciencia de la persona y minimiza categóricamente sus manifestaciones en la esfera pública, del laicismo "flexible y liberal". Según el Tribunal, el laicismo flexible no encarcela la religión en el entorno interior del individuo, sino que la considera un elemento importante de la identidad individual y colectiva y permite su presencia en el ámbito público. En un sistema político laico, las preferencias religiosas individuales y el estilo de vida respectivo quedan fuera de la intervención del Estado, pero caen dentro de la protección estatal. En este sentido, el principio de la laicidad es una garantía de la libertad religiosa y de conciencia. En otras palabras, el Tribunal Constitucional respalda la flexibilidad del laicismo, sobre todo en lo que respecta al poder discrecional del Estado en materia religiosa.

En esta decisión, el Tribunal Constitucional se apartó completamente de su visión anterior del laicismo, señalando que el Estado no puede mantenerse completamente neutral ante las religiones. Se debe tener en cuenta los sentimientos religiosos de la mayoría de la población, y la formación religiosa islámica es un deber fundamental del Estado.

En otras palabras, el Estado tiene la obligación positiva de brindar una enseñanza religiosa optativa. Sin embargo, en Turquía ya se encuentra una enseñanza religiosa obligatoria en las escuelas, establecida en el apartado 4 del artículo 24 de la Constitución, que el TEDH ha considerado contraria al respeto de las convicciones religiosas de los padres. Asimismo, es importante señalar que el Tribunal no examinó el tema en cuestión en el marco del artículo 24 de la Constitución, el cual garantiza la libertad religiosa y de conciencia. Obsérvese que este argumento del Tribunal no es compatible con el laicismo activo ni con el pasivo.

El Tribunal Constitucional no consideró inconstitucional la inclusión obligatoria en el catálogo de asignaturas optativas de

[14] STCT: E. 2012/65, K. 2012/128, 20.09.2012, (Boletín Oficial del Estado, 18 de abril de 2013-28622).

asignaturas relacionadas con una religión concreta, es decir, el islam suní, ni el poder discrecional ilimitado otorgado al Ministerio de Educación en relación con la inclusión en el plan de estudios de asignaturas optativas para personas de otras confesiones basadas en las obligaciones positivas del Estado. No obstante, la única disposición de la Constitución que puede ser considerada una obligación positiva del Estado es el artículo 24.4, el cual establece que la enseñanza religiosa se llevará a cabo bajo la "supervisión y control" del Estado. No es posible concluir de esta disposición que la Constitución imponga al Estado la obligación de proporcionar educación religiosa y de privilegiar una religión en el sistema educativo. Al contrario, esta obligación que la Constitución impone al Estado exige que se imparta a través de instituciones estatales o privadas un sistema educativo pluralista que respete las libertades de todos los creyentes en virtud de la igualdad.

El entendimiento del laicismo del TCT ha cambiado de considerar adecuada la intervención del Estado en un esfuerzo por eliminar la opresión religiosa a un concepto del laicismo que contiene que no puede permanecer completamente neutral ante las religiones, que requiere tener en cuenta los sentimientos religiosos de la mayoría de la sociedad y que la educación religiosa islámica suní es la obligación fundamental del Estado. Es evidente que este enfoque está incompatible con el principio de igualdad y libertad de religión garantizado en la Constitución, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De hecho, según el TEDH, el deber del Estado no es eliminar el pluralismo unificando las religiones divididas, sino asegurar una existencia pacífica entre los grupos religiosos en conflicto en una atmósfera de tolerancia.[15] En otras palabras, el propósito de la obligación positiva del Estado en el ámbito de la libertad religiosa no es prestar servicios religiosos a la religión dominante, sino establecer una atmósfera en la que los integrantes de las diversas religiones y también ateos, agnósticos, escépticos y despreocupados puedan disfrutar de sus derechos democráticos en una sociedad pluralista.[16] El Tribunal de Estrasburgo señala que

[15] TEDH, *Serif c. Grecia*, App. núm. 38178/97,14.12.1999, p. 53

[16] TEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, App núm. *14307/88, 25.05.1993*, p. 31.

los Estados no tienen la obligación de brindar una educación concreta con el fin de respetar las convicciones filosóficas de los padres; sin embargo, sí tienen la obligación positiva de respetar las preferencias de los padres.[17]

El Tribunal Constitucional consideró que la disposición legal tampoco violaba el principio de igualdad. Según el Tribunal, dado que el Tratado de Lausana[18] ya ha garantizado los derechos de las congregaciones religiosas, no se requiere una regulación separada. El argumento del Tribunal es problemático en dos aspectos: En primer lugar, la disposición impugnada prevé cursos optativos sobre el islam suní, pero no concede la misma garantía para otras religiones. En segundo lugar, el Tratado de Lausana regula una serie de protecciones y facultades para los ciudadanos turcos que no sean de religión musulmana.[19] Tradicionalmente se ha entendido que esto protege a los grupos de religión ortodoxa, armenia o judía.[20] Sin embargo, existen otros sistemas de creencias que no han sido reconocidos en el Tratado de Lausana, como los testigos de Jehová, las religiones asiáticas y los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. En segundo lugar, el Tribunal ignora que existen otros sistemas de creencias que no han sido reconocidos en el Tratado de Lausana, tales como los testigos de Jehová, las religiones asiáticas y los ateos, agnósticos, escépticos

17 TEDH, *W y DM, M y HI c. Reino Unido*, App núms. 10228/82 y 10229/82, 6 de marzo de 1984).

18 Tratado de Paz de Lausana fue firmado en 1923 entre los países aliados de la Primera Guerra Mundial y Turquía y estableció las fronteras de la Turquía moderna.

19 La Sección III de la Parte I del Tratado (artículos 37 a 45) regula la "protección de minorías". La base de la protección no deja de ser la prohibición de discriminación de las personas pertenecientes a las minorías no musulmanas de Turquía, añadiéndose algunos derechos al mantenimiento de sus propios centros de culto, al uso de sus leyes privadas o familiares o al establecimiento de instituciones educativas propias.

20 Esta interpretación se basa en el sistema de autonomías llamado "Millet" en el Imperio Ottomano. Diferentes grupos de población, básicamente alineados conforme a sus creencias religiosas (cristianos ortodoxos, cristianos armenios o judíos, fundamentalmente) disponían de autonomía en la gestión de sus propias normas y disputas, con tribunales propios compuestos por miembros de sus propias comunidades.

e indiferentes. Esta disposición se contradice claramente con el artículo 10 de la Constitución, el cual establece que "todos los individuos son iguales ante la ley sin distinción de opinión política, creencia filosófica, religión o secta, o por cualquier otro motivo". No se concederá ningún tipo de privilegio a ningún individuo, familia, grupo o clase. Los órganos del Estado y las autoridades administrativas están obligados a actuar conforme al principio de igualdad ante la ley en todas sus acciones.

El Tribunal ha mantenido el mismo enfoque en cuanto a la laicidad en sus otras decisiones. Considera el caso de recurso de amparo con respeto a los fuertes sonidos de la llamada a la oración en las madrugadas producidos por las mezquitas. El Tribunal ha señalado que la llamada a la oración es un ritual religioso importante desde su origen y adquiere un valor cultural en la sociedad. Según el Tribunal Constitucional la tolerancia democrática y el pluralismo hacen inevitable permitir algunas prácticas de la religión dominante de la sociedad e incluyen la obligación de tolerar hasta un punto este tipo de prácticas culturales y religiosas como una cuestión de convivencia.[21] Obsérvese que el Tribunal no examinó la constitucionalidad del caso en relación con el principio de laicidad y libertad religiosa. En consecuencia, desde las enmiendas constitucionales de 2010, el Tribunal ignora el principio de igualdad y la obligación de neutralidad del Estado en relación con todas las confesiones, permitiendo un mayor espacio para la religión mayoritaria en la esfera pública.

El TCT no interpreta la libertad de religión en el sentido de una sociedad democrática pluralista. Por ejemplo, en una sentencia reciente, el Tribunal no consideró violación de la libertad religiosa la anulación de permisos de residencia, la deportación o el rechazo de solicitudes de visado de un grupo de extranjeros protestantes que llevaban a cabo actividades misioneras y participaban en reuniones religiosas y actividades eclesiásticas.[22] El Tribunal subrayó que los solicitantes no se enfrentaron a ninguna

[21] STCT (recurso de amparo): el caso de *DÖ*, App núm. 2014/3977, 30 de junio de 2016, pp. 49 y 50.

[22] STCT (recurso de amparo): el caso de *Amanda Jolyn Krause y otros*, App. núm. 2019/40761, 15 de febrero de 2024, (Boletin Oficial del Estado 7 de junio de 2024-32569).

obstrucción o trato discriminatorio en el ejercicio de su religión, pero no tuvo en cuenta que las autoridades administrativas no justificaron la forma en que los solicitantes ponían en peligro el orden público o la seguridad pública. También ignoró las alegaciones, la información y los datos que indicaban que el motivo principal de los procedimientos administrativos contra los solicitantes eran sus creencias y actividades religiosas.

Asimismo, el Tribunal no tuvo en cuenta la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal Europeo considera que, si bien la libertad religiosa es principalmente una cuestión de conciencia individual, también implica, entre otras cosas, la libertad de "manifestar la propia religión", así como el derecho a tratar de persuadir a un vecino, por ejemplo, mediante la "enseñanza".[23] Por ejemplo, el Tribunal determinó que la otorgación de un permiso de residencia a un sacerdote evangélico solo a condición de que no se dedique a actividades religiosas por motivos de seguridad nacional[24] y deportar al clérigo y prohibirle entrar en el país alegando que participaba en actividades que ponían en peligro la seguridad nacional, era contrario a la libertad de religión.[25]

Otra cuestión importante en relación con el laicismo turco se refiere a la educación religiosa en las escuelas. Artículo 24.4 de la Constitución de 1982 dispone que,

> La educación y la enseñanza ética y religiosa se llevarán a cabo bajo la supervisión y el control del Estado. La enseñanza de la cultura religiosa y el conocimiento moral será obligatoria en los planes de estudio de la escuela primaria y secundaria. Cualquier otra educación y enseñanza religiosa estará sujeta al deseo del propio individuo y, en el caso de los menores, a la petición de sus representantes legales.

Según el TCT, la libertad de religión solo puede alcanzarse en un orden laico en el que la religión se libera de la politización, se

[23] TEDH, *Kokkinakis c. Greece*, para 31; TEDH, *Christian Religious Organization of Jehova's Witnesses in the NKR c. Armenia*, App. núm. 41817/10, 22.06.2022, p. 73.

[24] TEDH, *Perry c. Latvia*, App. núm. 30273/03, 2 de junio de 2008.

[25] TEDH, *Nolan and K c. Russia*, App núm. 2512/04, 12 de febrero de 2009.

aleja de ser una herramienta de gobierno y se deja en su lugar respetuoso en la conciencia de los individuos.[26] El artículo 24.4 de la Constitución de 1982 establece como obligatorio la asignatura de "cultura religiosa y conocimiento moral" en la educación primaria y secundaria. Sin embargo, el contenido y la implementación de esta asignatura infringen la libertad religiosa y el principio de laicismo. De hecho, la obligación del Estado de ser imparcial y neutral con respecto a todas las creencias le impide prestar un servicio a una religión o proporcionar o impartir una educación religiosa. De acuerdo el TEDH los cursos de educación religiosa no son incompatibles con el laicismo, *per se*, si el sistema ofrece un mecanismo de exención o la opción de asistir a una clase en una asignatura sustitutiva, hace que la asistencia a las clases de religión sea completamente optativa, o si los cursos se basan en hechos y son algo equilibrados. Sin embargo, la asignatura de "cultura religiosa y conocimiento moral" es obligatoria en el sistema de educación turco. El régimen de dispensa establecido es no respetuoso con el convenio pues se reserva solo para cristianos y judíos, así que los menores musulmanes que no profesan la corriente islámica sunita, priorizada en la asignatura obligatoria, ven lesionado su derecho. Esta exención se deja a discreción del Gobierno.[27] Esta aplicación viola de manera evidente la libertad religiosa. Dado que el TEDH determinó que una administración desee impartir un curso religioso obligatorio en las escuelas, el contexto del curso debe ser imparcial, crítico, objetivo y respetuoso con todas las creencias, y mostrar diversidad en la sociedad.[28] No obstante, el contenido del curso no contempla diversas creencias en Turquía, sino que enseña predominantemente la fe suní islam. Como ha señalado el TEDH, esta práctica viola la libertad de religión (CEDH art. 9), así como el derecho de los padres a que sus hijos sean educados de conformidad con sus opiniones religiosas y filosóficas (art. 2 P1), así como el principio de laicidad.

[26] STCT (disolución del partido político), E. 1997//1, K. 1998/1, 16.01.1998 (Boletin Oficial del Estado, 22.02.1998- 23266).

[27] TEDH, *Hasan-Eylem Zengin c.Turqía*, App. núm.1448/04, 9 de octubre de 2007.

[28] *Idem*; TEDH, *Appel-Irrgang y otros c. Alemania,* App. núm.452167/07, 6 de octubre de 2009*; Mansur Yalçın y otros c. Turquía,* App. núm. 21163/11, 16 de septiembre de 2014.

El TCT siguió la jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión y dictó en 2022 que el curso obligatorio violaba el derecho de los padres a exigir que se respeten sus creencias religiosas y filosóficas en la educación. El Tribunal establece que la libertad de religión y de conciencia requiere que el Estado no imponga una religión o creencia particular a las personas. En un Estado secular, la educación de una religión determinada no puede ser obligatoria. En el artículo 24.4 de la Constitución se establece la obligación de impartir el curso de "cultura religiosa y conocimiento moral" a los estudiantes a fin de proporcionar información imparcial e introductoria sobre las religiones y impulsarlos a adoptar valores morales. Los cursos que incluyen la enseñanza a los estudiantes sobre una religión o creencia en particular deben evaluarse dentro del ámbito de la educación religiosa.[29] El contenido del curso en cuestión se encuentra más allá de la enseñanza de la cultura religiosa y la ética. Asimismo, el sistema no permite que los estudiantes no cristianos y no judíos estén exentos de este curso ni ofrezcan otras opciones.

V. Conclusión

El laicismo turco tuvo lugar a partir de finales del siglo XIX en la época otomana. Sin embargo, la secularización del Estado y de la sociedad se convirtió en un objetivo principal después de la proclamación de la República en 1924 con el fin de modernizar el país. El laicismo se incluyó en todas las constituciones adoptadas durante el periodo republicano. Ciertamente, de acuerdo con la Constitución vigente, el laicismo se encuentra entre las características fundamentales del Estado y es uno de los principios no sujeto a reforma. Desde una perspectiva histórica, el laicismo turco es sumamente "joven". Dado que el contexto sociocultural basado en la religión en los primeros años de la República, el laicismo es uno de los mayores logros de la República, a pesar de todas sus deficiencias. En comparación con los países occidentales, el laicismo turco tiene algunas peculiaridades. Se puede señalar

[29] STCT (Recurso de amparo) *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El*, App núm. 2014/15345, 7 de abril de 2022, p. 163 y 164.

que estas diferencias se derivan tanto de las características de la religión islámica, que es la creencia de la gran mayoría de la población, como en el uso de la religión islámica como un elemento de la nación turca desde el inicio de la República.

El laicismo no puede considerarse separado de la democracia. El sistema legal aplicado a la libertad de expresión también tiene un impacto directo en los principios y libertades estrechamente relacionados con el estado laico, como la libertad religiosa y el principio de igualdad. La actitud restrictiva o liberadora del Estado respecto a la libertad de expresión afecta a las formas y posibilidades de ejercer la libertad de religión. El planteamiento del TCT acerca del laicismo mantiene en general la perspectiva problemática. El Tribunal decreta la dirección de la protección de la ideología estatal establecida en lugar de adoptar un papel para transformar la comprensión del laicismo para que se ajuste a las normas universales. Aunque el TCT indica que la democracia y el Estado laico deben coexistir, a veces concede una importancia secundaria a libertades como la religión y la expresión, lo cual infringe en algunos casos la esencia del laicismo.

En efecto, el planteamiento del TCT acerca del laicismo y la libertad religiosa no es efectivo suficientemente para limitar el poder político. Se puede afirmar que el TCT aprueba algunas veces una interpretación de la creencia de manera irredentista y agresiva en favor de la religión dominante. Este planteamiento conduce al Tribunal a no cumplir con su función de impedir que el Estado otorgue prioridad a la creencia dominante y asegurar que se mantiene a la misma distancia que todas las creencias.

Referencias

Andras Sajó, "The Concepts of Neutrality and the State", en Ronald Dworkin (ed.), *From Liberal Values to Democratic Transition,* Central European University Press, 2004.

Andrew Davison, "Turkey, a secular State? The Challenge of Description", *The South Atlantic Quarterly,* vol. 102, núm. 2/3, 2003.

Michele Rosenfeld, *"Introduction: can constitutionalism, secularism and religion be reconciled in an era of globalization and religious revival?"*, *Cardozo Law Review*, vol. 30, 2009.

Niyazi Berkes, *The development of secularism in Turkey*, 2a. ed., McGill University Press, 1998.

Wilfred M. McClay, "Two concepts of secularism", *Journal of Policy History*, vol. 17, 2001.

La protección constitucional del aborto en Francia y España: entre el constituyente y el activismo del juez constitucional

***

The constitutional protection of abortion in France and Spain: between the constituent and the activism of the constitutional judge

*Camilla Feliz de la Cruz**

Resumen: en 2024 Francia se convierte en el primer país en inscribir en su Constitución el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). En España, ese acceso reposa sobre una ley orgánica sin rango constitucional pero el Tribunal Constitucional[1] se encargó de constitucionalizarlo identificando un nuevo derecho. La forma en la que está redactada la Constitución, según se trate o no de un catálogo de derechos, ejerce una influencia sobre el poder creador o el activismo del juez constitucional. El caso de la protección constitucional del aborto ha puesto a prueba ese poder creador en ambos países. Más allá de la efervescencia social que el tema del aborto puede generar, este artículo ofrece un análisis del poder creador o del activismo del juez constitucional en contraste con la labor del constituyente de identificar y blindar nuevos derechos y libertades.

* Doctoranda en derecho público en la Universidad de Lille (Francia) y en la Universidad pública de Navarra (España).

1 Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. 44/2023 del 9 de mayo de 2023.

Abstract: in 2024, France became the first country to include access to voluntary termination of pregnancy (VTP) in its Constitution. In Spain, this access is based on an organic law without constitutional rank, but the Constitutional Court was responsible for constitutionalizing it by identifying a new right. The way in which the Constitution is drafted, depending on whether or not it is a catalog of rights, has an influence on the creative power or activism of the constitutional judge. The case of the constitutional protection of abortion has put this creative power to the test in both countries. Beyond the social effervescence that the abortion issue can generate, this article offers an analysis of the creative power or activism of the constitutional judge in contrast to the work of the constituent to identify and protect new rights and freedoms.

Palabras clave: justicia constitucional, poder creador, activismo judicial, interrupción voluntaria del embarazo.

Keywords: constitutional justice, creative power, judicial activism, voluntary interruption of pregnancy.

Sumario: I. Introducción. II. La garantía de libertad como elemento común de la protección constitucional del aborto en Francia y en España. III. En Francia del Consejo Constitucional al constituyente y en España del legislador orgánico al Tribunal Constitucional. IV. Alcance del poder creador o del activismo del juez constitucional francés y español. Referencias.

I. Introducción

A partir de la decisión *Dobbs* de 2022 de la Corte Suprema estadounidense,[2] se producen una serie de tensiones tanto en Francia como en España con el fin de reforzar con rango constitucional el acceso al aborto. El primero en reaccionar es el Tribunal Constitucional español[3] al reconocer un nuevo derecho. Más adelante,

[2] Corte Suprema de Estados Unidos, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, núm. 19-1392, 597 U.S. 215, del 24 de junio de 2022.

[3] Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. 44/2023 del 9 de mayo del 2023.

el constituyente francés inscribe en la Constitución el acceso al aborto. La protección constitucional del aborto queda así en una sentencia del Tribunal Constitucional del lado español y en la propia Constitución del lado francés.

De origen francés, la noción de poder creador *pouvoir créateur* alude a la facultad del juez constitucional para deducir principios de valor constitucional a partir de los textos que conforman el bloque de constitucionalidad con el fin de usarlos luego como normas de referencia de segundo grado susceptibles de fundamentar la inconstitucionalidad de una ley.[4] Esta noción puede considerarse como una de las manifestaciones de la expresión de origen estadounidense *judicial activism* o "activismo judicial", que tiene mayor uso en América Latina. A pesar de ser una noción compleja y "multívoca",[5] una de las definiciones que se le atribuye es la "creatividad" de las decisiones de justicia,[6] es decir, cuando el juez crea un derecho nuevo para garantizar su protección constitucional ampliando el catálogo de derechos.[7]

En efecto, todo parece indicar que la forma en que está redactada la Constitución, según sea esta un catálogo o no de derechos fundamentales puede tener una influencia en el poder creador del juez constitucional. Aparentemente, la efectividad de ese poder creador es cuestionable debido al carácter fluctuante de las sentencias, lo que legitimaría la intervención temprana del constituyente para blindar ciertos derechos y libertades.

---

4 Heitzmann-Patin, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020, p. 30; para un estudio general del poder creador del juez: Belaid, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, p. 271 y ss.; Ponthoreau, M. C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et francaise, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, p. 280.

5 Sagüés, N. P., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, IECEQ, 2016, p. 257.

6 Morello, A. M., *La Corte Suprema en acción*, Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1989, p. 119.

7 Manili, P. L., "El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *La Ley*, 2006, p. 1285.

II. La garantía de libertad como elemento común de la protección constitucional del aborto en Francia y en España

Históricamente, la IVE es legal en Francia desde 1975 con la *ley Veil*.[8] Cuando el Consejo Constitucional francés fue llevado a controlar la conformidad de esta ley con la constitución identificó el "principio de libertad",[9] deduciéndolo del artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC).[10] Más adelante, en 2001 y 2016 el Consejo Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley que aumentaba de diez a doce semanas el plazo para poder recurrir al aborto, y de la ley que eliminaba el plazo de reflexión previo. El Consejo declaró la conformidad de estas leyes con el respeto de la dignidad de la persona humana y con la libertad de la mujer derivada del artículo 2 de la DDHC.[11] De este modo, a partir de la decisión del 2001 se agrega la dignidad de la persona humana,[12] y el aborto es visto como la expresión de la libertad de la mujer que se deriva del artículo 2 de la DDHC.

Esta idea de libertad fue la misma que guío los debates legislativos en Francia entre 2022 y 2023 sobre la forma que tomaría la inscripción del aborto en la Constitución, si debía tratarse de la garantía de un derecho o del ejercicio de una libertad.[13] Así,

8 Ley núm. 75-17 del 17 de enero de 1975.

9 Consejo Constitucional francés, decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero del 1975, cons. núm. 8.

10 A pesar de no estar integrada textualmente en la Constitución, la DDHC, al igual que el preámbulo de la Constitución de 1946, integran el llamado "bloque de constitucionalidad" francés, lo que permite usar estos textos para pronunciar la inconstitucionalidad de una ley, aunque estos se encuentren fuera de la Constitución.

11 Consejo Constitucional francés, decisión núm. 2001-446 DC del 27 Juin 2001, cons. núm. 5 y Consejo Constitucional núm. 2015-727 DC del 21 de enero del 2016, cons. núm. 43.

12 El principio de dignidad de la persona humana fue deducido del preámbulo de la Constitución de 1946, mediante la decisión del Consejo Constitucional núm. 94/343/344 DC del 27 de julio de 1994. El preámbulo de la Constitución de 1946 forma parte del bloque de constitucionalidad francés.

13 Sydoryk, S., "Quelle révision constitutionnelle pour quelle liberté de recourir à l'IVG?", *AJDA*, 2024, núm. 15, p. 845.

mediante un *proyecto de ley constitucional relativo a la libertad de recurrir a la IVE*[14] se elige el artículo 34 para ser modificado. Este artículo prevé aquellas materias que son de la exclusiva competencia del legislador. Por ello, el objetivo de la revisión constitucional, más que inscribir el aborto en la Constitución era otorgarle al legislador una nueva competencia.[15]

Finalmente, en marzo de 2024 se promulgó la ley constitucional que inscribe en el artículo 34 de la Constitución que "La ley determina las condiciones bajo las cuales se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo".[16] La forma de la protección es una *libertad garantizada*.

Del mismo modo, en España, la protección constitucional del aborto se apoya también en la libertad, esta vez como valor superior del ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 1.1 de la Constitución española (CE).[17] En efecto, la decisión que otorga una protección constitucional a la IVE mediante el reconocimiento de un nuevo derecho de la mujer a la autodeterminación, que se encuentra integrado tanto en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la CE) como en el principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE), establece una exigencia al legislador de reconocer "un ámbito de libertad" en el que la mujer pueda decidir, de forma autónoma, si continuar o no con la gestación.[18]

Para algunos autores, con esta operación el Tribunal Constitucional español entiende el principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad como una norma de clausura del sis-

---

14 *Projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse* del 12 de diciembre de 2023.

15 Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, 12 de diciembre del 2023, *https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-constitutionnelle-relatif-a-la-liberte-de-recourir-a-l-interruption-volontaire-de-grossesse*

16 *La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse.*

17 Sentencia Tribunal Constitucional español núm. 44/2023 del 9 de mayo de 2023, fundamento jurídico núm. 3.

18 *Idem.*

tema de libertades y como un derecho fundamental general de libertad.[19] En consecuencia, tanto en Francia como en España la protección constitucional del aborto tiene sus bases en el principio de libertad que debe ser garantizado por el legislador.

III. En Francia del Consejo Constitucional al constituyente y en España del legislador orgánico al Tribunal Constitucional

Si en Francia se pasó de una protección por el juez a una revisión de la Constitución, en España, la protección constitucional del aborto conoce una configuración distinta. En principio, reposa sobre una ley orgánica que no tiene rango constitucional[20] y que fue objeto de modificación.[21] Desde entonces, el "derecho a la interrupción del embarazo"[22] se encuentra inscrito en el artículo 24 de la ley orgánica.[23]

No obstante, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre la constitucionalidad de la IVE mediante la decisión número 44/2023 del 9 de mayo de 2023 en ocasión de un recurso de inconstitucionalidad en contra de la ley orgánica número 2/2010, del 3 de marzo de 2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe destacar que el Tribunal se pronunció trece años después de haber sido apoderado y apenas unos meses luego de la modificación de la ley. Esa situación llevó al Tribunal a declarar extinguido el recurso por falta de objeto en un aspecto y a desestimarlo en otros aspectos.

---

19 Sieira Mucientes, S., "El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023", *Revista de las Cortes Generales*, 2023, núm.116, pp. 261-314.

20 Ley orgánica núm. 2/2010, del 3 de marzo de 2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

21 Por la ley orgánica núm. 1/2023 del 28 de febrero 2023 (ley de modificación).

22 Nótese que el preámbulo de la ley establece el derecho a la interrupción *voluntaria* del embarazo, mientras que los demás artículos (art. 18 bis y 24) al referirse a este derecho omiten su carácter "voluntario", limitándose a establecer "el derecho a la interrupción del embarazo".

23 Artículo 24 de la ley.

La decisión es importante porque el Tribunal identifica un nuevo derecho "el derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo"[24] otorgando un nivel mayor de protección constitucional. Sin embargo, la decisión fue objeto de varios votos particulares que cuestionaron la facultad del juez constitucional para identificar y crear nuevos derechos fundamentales.

Los magistrados que formularon los votos calificaron de "exceso de jurisdicción"[25] y de "desbordamiento de la función de control"[26] la creación *ex novo* del "derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo".[27] Para ellos, la identificación de un nuevo derecho desborda los márgenes del control de constitucionalidad ya que "no le corresponde al Tribunal Constitucional, por tanto, reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente".[28] Estimando que, para ello, debe primar una reforma de la Constitución. Según los votos particulares la creación de derechos fundamentales compete al constituyente y no al juez constitucional.[29]

De este modo, se plantea la cuestión de saber si tanto en Francia y en España el juez constitucional dispone de un activismo judicial o poder creador amplio para identificar nuevos derechos fundamentales o para agrandar el bloque de constitucionalidad.

---

24 Véase fundamento jurídico 3.A de la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 44/2023 del 9 de mayo de 2023.

25 Voto particular conjunto que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla y don César Tolosa Tribiño "Sobre el exceso de jurisdicción al calificar el aborto como derecho", punto número 4, pp. 83763 y ss.

26 Voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, página 83785 y ss.

27 Fundamento jurídico núm. 3, punto A), pp. 83733 y ss. de la decisión

28 Voto particular conjunto que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho..., *cit*., pp. 83763 y ss.

29 Voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera..., *cit*.

IV. Alcance del poder creador o del activismo del juez constitucional francés y español

4.1. El amplio poder de creación del Consejo Constitucional francés frente al criticable poder creador del juez español

El juez constitucional asume muchos roles, pero poco se habla, además de su función de censura, de su rol de creador. Mathilde Heitzmann-Patin hace una ilustración remarcable de la amplia libertad de la que dispone el Consejo Constitucional francés cuando hace uso de su poder creador al deducir lo que ella llama "normas de referencia de segundo grado".[30] Según la autora, cuando el Consejo Constitucional identifica un nuevo texto como parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, la DDHC o el preámbulo de la Constitución de 1946, a través de la interpretación, convierte a estos textos escritos en normas de referencia de primer grado. Cuando el Consejo, deduce de estos textos escritos otros principios de valor constitucional no escritos formalmente en aquellos textos, los convierte en normas de referencia de segundo grado. Sin embargo, no existe entre las normas de referencia de primer grado ni aquellas de segundo grado una jerarquía, el objetivo es ilustrar que, en algunos casos, existen normas escritas (la DDHC, el preámbulo de la Constitución de 1946, etc) y normas no escritas que fueron derivadas de las normas escritas, y que pueden justificar la inconstitucionalidad de la ley, razón por la cual la autora conviene en llamarlas normas de referencia de segundo grado.

Esto fue lo que sucedió en el caso del aborto con el principio de libertad de la mujer y con la dignidad humana,[31] ambas son normas de referencia de segundo grado deducidas del artículo 2 de la DDHC para el primero, y del preámbulo de la Constitución de 1946[32] para el segundo. Sin embargo, a la lectura del artículo 2 de la

30 Heitzmann-Patin, M., *op. cit.*, pp. 30 y ss.

31 Consejo Constitucional, núm. 2001-446 DC del 27 de junio de 2001, cons. 5.

32 El principio de dignidad de la persona humana fue deducido del preámbulo de la Constitución de 1946 por el Consejo Constitucional mediante la decisión núm. 94/343/344 DC del 27 de julio de 1994. El preámbulo de la Constitución de 1946 forma parte del bloque de constitucionalidad francés.

DDHC y del preámbulo de la Constitución de 1946, ni la expresión "libertad de la mujer" ni "dignidad de la persona humana" se encuentran escritas formalmente en ellos, siendo el fruto de la interpretación del Consejo Constitucional.[33] Esto deja ver la tendencia del juez constitucional francés de identificar una serie de principios constitucionales que parecerían no estar textualmente escritos dentro de las normas de referencia que integran el bloque de constitucionalidad,[34] lo que permite igualmente apreciar el amplio poder de creación del que dispone el Consejo Constitucional a la hora de interpretar las normas que componen el bloque de constitucionalidad.[35]

De igual manera, el caso de la constitucionalización del aborto no constituye el primero en el que se intenta inscribir en la constitución principios que ya habían sido identificados y garantizados por el Consejo Constitucional. Es posible que el constituyente de estos pasos movido por la ausencia de un vínculo textual directo entre los principios constitucionales deducidos y los textos desde donde son deducidos, o talvez por el deseo de grabar en la Constitución estos principios para blindarlos frente al carácter fluctuante de la jurisprudencia.

Tal cual ha quedado reflejado en el caso estadounidense de protección constitucional del aborto, los derechos, libertades o principios que son el fruto de la creación jurisprudencial del juez constitucional corren el peligro de debilitarse o de fortalecerse. Frente a ese riesgo la intervención del constituyente pudiese constituir una verdadera garantía, obligando al juez constitucional a proteger de manera permanente ese principio, derecho o libertad. Como podrá verse en las líneas que seguirán el presente trabajo, no siempre es fácil obligar al juez a proteger ciertos derechos, todo depende del diseño de la Constitución en cuestión.

En este caso, analizaremos la manera en que el Consejo Constitucional francés ha creado su propio bloque de constitucionalidad y su facultad para identificar nuevos derechos y libertades

---

33 Heitzmann-Patin, M., *op. cit*., p. 33 y ss.

34 Baranger, D., "Comprendre le 'bloc de constitutionnalité'", *Jus Politicum,* núm. 21, 2018, *https://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html*

35 Heitzmann-Patin, M., *op. cit.,* p. 33.

constitucionales, frente a la crítica que se le imputa al Tribunal Constitucional español cuando pretende hacer lo mismo que su homólogo francés.

4.2. La creación por Consejo Constitucional francés de su propio bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad[36] francés fue construido por el propio Consejo Constitucional a partir de 1971 con la identificación pretoriana de una serie de textos que usaría para justificar la inconstitucionalidad de una ley. Esta integración autónoma y progresiva de normas al bloque puede encontrar su origen tanto en la manera en que está redactada la Constitución[37] como en el diseño inicial del control de constitucionalidad francés. Así, para 1970, época en la que surgió la noción de bloque de constitucionalidad, la protección de los derechos humanos se encontraba en pleno auge, pero Francia no se encontraba a la vanguardia debido a que el control de constitucionalidad de las leyes no se efectuaba sobre la base de un catálogo de derechos fundamentales inscritos en la propia Constitución y Francia no había aún ratificado la Convención europea de protección de derechos humanos que había firmado en 1950.[38] Esta situación condujo al Consejo constitucional a componer su propio bloque de constitucionalidad a partir del preámbulo de la Constitución de 1958 y luego añadiendo las demás normas de referencia al bloque.[39]

La primera vez que el Consejo Constitucional francés expandió el bloque de constitucionalidad con la inclusión de otros textos más allá de la Constitución, fue en la decisión número 71-44 DC del 16 de julio de 1971 *Liberté d'association*, donde reconoce el valor jurídico del preámbulo de la Constitución de 1958 y del

[36] El bloque de constitucionalidad es conjunto de "normas de referencia" que el Consejo puede usar para efectuar el control de constitucionalidad, véase Denizeau-Lahaye, C., "La genèse du bloc de constitutionnalité", *Titre VII Les cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 8, 2022, pp. 11-19.

[37] Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2020, p. 315.

[38] Denizeau-Lahaye, C., *op. cit.*, pp. 11-19.

[39] *Idem*.

preámbulo de la Constitución de 1946, desde donde identifica el principio fundamental reconocido por las leyes de la República de la libertad de asociación.[40] Más adelante, en 1973, mediante la decisión número 73-51 DC del 27 de diciembre de 1973, el Consejo Constitucional incluye en el bloque de constitucionalidad la DDHC de 1789, integrando así una vasta lista de derechos.

Aunque la doctrina no se encuentra unificada sobre las normas que componen el bloque de constitucionalidad francés,[41] el Consejo Constitucional francés se mantiene prudente a la hora de ejercer su poder creador. Georges Vedel estima que no se considera un "dueño de las fuentes del derecho constitucional"[42] pues la mayoría de textos que han sido integradas al bloque se fundan sobre una referencia expresa a la Constitución.

4.3. La incontestable facultad de creación d e derechos y libertades constitucionales del Consejo Constitucional francés

El diseño del control de constitucionalidad francés permite que el Consejo Constitucional identifique nuevos derechos y libertades que la constitución garantiza cuando es apoderado *a posteriori* a través de una *Cuestión prioritaria de constitucionalidad*[43] (QPC por sus siglas en francés). Así, si el control es *a posteriori* mediante una QPC, el Consejo se pronuncia sobre una "violación a los derechos y libertades que la Constitución garantiza".[44]

---

40 Sin embargo, antes de esta decisión el Consejo Constitucional francés ya había hecho mención del preámbulo de la Constitución en uno de los vistos de la decisión número 70-39 DC del 19 de junio de 1970 : "vista la Constitución y sobre todo su preámbulo y sus artículos 53, 54 y 62".

41 Baranger, D., *La Constitution: sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 451.

42 Vedel, G., "El precedente judicial en el derecho público francés", en ocasión de la IV Jornadas jurídicas franco-alemanas, *Revista Internacional de Derecho Comparado*, número especial, vol. 6, 1984, p. 287. Citado por Favoreu, L., "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1990, núm. 5, p. 49.

43 Question prioritaire de constitutionnalité.

44 Artículo 61-1, Constitución francesa, *"qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit"*.

Es muy común que los justiciables en el marco de una QPC soliciten al Consejo Constitucional reconocer nuevos derechos y libertades que la Constitución garantiza para conseguir declarar la inconstitucionalidad de una norma. En algunos casos, el Consejo ha rehusado a reconocerlos a pesar de la solicitud hecha por los justiciables.[45] En otros, el Consejo ha otorgado valor constitucional a derechos que ya habían sido reconocidos antes por el legislador. Por ejemplo, el caso del derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos que fue reconocido por la ley 78-753 del 17 de julio de 1978 hasta que, 42 años más tarde, el Consejo Constitucional lo dedujo del artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,[46] dándole así valor constitucional y permitiendo que pueda ser invocado por los justiciables en un recurso *a posteriori* a través de una QPC. El resultado hoy en día es una vasta lista de derechos y libertades que la Constitución garantiza que han sido invocados y reconocidos con el tiempo por el Consejo Constitucional a través de la QPC.[47]

El constituyente se ha opuesto a decisiones del Consejo Constitucional reaccionando con reformas de la Constitución. Tal es

45 Ver ejemplo de decisiones del Consejo Constitucional que rechazan el reconocimiento de derechos constitucionales solicitados por los justiciables citados por Boré, L., "La catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit doit-elle désormais être considérée comme stabilisée ?", título VII, núm. 8, *Les catégories de normes constitutionnelles*, 2022, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-categorie-des-droits-et-libertes-que-la-constitution-garantit-doit-elle-desormais-etre-consideree*. V. decisión del Consejo Constitucional francés núm. 2011-199 QPC del 25 de noviembre de 2011, *M. Michel G*, cons. 4 y 5 para el rechazo a reconocer un principio fundamental reconocido por las leyes de la República que impone que una regla de prescripción sea prevista en materia disciplinaria; núm. 2015-478 QPC del 24 de julio de 2015, *Association French Data Network et autres* cons. 16, para el derecho al secreto de los intercambios de correspondencia entre abogados y el secreto de fuente de los periodistas "*un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes*".

46 Consejo Constitucional francés, decisión núm. 2020-834 QPC del 3 de abril del 2020, cons. núm. 8.

47 La base de datos "QPC 2020", del centro de investigaciones *Centre de recherches droits et perspectives du droit* (CRDP) de la Universidad de Lille ofrece un panorama global de los derechos y libertades que han sido invocados hasta el 2020, *https://crdp-qpc.fr/*

el caso del derecho de asilo que condujo la adopción de la ley constitucional 93-1256 de 25 de noviembre del 1993 que añadió una redefinición del mismo en el artículo 53-1 de la Constitución tras la interpretación hecha por el Consejo Constitucional mediante la decisión 93-325 DC del 13 de agosto de 1993.

Estos ejemplos son interesantes para comprender los casos en los cuales la voluntad del constituyente puede imponerse sobre la del Consejo Constitucional con miras a respetar la Constitución, pero también para garantizar una mayor protección frente al carácter fluctuante de la jurisprudencia. De esta interacción entre el constituyente y el Consejo Constitucional se deriva la famosa frase del decano Georges Vedel "El Consejo Constitucional tiene el derecho frente a los textos que le son deferidos, de utilizar la goma. Pero no el crayón".[48]

4.4. El ambiguo poder creador del juez constitucional español

La noción de bloque de constitucionalidad se exporta de Francia a España a inicios de los años ochenta.[49] Se estima que la primera vez que el juez constitucional español se refirió a ella fue en la decisión 10/1982.[50] Pese a esta exportación, la noción tiene una connotación muy distinta a la francesa pareciendo reposar más bien sobre normas que fijan la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que sobre derechos fundamentales amparados en textos fuera de la Constitución.[51]

---

48 Esta frase muy célebre en derecho público francés se le atribuye al decano Georges Vedel *Le Conseil constitutionnel a droit à l'égard des textes qui lui sont déférés, à utiliser la gomme. Mais pas le crayón.*

49 Favoreu, L., *op. cit*., específicamente p. 45.

50 Tribunal Constitucional español, sentencia núm. 10/1982, fundamento jurídico núm. 2, citada por Rubio Llorente, F., "El bloque de constitucionalidad", *Revista española de derecho constitucional*, septiembre-diciembre 1989, núm. 27, pp. 9-37.

51 Esto puede explicarse por el diseño de la Constitución española que sí responde a la idea de un catálogo de derechos fundamentales impidiendo que el juez constitucional busque fuera de la Constitución nuevos textos para integrarlos al bloque.

De hecho, el Tribunal Constitucional español nunca ha considerado como normas que integran el bloque las leyes de desarrollo o regulación de los derechos fundamentales.[52]

En España el "bloque de constitucionalidad" hace alusión a normas cuya función es la delimitación de competencias, de manera que es inútil encontrar en la expresión *Bloc de constitutionnalité* una ilustración similar a la francesa para el caso español.[53] Una parte de la doctrina española[54] estima que el artículo 28.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)[55] constituye la piedra angular del bloque de constitucionalidad. Este artículo añade al bloque, además de la Constitución, a aquellas leyes dictadas para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas. Así, componen el bloque de constitucionalidad español la Constitución, los Estatutos de las Comunidades Autónomas y las leyes de interferencia (art. 150 de la Constitución leyes atributivas o delimitadoras de competencias).

De este modo, en España, contrario a Francia, fue el legislador orgánico quien añadió normas al bloque, en este caso las que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales podrán usarse de parámetro para justificar la inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, no es exacto afirmar que, contrario a Francia, en España el juez constitucional no ha añadido por sí mismo normas al bloque. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional muestra que sí lo ha

52 Rubio Llorente, F., *op. cit.*, p. 11.

53 *Ibidem*, p. 19.

54 Álvarez Vélez, I. *et al.*, *Compendio de derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022, p. 51.

55 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, artículo 28. Uno. "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas".

hecho, aunque no con el mismo grado de libertad que el Consejo Constitucional francés, pero con algunas similitudes.[56]

Respecto al carácter impugnable de las normas que integran el bloque de constitucionalidad esto no está claro en España pues, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la necesidad de interpretar los estatutos de conformidad con la Constitución y no al revés[57] y como afirma Francisco Rubio Llorente las normas de rango subconstitucional podrían ser impugnadas por recurso directo sobre la base de la Constitución y de los estatutos.[58] Es posible afirmar que algo que debería caracterizar las normas que integran un bloque de constitucionalidad sería su carácter inimpugnable ante el juez constitucional. Pues, sería ilógico que el juez constitucional pudiera censurar o pronunciarse sobre aquellas normas que él mismo podría usar después para justificar una declaratoria de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta afirmación queda confusa porque si se afirma que existe una jerarquía en el seno de un bloque de constitucionalidad, sería entonces posible para el juez controlar la conformidad de unas normas en relación con otras que ocupan un rango más alto dentro del mismo bloque.

Lo que sí es seguro, es que el órgano con facultad oficial para añadir o retirar normas, reglas o principios al bloque de constitucionalidad es el propio constituyente. Este último cuando escribe la Constitución puede perfectamente decidir lo que el juez constitucional usaría para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Ese roce entre el constituyente y el juez constitucional pudo

---

56 Véase Tribunal Constitucional español, sentencia núm. 99/1987, fundamento jurídico núm. 1.a) : Aunque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos Parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, [...], la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras. ‘’

57 Tribunal Constitucional español, sentencia núm. 18/1982, ver el desarrollo que sobre el dilema de la impugnabilidad de las normas que componen el bloque hace Rubio Llorente, F., *op. cit*., pp. 25 y ss., nota núm. 49.

58 *Ibidem*, p. 32.

verse en Francia con la inscripción del aborto en la Constitución, esta vez con la inscripción de una libertad uneva para que el Consejo Constitucional garantice su protección por parte del legislador. Sin embargo, nada impide que el juez constitucional pueda decidir después lo que controla y lo que no, declarándose incompetente para controlar ciertas normas.[59]

De igual manera, no es siempre fácil acudir a una revisión de la Constitución para incluir nuevas normas al bloque de constitucionalidad. En Francia aparentemente el procedimiento es más fácil pues desde la adopción de la Constitución de 1958 un total de veinticinco reformas han tenido lugar, pero en España es más difícil, apenas tres revisiones han tenido lugar desde 1978. Esto se debe al diseño de la Constitución española que es un catálogo de derechos fundamentales mientras que la francesa no lo es. En consecuencia, el Consejo Constitucional francés puede ampliar su propio bloque de constitucionalidad e identificar nuevos derechos sin ser duramente criticado con miras a llenar la ausencia de ese catálogo de derechos dentro de la Constitución. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional español intenta hacer lo mismo es criticado pues ya cuenta con una Constitución-catálogo.

Referencias

Álvarez Vélez, I. *et al.*, *Compendio de derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022.

Baranger, D., *La Constitution: sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022.

Baranger, D., "Comprendre le 'bloc de constitutionnalité'", *Jus Politicum,* núm. 21, 2018.

Belaid, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974.

[59] Por ejemplo, en Francia cuando el Consejo Constitucional se declaró incompetente para controlar la conformidad de un tratado a una ley, en la decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero del 1975, *IVG*.

Denizeau-Lahaye, C., "La genèse du bloc de constitutionnalité", *Titre VII Les cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 8, 2022.

Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2020.

Favoreu, L., "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990.

Heitzmann-Patin, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020.

Manili, P. L., "El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *La Ley*, 2006.

Morello, A. M., *La Corte Suprema en acción*, Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1989.

Ponthoreau, M. C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et francaise, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994.

Sagüés, N. P., *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, IECEQ, 2016.

Sieira Mucientes, S., "El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, 2023.

Sydoryk, S., "Quelle révision constitutionnelle pour quelle liberté de recourir à l'IVG?", *AJDA*, núm. 15, 2024.

Vedel, G., "El precedente judicial en el derecho público francés", en ocasión de la IV Jornadas jurídicas franco-alemanas, *Revista Internacional de Derecho Comparado*, número especial, vol. 6, 1984.

Aproximaciones al concepto de justicia reproductiva en México

***

Approaches to reproductive justice in Mexico

*María del Pilar González Barreda**

Resumen: en este trabajo presentaré algunas reflexiones sobre el concepto de justicia reproductiva y su relación con la laicidad en México a partir de la línea argumentativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En estas páginas se reconoce que es prioritario colocar al centro la experiencia de cada individuo, reflexionar sobre qué lo justo requiere considerar el contexto específico de cada persona, situación indispensable para aquellas que se encuentran en mayores condiciones de vulnerabilidad, un postulado de los feminismos latinoamericanos que tienen un papel fundamental en la defensa de los derechos humanos en la región.

Abstract: in this paper I will present some reflections on the concept of reproductive justice and it´s relation with the secularism in Mexico based on the precedents of the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN). These pages recognize that it is a priority to place the experience of each individual at the center, justice requires to consider the specific context of each person, an essential

* Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho y Coordinadora de la Cátedra Extraordinaria Benito Juárez sobre laicidad en el IIJ-UNAM. Sus líneas de investigación se relacionan con feminismos y derecho; género, bioética, laicidad y derechos humanos; derechos sexuales; derechos reproductivos, aborto y objeción de conciencia.

reflection for those who find themselves in greater conditions of vulnerability, a postulate of Latin American feminisms that play a fundamental role in the defense of human rights in the region.

Palabras clave: justicia reproductiva, derechos humanos, feminismos, laicidad.

Keywords: reproductive justice, human rights, feminisms, secularism.

Sumario: I. Justicia, feminismos y derecho. II. El concepto de justicia reproductiva en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. III. Desafíos desde la justicia reproductiva. IV. Reflexiones finales. Referencias.

I. Justicia, feminismos y derecho

Los feminismos han contribuido a develar la subordinación histórica dentro de sociedades que han dotado de valía la experiencia de los varones. Se describe en forma plural a los feminismos, porque encasillar en un solo vocablo a movimientos y teorías heterogéneas en espacios temporales y geográficos, es insuficiente. Como teoría y práctica, los feminismos han sido cruciales para entender que no solo el género tiene un papel histórico en las violencias, sino que otros factores también construyen sistemas de opresión. Desde las reflexiones clásicas, los feminismos han contribuido a entender y visibilizar los mecanismos a través de los cuales se reproducen órdenes sociales jerárquicos, excluyentes, discriminatorios y violentos. Los feminismos comparten su intención de transformar[1], de nombrar las injusticias y de preguntar abiertamente por la vida de las mujeres. Así, desde los feminismos hay una deseada y elegida incomodidad al *status quo,* es decir, a todo aquello que se considera inmutable.

Un punto importante es el cuestionamiento sobre quién es el individuo sujeto de derechos, es decir, quién es ciudadano y qué

[1] *Cfr.* Castañeda Salgado, Martha Patricia, *Metodología de la investigación feminista*, Guatemala, Fundación Guatemala/CEIICH-UNAM, 2008, p. 87.

atributos debe tener para que lo sea. Las preguntas por la ausencia de las mujeres en la ley permiten reflexionar que las mujeres aparecieron solo en el escenario jurídico-político en función satelital, como esposa/hija/madre, nunca como sujetos con derechos y, por lo tanto, incapaces de apropiarse del uso de la palabra y de la toma de decisiones. En otras palabras, si el modelo de ciudadanía era totalmente masculino, las mujeres aparecen en la escena jurídica como seres tutelados o como parte del patrimonio de los hombres. A esta apreciación necesaria del feminismo liberal, se han sumado otras reflexiones ya que, si bien la categoría de ciudadanía es excluyente, los sistemas de opresión que nos atraviesan hacen indispensable considerar los contextos referenciales tan plurales como sucede en América Latina. Como refiere Alba Carosio "frente a la idea de un sujeto político-moderno universal, las feministas latinoamericanas van descolonizando identidades y produciendo reflexiones desde las mujeres como personas oprimidas e invisibles".[2]

Ante la inexistencia en la escena jurídica (o de su presencia solo como seres tutelados y sujetos a la potestad masculina), en el caso mexicano a inicios del siglo XX, mujeres como Hermila Galindo y Elvia Carrillo Puerto fueron pioneras en la exigencia por el reconocimiento de derechos civiles y políticos. En los primeros congresos feministas en México, se visibilizó el trabajo de las mujeres en el ámbito doméstico, así como las exigencias de ser reconocidas en la toma de decisiones en los espacios públicos. La visibilización del trabajo en la esfera privada, se unió a la lucha por su participación en la vida pública. En palabras de Graciela Hierro "el resorte profundo de la inferiorización femenina, se debe a que es ella la que procrea, y por ello se le ha confinado, de manera compulsiva, a la maternidad, al cuidado infantil y al trabajo doméstico".[3] Demandas que se encuentran vigentes en nuestros días, relacionadas por ejemplo, con las dobles o triples

[2] Carosio, Alba, "Perspectivas feministas para ampliar horizontes del pensamiento crítico latinoamericano", en Sagot Rodríguez, Montserrat (coord.), *Feminismos, pensamiento crítico y propuestas alternativas en América Latina,* Buenos Aires, CLACSO, 2017, p. 36.

[3] Hierro, Graciela, *La ética del placer*, 2a. ed., Coordinación de Humanidades/Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM, 2014.

jornadas laborales, la brecha salarial, el sistema de cuidados así como el acceso al aborto seguro.

Las movilizaciones sociales por los derechos de las mujeres fueron una constante durante el siglo xx,[4] si bien resulta arbitrario hablar de un movimiento homogéneo, fueron movilizaciones plurales relacionadas con el reconocimiento de derechos político-electorales, a jornadas laborales dignas, a ser propietarias, libres de la tutela masculina y por supuesto, a tener control sobre sus propios cuerpos.

Con reformas normativas que atraviesan amplias ramas del derecho (en materia constitucional, civil, familiar, penal, agraria o laboral), el estatus subordinado de las mujeres en México ha ido desvaneciéndose de la ley. Aunque en algún recoveco es posible encontrar algún vestigio de algún estereotipo o rol de género, y que de vez en cuando salen a la luz ideas de personas legisladoras desde las cuales se proponen iniciativas auspiciadas por una "melancolía del pasado", el modelo de principios constitucionales y convencionales, así como el paradigma de derechos humanos vigente en el país dotan de herramientas jurídicas para impugnar cualquier intento de retroceso.

Los feminismos contribuyen a pensar en la experiencia de las mujeres como punto de partida. Desde una perspectiva interseccional[5] se pueden identificar los retos y líneas de acción para el derecho, al considerar la diversidad de experiencias vitales de las mujeres. Retomar estas reflexiones desde una perspectiva feminista, implicaría pensar a la justicia como situada. Lo anterior resulta relevante en América Latina, en donde la diferencia procreadora señalada antes por Hierro, ha constituido un gran desafío para los Estados, especialmente cuando se considera que la toma de decisiones relacionadas con la reproducción para las mujeres, es atravesada por necesidades diversas relacionadas con

[4] Véase Cano, Gabriela, "Más de un siglo de feminismo en México", *Debate Feminista*, año VII, vol. 14, México, 1996.

[5] Véase Crenshaw, Kimberle, "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics", *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, Chicago 1989.

la clase, raza, edad, orientación sexual, religión, etc.; y, además, de toda una serie de mínimos vitales cuya garantía contribuye a maternidades libres, informadas, saludables; así como a la protección de aquellas mujeres que transgreden el mandato de maternidad.[6]

II. El concepto de justicia reproductiva en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En este apartado se retomará la noción de *justicia reproductiva* propuesta por la SCJN en 2021. Esta categoría no se reduce a un solo aspecto de la toma de decisiones de las personas relacionadas con su (no)reproducción,[7] por lo que a continuación se presentan una serie de puntos vinculados con esta noción desde argumentos sostenidos por tribunales del Poder Judicial de la Federación, incluida la SCJN.

1. El deslinde de la figura matrimonial de la procreación, al reconocerse la inconstitucionalidad de la procreación como fin del matrimonio.[8]
2. La inconstitucionalidad de reformas en las constituciones locales que protegen la vida desde la concepción, a partir

---

6 Véase González Barreda, María del Pilar, "La indisolubilidad jurídica del binomio sexualidad y reproducción para las mujeres mexicanas: crítica desde las teorías de género y feministas", Tesis para obtener el grado de doctora, IIJ-UNAM, 2020, *https://ru.dgb.unam.mx/handle/20.500.14330/TES01000804820*

7 Para la socióloga argentina Josefina Brown, es importante hacer énfasis en la partícula "(no)", desde la cual se hace énfasis en la faceta negativa de los derechos reproductivos (anticoncepción y aborto). Véase Brown, Josefina L., "Los derechos (no) reproductivos y sexuales en los bordes entre lo público y lo privado. Algunos nudos del debate en torno a la democratización de la sexualidad", *Sexualidad, salud y sociedad-Revista Latinoamericana*, núm. 2, Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, Río de Janeiro, 2009.

8 Tesis 1a. CCXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 6, t. I, mayo de 2014, p. 548, Matrimonio. El artículo 143, párrafo primero, del código civil para el estado de oaxaca, en la porción normativa que prescribe "perpetuar la especie", como una de las finalidades de esa institución, es contrario a los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.

del argumento de que la protección de la vida prenatal no puede estar por encima de la protección del derecho a decidir de la mujer o persona gestante.[9]

3. Los relacionados con el incumplimiento de los deberes de las instancias de salud en la atención durante el embarazo, parto y puerperio, y que se engloban en la noción de violencia obstétrica.[10]
4. Los pronunciamientos novedosos en materia de gestación subrogada, al analizar disposiciones locales que vulneran la libertad reproductiva.[11]
5. El derecho a la reproducción asistida de las parejas del mismo sexo.[12]

---

9 Tesis XVII.2o.P.A.1 CS (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, t. VII, marzo de 2024, p. 6562. Protección de la vida "desde el momento mismo de la concepción". El artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política del Estado De Chihuahua que la prevé, es inconstitucional; Tesis VI.1o.P.10 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 32, t. IV, diciembre de 2023, p. 3859. Aborto. El artículo 26, fracción iv, de la Constitución Política del Estado De Puebla, al proteger la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, no viola los derechos a la dignidad humana, a la igualdad jurídica y a la no discriminación, a la autonomía reproductiva, a la vida, a la autonomía personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección a la intimidad, ni el derecho a decidir de la mujer, previstos en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución general.

10 Tesis II.1o.A.15 A (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 26, t. VII, junio de 2023, p. 6989. Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo. Procede en favor de las mujeres o personas gestantes víctimas de violencia obstétrica, a fin de que accedan a la justicia en condiciones de igualdad en defensa de sus derechos fundamentales.

11 Tesis 1a./J. 86/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, t. V, junio de 2022, p. 4459. Gestación subrogada o por sustitución. La imposición de un rango de edad para ser madre contratante es discriminatoria y vulnera el derecho humano a la autodeterminación reproductiva. Tesis 1a./J. 75/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, t. V, junio de 2022, p. 4216. Derecho a la justa indemnización. Su finalidad consiste en que se deje sin daño a la persona que lo sufrió, por lo que es constitucional que si alguien lesiona el derecho a la libertad reproductiva de una persona, se le condene a que restituya la situación a la manera en la que se encontraba.

12 Tesis 1a. LXXXVII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, t. II, octubre de 2019, p. 1157. Derecho a la reproducción asistida. Lo tienen las parejas de matrimonios homosexuales.

6. El derecho a la información y al acceso a métodos anticonceptivos de la niñez.[13]

Si bien estos temas no agotan los tópicos relacionados con la justicia reproductiva, son una pincelada de las esferas que comprenden este concepto y que se pueden ver representadas en la categoría que construyó la Corte en el 2021, como se explicará a continuación.

En septiembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. En este asunto, los y las ministras estudiaron la constitucionalidad de la tipificación del aborto en el Código Penal del Estado de Coahuila. Si bien la Corte ya había hecho pronunciamientos importantes en la materia, esta fue la primera vez que la Corte, de forma unánime, puso al centro el bienestar y proyecto de vida de las mujeres y personas gestantes, así como los efectos de la tipificación del aborto. La Corte determinó que la criminalización del aborto es inconstitucional porque no contempla un plazo razonable para que las mujeres y personas gestantes puedan decidir continuar o no con un embarazo. La Corte señaló que este tipo de regulaciones penales refuerzan la idea de que las mujeres deben ser madres en contra de sus deseos.

En este precedente, la Corte sostuvo

> [...] los pilares que sostienen el derecho a decidir la vida reproductiva irradian elementos que, unidos, configuran la noción de justicia reproductiva, que comprende el derecho a la autodeterminación, vinculado al principio más amplio de autonomía corporal que es el derecho a la integridad física y psicológica. La decisión de ser madre o no, una vez que ha ocurrido el momento de la concepción y conforme a la intrínseca dignidad de la mujer y de las personas con capacidad de gestar, se debe presumir racional y deliberada, que

[13] Tesis 2a. CXXXVIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, t. I, enero de 2017, p. 790. Derechos de las niñas, niños y adolescentes. El artículo 50, fracciones vii y xi, de la ley general relativa, al reconocer el deber estatal de garantizar el acceso a métodos anticonceptivos y prestar asesoría y orientación sobre salud sexual, respeta el derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental de los menores de edad.

> considera a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad en términos de realización y responsabilidad individual.[14]

Esta noción se relaciona con un derecho que la Corte nombró por primera vez: *el derecho a decidir*. La Corte propone una argumentación desde la cual se defiende la autonomía de mujeres, niñas y adolescentes como sujetas capaces de tomar decisiones libres, informadas y seguras. La SCJN subrayó que esta sentencia tiene "como uno de sus ejes centrales la laicidad del Estado Mexicano, la cual tiene una marcada influencia en la construcción de este pilar del derecho a decidir y una vinculación directa con el derecho fundamental de conducir la vida conforme al plan de vida que se elija".[15] La incorporación de este eje en una sentencia de tal trascendencia, recuerda además el uso estratégico que se ha hecho de este principio constitucional por los movimientos de mujeres. Tal como señala Magdalena Valdivieso, a través de la reafirmación del carácter laico del Estado "se ha buscado impedir, o al menos dificultar, que las jerarquías eclesiásticas y las autoridades religiosas en general retrasen, con sus concepciones conservadoras y patriarcales, el debido tratamiento político y jurídico de situaciones en las que debe primar la libertad de conciencia".[16]

La protección al plan de la vida de las personas encuentra en el principio de laicidad a un aliado fundamental y derechos como la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, adquieren un papel relevante al proteger a las personas de injerencias de diversa índole, incluidas los provenientes de personal de salud, o de cualquier autoridad que, a través de discursos en clave secular, promueven el mantenimiento de un orden moral determinado. La separación entre iglesias-Estado es una condición *sine qua non* en la defensa del propio cuerpo y en la protección del plan de vida de todas las personas sin injerencias de ninguna naturaleza.

---

14 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, ponente: Luis María Aguilar Morales, 7 de septiembre de 2021, párr. 132.

15 *Ibidem*, párr. 76.

16 Valdivieso Ide, Magdalena, "Propuestas feministas en los procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas", en Sagot Rodríguez, Montserrat (coord.), *op. cit.,* pp. 57 y 58.

La Corte enfatizó que el derecho a decidir muta, se adapta, en la medida del caso específico y del despliegue de los derechos reproductivos o de su anulación[17] y nombra lo que llama, bordes internos y externos de este derecho.[18] Estas implicaciones esenciales que señala la Corte, se encuentran interrelacionadas, lo que significa que el derecho a decidir comprende al menos una serie de elementos mínimos relacionados con la protección integral de derechos humanos y que están relacionados intrínsecamente con la posibilidad de todas las personas de elegir un proyecto de vida y los deberes de los Estados para protegerlo.

Si el derecho a decidir muta y se transforma de acuerdo a cada caso concreto, es factible suponer que su compresión no es unívoca, ni contiene una fórmula cerrada aplicable de forma absoluta, como la misma Corte lo reconoce para las víctimas de violencia sexual.

La argumentación desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ayuda a entender por qué el aborto seguro es un servicio esencial de salud reproductiva, y derivado de ello, por qué la provisión de servicios de salud no depende de las causales reconocidas por los códigos penales para abortar y que se manifiestan a través de excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias. Al tratarse de un servicio de salud, la atención al aborto procura el máximo bienestar de las mujeres y las personas con capacidad de gestar. Se trata, como sostiene la Primera Sala de la SCJN, de una intervención terapéutica recomendada para preservar o restaurar la salud de la persona embarazada, incluida la consecución de un estado de bienestar físico, mental y social, en donde los derechos involucrados que se interrelacionan con el

[17] Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017..., *cit*., párr. 326.

[18] *Ibidem*, párrs. 156 y ss. 1. Educación sexual. 2. Acceso a anticonceptivos. 3. M y PCCG son titulares del derecho a decidir la continuación o interrupción del embarazo. 4.Derecho a tomar decisiones informadas. 5. Derecho a decidir comprende dos ámbitos de protección de igual relevancia: la protección estatal de aquellas que desean ser madres (obligaciones del estado antes, durante y después del parto), así como protección estatal para aquellas que no desean serlo. 6. Interrupción del embarazo: accesible, gratuita, confidencial, segura, expedita y no discriminatoria. 7. Periodo razonable para ejercer este derecho.

derecho a la salud implican que las mujeres acceden a servicios de salud que solo ellas necesitan, con respeto y garantía de sus decisiones respecto a la propia salud, proyecto de vida y entendimientos individuales de bienestar.[19]

Con los parámetros anteriores, el máximo tribunal del país abona en discusiones necesarias desde las cuales se pone al centro el bienestar integral de las mujeres, lejos de designios jurídicos, morales o religiosos; en donde la protección a su proyecto de vida rompe con mandatos y estereotipos con el apoyo de conceptos que resultan útiles para evidenciar la diversidad de vivencias de las personas y, principalmente, que resultan útiles para poner atención al contexto específico de aquellas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad.

En el precedente judicial más importante a la fecha en materia de justicia reproductiva, la Corte reconoció que la laicidad se presenta en los hechos como una garantía para los derechos de las mujeres y de las personas con capacidad de gestar, es un mecanismo de reivindicación de la razón sobre el dogma.[20] Laicidad y autonomía se fortalecen mutuamente al dejar a los individuos tomar decisiones sobre los aspectos fundamentales de su existencia.[21]

III. Desafíos desde la justicia reproductiva

La noción de justicia reproductiva requiere de ejercicios situados continuos. Es decir, se trata de una noción no clausurada, sujeta a su aplicación práctica. Como señala Penélope Deutschner "la suposición de que todos los derechos reproductivos de las mujeres conciernen, principalmente, el acceso a la anticoncepción y el aborto, pueden ocultar las diferentes prioridades de algunas, como el derecho a no ser esterilizadas por la fuerza o los dere-

19 *Cfr.* Primera Sala de la SCJN, Amparo en revisión 1388/2015, párr. 124.

20 *Cfr.* Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017..., *cit*., párr. 83.

21 *Idem*.

chos de crianza de las parejas lesbomaternales".[22] Esta reflexión es relevante porque la justicia reproductiva es una noción multívoca ya que los Estados tienen obligaciones variadas que están contenidas en esta noción: como la provisión de servicios de salud sexual, educación e información en sexualidad, la promoción de relaciones libres de violencia, la disponibilidad y accesibilidad a servicios de aborto seguro, la construcción de sistemas de cuidado con intervención de instituciones públicas, el acceso a métodos anticonceptivos, la protección de las maternidades deseadas y elegidas, el combate a la esterilización forzada, entre otros y variados temas.

Por otro lado, es importante considerar la relevancia de las movilizaciones sociales en reformas legislativas y el trabajo de las cortes constitucionales. América Latina es una región en la que las movilizaciones feministas son un elemento imprescindible y con características propias en la lucha contra múltiples tipos de violencias. De esta forma, dentro de la noción de justicia reproductiva, se inserta el trabajo fino de mujeres organizadas, como las activistas que crean estrategias de litigio para exigir derechos que no son garantizados a pesar de los pronunciamientos de la SCJN.

El abanico de demandas de la lucha por la justicia reproductiva es amplio, y aunque hay avances importantes, como el que se ha desarrollado en estas páginas, al reconocer a la justicia reproductiva en la sentencia emblemática de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, dichos avances no pueden leerse de manera aislada. En fechas recientes, esta clase de parámetros constitucionales, fueron motivo de retroceso en Estados Unidos, cuando en 2022 se eliminó el criterio histórico sobre interrupción del embarazo protegido por la sentencia mundialmente identificada en el Caso *Roe vs. Wade*. De manera similar, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo tambalea en Argentina, tras la llegada de un gobierno que amenaza con eliminar un derecho que se reconoció en 2020, y que desconoce la lucha histórica de la marea verde que ha recorrido América Latina y que se inició en el país argentino.

[22] Deutscher, Penélope, *Crítica de la razón reproductiva. Los futuros de Foucault*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2019.

La laicidad como principio jurídico, con su historia, límites y retos, permite repensar las potencialidades de su propio uso en la defensa del plan de vida de las personas y a estar alerta de las figuras que surgen en clave secular.

IV. Reflexiones finales

En estas páginas se ha presentado un breve panorama sobre la noción de justicia reproductiva en el Poder Judicial de la Federación, principalmente retomada en los trabajos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyas aportaciones permiten vislumbrar una serie de argumentos situados en distintas y variadas demandas que tienen como punto en común la defensa del proyecto de vida de las personas a través de la crítica a la imposición de roles, destinos inamovibles y rutas prefijadas.

El panorama que se presenta es una pequeña muestra de que esta noción involucra una interrelación de derechos ya reconocidos por México. En estos esfuerzos desde el poder judicial, tanto la academia como la sociedad civil han sido partícipes en la defensa del derecho a decidir. Estos esfuerzos responden a la exigencia por la construcción de mecanismos accesibles que protejan el acceso a servicios de salud reproductiva y a que, de la misma forma, se tomen medidas frente a obstáculos materiales o humanos que impidan la protección de derechos humanos.

Para la Corte mexicana la laicidad es un eje central que aparece como una base constitucional a partir de la cual los derechos humanos involucrados se despliegan, autonomía y laicidad dan fuerza y protección jurídica al plan de vida de las personas, y no menos importante, se reconocen las obligaciones de las autoridades en el ámbito de sus competencias para protegerlo.

La laicidad tiene una historia que ha acompañado a la República Mexicana por casi dos siglos, se trata de una condición necesaria para el despliegue de derechos, principalmente los relacionados con el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la no discriminación y la autonomía. Las feministas en México han evidenciado el papel de las jerarquías religiosas en la negación de la toma de decisiones para las mujeres. Por lo que

continúa siendo una herramienta jurídica para la sociedad civil organizada en la defensa de los derechos humanos de las personas que se sitúan en mayores condiciones de vulnerabilidad no solo frente a discursos religiosos, sino también frente aquellos construidos en clave secular.

Referencias

Brown, Josefina L., "Los derechos (no) reproductivos y sexuales en los bordes entre lo público y lo privado. Algunos nudos del debate en torno a la democratización de la sexualidad", *Sexualidad, salud y sociedad-Revista Latinoamericana*, núm. 2, Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, Río de Janeiro, 2009.

Cano, Gabriela, "Más de un siglo de feminismo en México", *Debate Feminista*, año VII, vol. 14, México, 1996.

Carosio, Alba, "Perspectivas feministas para ampliar horizontes del pensamiento crítico latinoamericano", en Sagot Rodríguez, Montserrat (coord.), *Feminismos, pensamiento crítico y propuestas alternativas en América Latina,* Buenos Aires, CLACSO, 2017.

Castañeda Salgado, Martha Patricia, *Metodología de la investigación feminista*, Guatemala, Fundación Guatemala/CEIICH-UNAM, 2008.

Crenshaw, Kimberle, "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics", *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, Chicago, 1989.

Deutscher, Penélope, *Crítica de la razón reproductiva. Los futuros de Foucault*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2019.

González Barreda, María del Pilar, "La indisolubilidad jurídica del binomio sexualidad y reproducción para las mujeres mexicanas: crítica desde las teorías de género y feministas", Tesis para obtener el grado de doctora, IIJ-UNAM, 2020.

Hierro, Graciela, *La ética del placer*, 2a. ed., Coordinación de Humanidades/Programa Universitario de Estudios de Género-UNAM, 2014.

Valdivieso Ide, Magdalena, "Propuestas feministas en los procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas", en Sagot Rodríguez, Montserrat (coord.), *Feminismos, pensamiento crítico y propuestas alternativas en América Latina,* Buenos Aires, CLACSO, 2017.

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, ponente: Luis María Aguilar Morales, 7 de septiembre de 2021.

Primera Sala de la SCJN, Amparo en revisión 1388/2015.

Tesis 1a. CCXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 6, t. I, mayo de 2014, p. 548.

Tesis XVII.2o.P.A.1 CS (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, t. VII, marzo de 2024, p. 6562.

Tesis VI.1o.P.10 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 32, t. IV, diciembre de 2023, p. 3859.

Tesis II.1o.A.15 A (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 26, t. VII, junio de 2023, p. 6989.

Tesis 1a./J. 86/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, t. V, junio de 2022, p. 4459.

Tesis 1a./J. 75/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, t. V, junio de 2022, p. 4216.

Tesis 1a. LXXXVII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, t. II, octubre de 2019, p. 1157.

Tesis 2a. CXXXVIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, t. I, enero de 2017, p. 790.

La autonomía de la voluntad núcleo esencial de los derechos sobre el cuerpo y la dignidad como límite infranqueable

María del Pilar Hernández[*]

"Quod homo liber non est
in comercio nostro...
quod homo liber non est
dominus mebrorum suorum"

Vasco de Quiroga[1]
"Mi cuerpo mis derechos"
Amnistía Internacional

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Una influencia determinante, los movimientos feministas. III. Autonomía de la voluntad como elemento irreductible. IV. La dignidad de la persona como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad. V. ¿Qué comprende el derecho sobre el propio cuerpo y qué otros derechos involucran?; VI. Las aporías que se presentan entre autonomía voluntad/dignidad de la persona en el derecho al propio cuerpo. VII. Corolario. Referencias.

* Investigadora titular C, definitiva, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México.

1 Dastin S.L., *La utopía en América*, Madrid, 2002, p. 133.

I. Consideraciones preliminares

Desde finales del siglo XX y en este XXI existe una clara preocupación académica en dilucidar si lo que se han dado en llamar "nuevos derechos" realmente lo son o sí, en su caso, cuentan con un origen o son "nuevas versiones de derechos clásicos o, se trata de otro tipo de pretensiones".[2]

Los "nuevos derechos" —nos referimos desde luego a los humanos fundamentales— son de diversa naturaleza y denominación, su ágil proliferación ha dado origen a acciones que van desde la introducción de la clasificación de derechos innominados, pasando por la Declaración universal de los derechos humanos emergentes (Barcelona, 2004), hasta llegar a una actividad pretoriana muy activa que ha derivado un cúmulo de derechos nuevos, de derechos clásicos o, en su caso, ha creado otros, en aras de los principios de expansividad y progresividad, activismo reconocible las cortes nacionales como supranacionales.

En el caso del derecho al propio cuerpo, diría yo, goza de una carta de reconocimiento de vieja data, y en su devenir comprende dos aspectos, primero, explicaciones de naturaleza diversa, así lo evidencia la historia de las ideas jurídicas, filosóficas y sociales,[3] y segundo, un vínculo indisoluble con conceptos tradiciona

---

2 Crego, Jorge y Pereira Sáez, Carolina, "Introducción", *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Granada, Editorial Comares, 2024, p. 1.

3 En el pensamiento clásico, filósofos como Aristóteles y Platón abordaron la relación entre el cuerpo y el alma, pero su enfoque estaba más orientado a lo colectivo y menos a la autonomía individual.
En el Derecho Romano, conceptos como la libertas (libertad personal) y la tutela del cuerpo contra daños físicos sentaron algunas bases, aunque el cuerpo era visto como propiedad del *pater familias* o del Estado en muchos contextos.
Durante la Edad Media, el cuerpo era considerado propiedad de Dios según la doctrina cristiana. Esto limitaba la autonomía individual sobre el cuerpo, pero también introdujo principios como la dignidad intrínseca de la persona. Las penas corporales y la falta de control sobre el cuerpo por parte de los siervos y esclavos reflejaban una concepción limitada de este derecho.
El pensamiento de John Locke y otros filósofos ilustrados fue crucial. Locke sostenía que los individuos tenían derechos naturales sobre su vida, libertad y propiedad, incluyendo su cuerpo. El Contrato Social de Rousseau

les del derecho privado como la autonomía personal, la dignidad humana y los derechos fundamentales.

La evolución del concepto en tanto categoría jurídica refleja los cambios en la forma en que las sociedades han comprendido la relación entre individuo/ corporeidad/poder y, desde luego, el respeto a la integridad física y moral.

En el desarrollo del concepto es atendible la elaboración judicial del derecho al propio cuerpo, como una construcción progresiva en las que se reconoce y protege, precisamente, la autonomía personal, la dignidad humana y los derechos fundamentales vinculados al control sobre el objeto materia del derecho que es el propio cuerpo. Este concepto no siempre aparece explícitamente en las constituciones, pero se desarrolla mediante la interpretación de derechos como la privacidad, la libertad y la igualdad.

Entender el derecho al propio cuerpo exige considerar que de cara a conceptos jurídicos fundamentales como la dignidad de la persona humana, autonomía de la voluntad, se encuentran una pluralidad de exigencias de ciertos grupos que han marcado como sus derroteros, el reconocimiento de tales demandas en términos de derechos, claro ejemplo lo son los movimientos abolicionistas y feministas que vincularon en sus reclamos el derecho al cuerpo como parte de la lucha contra la esclavitud, el matrimonio forzado y el control de la libertad reproductiva.

La consolidación misma del concepto de autonomía de la voluntad en los siglos XVIII y XIX en el ámbito del derecho civil reforzó una idea pergeñada en los siglos precedentes: las personas son dueñas de sí mismas.[4]

---

subrayó la autonomía individual como fundamento de la legitimidad política, aunque su aplicación al cuerpo era indirecta.
Revoluciones burguesas: Las revoluciones, americana (1776) y francesa (1789) pusieron en el centro la noción de los derechos individuales, lo que incluyó el respeto a la integridad personal y física. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) reconoció implícitamente la autonomía del individuo.

[4] El concepto de autonomía de la voluntad como fundamento jurídico surgió en el contexto del Iluminismo y alcanzó su desarrollo más claro en la filosofía jurídica y política del siglo XVIII, particularmente en Europa. Este concepto se consolidó con la transición hacia los sistemas jurídicos mo-

El siglo xx es particularmente el tiempo, diría Bobbio, de este derecho que se expande[5] y progresa[6] en diversas dimensiones, solo citaré algunas que han contribuido, precisamente, a la configuración del derecho al o sobre el propio cuerpo, tales como el consentimiento informado[7] —manifestación del derecho a la información— que adquiere plena vigencia en el Código de Núremberg (agosto de 1947); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) estableció derechos fundamentales como la vida, la libertad y la seguridad, reconociendo implícitamente el derecho al cuerpo.

dernos, vinculándose a la noción de libertad individual y a la idea de que las personas tienen la capacidad de decidir libremente sobre sus propios intereses dentro del marco del derecho. Es de obligada referencia el pensamiento de Immanuel Kant que, en su ética, estableció que la autonomía es la capacidad del ser humano de actuar conforme a leyes que se da a sí mismo, basadas en la razón, pensamiento que en lo jurídico se traduce en la idea de que las personas. Como seres racionales y libres pueden crear relaciones jurídicas basadas en su voluntad, siempre que respeten la libertad de los demás.

5 El principio de expansividad predica que los derechos humanos tienden a *ampliarse* en su contenido, interpretación y alcance, adaptándose a las nuevas realidades sociales, políticas y tecnológicas. Este principio implica: a) Ampliación del catálogo de derechos, tal como ha sucedido con el advenimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (por sus siglas DESCA), derecho a la salud, a la educación, derechos de grupos vulnerables (indígenas, mujeres y personas con discapacidad y, más recientes, los derechos digitales (acceso a internet, derecho a la identidad digital, por citar algunos).

6 El principio de progresividad establece que los derechos humanos deben evolucionar y mejorar de forma continua, sin retrocesos arbitrarios. Está consagrado en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 2.1), que obliga a los Estados a avanzar en la realización efectiva de los derechos con los recursos disponibles.

7 Sobre el origen y evolución de este derecho ver por todos: Faden R. y Beauchamp T.L., A *history and theory of informed consent*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, p. 155; Ceccheto, Sergio, "Antecedentes históricos del consentimiento del paciente informado en Argentina", *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Lega l*, vol. 5, núm. 2, San José, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, 2000, pp. 77-87.

II. Una influencia determinante, los movimientos feministas

Los movimientos feministas y de derechos civiles destacaron la relación entre el cuerpo y la libertad, luchando por derechos como el aborto, la igualdad sexual y el fin de la discriminación racial y de género.

La icónica expresión "mi cuerpo, mis derechos" —*My body, my rights*, en Francia *Mon corps m'appartient*— surge en el contexto, precisamente, de las luchas y reivindicaciones feministas de los años 60 y 70 por los derechos humanos y a la sazón de la publicación del libro *Our Bodies, Ourselves* (Boston *Women's Health Book Collective*, 1970) que promovía la autonomía de las mujeres sobre sus propios cuerpos y, debo remarcar, especialmente en relación con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el contenido de la expresión, sin duda, sinónimo de autonomía corporal.

El derecho al cuerpo —derecho sobre el propio cuerpo o a la autonomía corporal— como sucede con la emergencia de los "nuevos derechos", se ha ampliado para incluir debates que comprenden decisiones los derechos de las personas LGBTQ, en particular para defender la autonomía de las personas trans e intersexuales[8] en relación con su identidad de género y decisiones médicas; y más aún, hoy tal derecho se hace valer en relación con condiciones humanas diversas que van desde la cesación de la vida —muerte digna—, los trasplantes de órganos, los derechos digitales, el control de datos biométricos y genéticos, pasando por decisiones reproductivas como la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad por subroga-

[8] Hernández, María del Pilar, "Un estudio de transdisciplinariedad: los trastornos de la diferenciación sexual", *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, IIJ-UNAM, 2015, t. V, vol. 2, pp. 1-18, Hernández, María del Pilar, "Trastornos de la diferenciación sexual y la deficiente tutela de derechos", *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, 2015, pp. 443-460; Hernández, María del Pilar, "De los intersexuales y el derecho a los derechos de los intersexuales", *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM, 2018, pp. 321-342.

ción, los trasplantes de órganos, hasta las modificaciones corporales transitorias (los tatuajes bajo la expresión *body art)* o permanentes (*branding o piercing*).

En muchas jurisdicciones, se reconoce explícitamente el derecho a la integridad corporal y la prohibición de prácticas que atenten contra este principio lo cual es por demás indicativo que los Estados deben velar, ante todo, porque el ejercicio de autonomía no devenga libérrimo que atente contra la dignidad de la persona contra sí misma o de forma heterónoma tales como la tortura, los tratamientos médicos forzados y la mutilación genital.[9]

Hoy en día, el derecho al propio cuerpo se interpreta como un componente esencial de los derechos humanos y se encuentra en el centro de debates éticos, legales y políticos. Su reconocimiento varía entre culturas y sistemas jurídicos, pero la tendencia global es hacia una mayor protección de la autonomía y dignidad corporal.

Una última consideración, no escapa a la suscrita el hecho que el tema del derecho a propio cuerpo mantiene una estrecha vinculación, de origen, con el tema de los derechos de la personalidad, sin embargo, mi enfoque es de derechos humanos.

III. Autonomía de la voluntad como elemento irreductible

Para los efectos de mi participación, entiendo por autonomía de la voluntad la capacidad de la persona humana para tomar decisiones libres y responsables sobre su propia vida y sus bienes, incluyendo, de manera crucial, su propio cuerpo.

[9] Ver entre otros: Alemania (a. 2°), España (a. 15), México (aa. 1° protege la dignidad humana y 4° derecho a la salud y a la libertad reproductiva), Francia (a. 669 del Código Penal); Sudáfrica merece una especial referencia en el a. 12.2 de su Constitución revisada en 2012, dispone "Toda persona tiene derecho a su integridad física y psicológica, que incluye el derecho: a) a tomar decisiones acerca de la reproducción*; b) a tener seguridad y control sobre su propio cuerpo;* Y c) a no estar sujeto a experimento médico o científico sin su informado consentimiento.

En el contexto del derecho sobre el cuerpo, la autonomía de la voluntad se erige en el contenido esencial, que para parte de la doctrina la cuestión es si se puede considerar con el carácter de "núcleo irreductible" del derecho sobre el cuerpo —Ronald Dworkin,[10] Luigi Ferrajoli,[11] Robert Alexi[12]—, entre otros, mientras que, para algunos, la autonomía de la voluntad admite una serie de límites, el más determinante: la dignidad de la persona.

La autonomía de la voluntad determina, inopinadamente, las decisiones personales entre las que se encuentra la disposición de nuestro propio cuerpo —órganos, células, tejidos, por citar—, el verbo disponer como proyección de la voluntad implica, *in extenso*, la donación, la mutilación, la venta y otros actos de modificación a título gratuito u oneroso.

Y aún más, incluyen decisiones de inicio de la vida como disposición de material reproductivo y las eventuales técnicas y procedimientos que le acompañan: óvulos, esperma, fertilidad *in vitro*, subrogada, ectogenesis; o en su caso de final de la vida como puede ser la eutanasia y la muerte digna, así como otras decisiones que implican a la salud en sentido amplio, particularmente en lo que se refiere a los tratamientos de resignación para congruencia sexo-género o, en su caso, cirugías que afectan los caracteres secundarios o, incluso la ingesta de hormona de remplazo.

El derecho sobre el propio cuerpo exige, por sus naturales implicaciones, que el ejercicio de la autonomía se concrete bajo la condición que hayan surtido el conocimiento y consentimientos previos, libres e informados que, en tratándose de procedimientos médicos avara el derecho, tanto de rechazar tratamientos, como de aceptarlos con sus consecuencias.

En la línea de pensamiento que apoya la autonomía de la libertad y por tanto la libre disposición del propio cuerpo en-

[10] Dworkin, Ronald, El *dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

[11] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

[12] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEC, 1993.

contramos los postulados de John Stuart Mill, quien desarrolla la idea de autonomía de la voluntad principalmente en su obra *Sobre la libertad13* (*On Liberty*, 1859) y en que argumenta que la libertad individual es un principio fundamental y el único límite legítimo a la autonomía de la voluntad es el principio del daño (*harm principle*). Mill sostiene que cada individuo tiene plena soberanía sobre su cuerpo y su mente, siempre que sus acciones no perjudiquen a los demás. Es decir: "La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta, sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano".[14]

Con esto, Mill defiende la autodeterminación y rechaza cualquier interferencia estatal o social en la vida de un individuo si sus acciones solo lo afectan a él mismo.[15]

Dworkin[16] y Fuller, argumentan que la autonomía de la voluntad es el núcleo irreductible del derecho sobre el cuerpo porque es lo que otorga sentido y legitimidad a las decisiones que las personas toman sobre su propio cuerpo. Sin autonomía, los derechos sobre el cuerpo se vuelven vacíos, ya que no habría una voluntad individual capaz de ejercer esos derechos.

Aquí debemos preguntarnos: ¿existen limitaciones a la autonomía de la voluntad? O, en su caso, esa autonomía es tan irreductible que las personas podemos decidir ilimitadamente, sin considerar las consecuencias eventualmente lesivas a nosotros mismos, a terceros o, incluso, ¿públicos?

---

13 La consulta se realizó en la versión en español: *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 55-71.

14 *Ibidem*, p. 66.

15 Un texto paradigmático en el que Mill defiende, también, la autonomía de la voluntad es *El sometimiento de las mujeres*, escrito en 1869: defiende la autonomía de las mujeres sobre su cuerpo y su vida, se consultó la versión publicada por Alianza Editorial en 2020.

16 Dworkin, Ronald, *op. cit*.

¿Hasta dónde llegaremos en esta exaltación de los derechos? Planteamientos como el transhumanismo[17] y posthumanismo[18] son una realidad.

Al decir de Carlos Massini: "[...] la mera autonomía, la capacidad de elegir, despojada de todo sentido referencial a algún bien humano, tiene un valor normativo completamente neutro: puede ser usada para el bien o para el mal más horrendo, para el heroísmo moral o para la degradación más radical".[19]

El derecho sobre el cuerpo no solo se sustenta en la autonomía, sino también en otros principios como la dignidad humana, la no discriminación, y la integridad física y mental. Estos principios complementan y, en algunos casos, limitan la autonomía de la voluntad, asegurando que las decisiones individuales no vulneren derechos fundamentales.

---

17 El *transhumanismo* busca el mejoramiento y la transformación del cuerpo mediante tecnología avanzada, como inteligencia artificial, nanotecnología y biomedicina, su vínculo con el derecho al propio cuerpo radica en que ambos, reclaman la autonomía corporal para su modificación voluntaria incluso más allá de la biología natural; en el caso del transhumanismo con la finalidad de mejorar tecnológicamente a las personas, mediante prótesis avanzadas, aumento cognitivo, edición genética, la criogenización, la prolongación de la vida y la integración con máquinas.

18 El *posthumanismo* focaliza dos aspectos, a saber: mejorar el cuerpo y cuestionar la idea misma de lo humano y su relación con otras entidades tales como los animales, la inteligencia artificial o la naturaleza. Su vínculo con el derecho al propio cuerpo se determina en relación con el desafío del "cuerpo natural" y por tanto el ejercicio de la autonomía de la voluntad, argumentando que la identidad corporal es una construcción social y tecnológica que permite la diversidad, incluye los cuerpos *cybor*, híbridos y transespecies. Ver, entre otros: Fusco, Virginia y Broncano Fernando, "Transhumanismo y psthumanismo", *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política,* núm. 63, Madrid, Instituto de Filosofía/CSIC, julio-diciembre 2020, pp. 283-288; Andruet, Armando S., "El devenir de la modernidad y sus 'nuevas cosas' – humanos, transhumanos y posthumanos", *Revista de Direito Brasileira Florianópolis,* núm. 13, Brasil, Faculdade Meridional-IMED, 2023, pp. 241-260.

19 Massini-Correas, Carlos I., *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*, México, UNAM, 2020, p. 221.

IV. La dignidad de la persona como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad

El argumento más contundente respecto de la intangibilidad de la dignidad humana proviene, esencialmente, de la filosofía y en tanto límite a la autonomía de la voluntad, se basa en la idea de que la dignidad es un valor inherente e indisponible, por lo que la autonomía individual no puede ser absoluta cuando atenta contra ella.

El mejor exponente de la indicada posición es Kant para quien: "La autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma [...]. El principio de autonomía es por lo tanto este: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal".[20]

Lo anterior nos lleva a la determinación necesaria, como lo apunta Javier Saldaña Serrano a la consideración, precisamente, de la prueba de universalidad, entendida en Kant como "[...] que la misma razón práctica del sujeto obligado debería ser universal para todas las personas que se encuentren en una situación moral análoga".[21] Vale precisar que, dicho en mis palabras, los argumentos de Kant configuran la categoría de indisponibilidad de la persona que, *in sustancia*, es un fin en sí misma y no un medio, *pace* Kant "La autonomía, es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional".[22]

Ferrajoli sostiene que la dignidad de la persona es el principio supremo que justifica la existencia de derechos universales. Para él, la dignidad no es solo un valor ético, sino una categoría jurídica que otorga a cada individuo una posición de titularidad de derechos inviolables, como la vida, la libertad, la igualdad y

[20] Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, San Juan, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p. 53.

[21] Saldaña Serrano, Javier, "Estudio preliminar", en Massini-Correas, Carlos I., *op. cit*.; Köhl, Harald, *Kants Gesinnungsethik. Berlin,* Berlin und New York, 1990, citado por González Vallejo, Manuel, "El concepto de leyes prácticas en la ética kantiana", *Revista de Filosofía,* vol. 66, Santiago-Chile, Universidad de Chile, 2010, pp. 107-126.

[22] Kant, Immanuel, *op. cit*., p. 49.

la participación política, afirma que la dignidad impide que una persona se auto degrade incluso por decisión propia.

Sin el afán de relativizar mi convicción en torno a la dignidad como límite a la autonomía de la voluntad, cito a Robert Alexy, al menos en lo que hace a su reconocimiento de la dignidad como categoría moral, que no positiva.

Para Robert Alexy la dignidad es un principio que prevalece sobre la autonomía cuando hay conflicto, y debo matizar esta afirmación, Alexy plantea que en el plano teórico se presentan dos posiciones en torno a la dignidad de la persona: la protección absoluta que en tanto regla, es precedente a cualesquier afectación y, por tanto, no admite su ponderación; y la protección relativa que en tanto principio, por obvio, si admite la mensurabilidad razonada y, por tanto, la derrotabilidad del carácter absoluto de la dignidad cuando, en el plano práctico, así lo decide un juez.

Esta posición marca con nitidez la diferencia entre los argumentos filosóficos y los propiamente constitucionales, en torno al concepto que venimos tratando

Para Alexy, la dignidad no puede sacrificarse en aras de la eficiencia o el bienestar colectivo, ya que representa el valor intrínseco e igual de cada ser humano.

La autonomía de la voluntad es fundamental en el derecho, pero no es ilimitada. La dignidad humana opera como un límite infranqueable en casos donde una persona intente degradarse de manera incompatible con la humanidad; dicho en otras palabras, la dignidad determina categóricamente la indisponibilidad de la persona como fin o instrumento en sí mismos.

V. ¿Qué comprende el derecho sobre el propio cuerpo y qué otros derechos involucran?

Como hemos apuntado, el derecho sobre el propio cuerpo abarca una serie de derechos fundamentales relacionados con la autonomía personal, la libertad de decisión y el control sobre el cuerpo físico de cada individuo. Se vincula a varios derechos reconocidos en el derecho constitucional y los derechos humanos, a saber.

A la integridad física, que se erige en la protección contra agresiones corpóreas no consentidas, consecuencia de la violencia, la tortura, la mutilación o, en su caso, cualquier otro tipo de daño corporal, es importante señalar que con o sin consentimiento quedan proscritas dichos atentados que, para mí incuestionable, tienen como límite la dignidad de la persona, tal como lo evidencia la prohibición normativa en los órdenes jurídicos nacionales como en los instrumentos internacionales que prevén, como lo he indicado: la tortura, tratos crueles o degradantes, violencia física y sexual, mutilación genital *inter alia*.

A la salud y a la atención médica, que incluye el derecho a recibir o rechazar atención médica de acuerdo con la voluntad del individuo, bajo la exigencia del consentimiento informado. Este derecho se encuentra vinculado a la autodeterminación[23] en cuanto a los tratamientos médicos, el acceso a la salud reproductiva —implica la anticoncepción y la fertilización asistida— y las decisiones relacionadas con el final de la vida —que implica, incluso, el rechazo de terapias como en los casos de muerte digna, eutanasia o cuidados paliativos—. Es importante expresar la transversalidad del derecho sobre el propio cuerpo, lo anoto porque el derecho a la salud y a la atención médica se encuentra también estrechamente vinculado con lo que denomino derechos de final de la vida.

A la privacidad y a la intimidad son considerados como una proyección del derecho sobre el propio cuerpo, protege a las personas de la intromisión en sus decisiones y asuntos personales relacionados con su cuerpo, cuéntese entre otros temas de salud reproductiva, identidad de género y sexualidad.

La autodeterminación reproductiva de las mujeres —yo los denomino derechos de principio de la vida— para decidir si desean tener hijos, cuándo, cuántos y cómo tenerlos, así como el

[23] "El principio de autonomía de la voluntad implica que las personas pueden establecer y regular sus intereses con plena libertad. En este marco, aparece el derecho de autodeterminación que se concreta en la facultad de decidir, en todos los aspectos de la vida, lo que se estime más conveniente." Véase Ortíz Fernández, Manuel, "Autonomía de la voluntad y derecho de autodeterminación de los menores de edad en el ámbito sanitario; últimas tendencias en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16, febrero 2022, pp. 176-203.

acceso a los recursos y métodos anticonceptivos, no omito referir que es este rubro como en el derecho a la "salud" las posturas liberales consideran al aborto; los Estados han venido ampliando la garantía de acceso a servicios de planificación familiar, la legalización del aborto[24] en determinados supuestos, Francia ha sido el primer país en constitucionalizar en el año 2024 el derecho al aborto, o la protección de las personas contra la esterilización forzada. La autodeterminación reproductiva exige del Estado el establecimiento de programas de difusión en las escuelas y en los medios de comunicación de educación sexual integral, y el ejercicio responsable y salubre de la sexualidad. A mayor educación sexual el resultado impacta directamente proporcional a la toma de decisiones informadas y evita, incuestionablemente, los embarazos no deseados y, consecuentemente, los abortos.

Identidad de género, que implica el derecho de las personas a definir su identidad de género y a tomar decisiones sobre su cuerpo en función de su autoidentificación de género. Esto incluye la posibilidad de acceder a tratamientos médicos para la transición de género, como la terapia hormonal o cirugías de afirmación de género —personas transexuales e intersexuales— o, en su caso, debo decir se incluye la expresión de género.

VI. Las aporías que se presentan entre autonomía voluntad/dignidad de la persona en el derecho al propio cuerpo

Tales contradicciones surgen de las tensiones entre principios fundamentales del derecho y la ética que, a menudo, se enfrentan en contextos donde la autonomía individual se conflictúa con otros valores como la protección de la vida, la dignidad humana o el bien común, desde luego que no son de fácil solución y son motivo de debates profundos en filosofía jurídica, bioética y derechos humanos.

[24] Casi la mitad de los países en el mundo aceptan y sujetan la práctica del aborto a diversas condicionantes, ver mapa interactivo del *Center for Reproductive Rights*, *https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/*

Me permito el planteamiento de algunas, más allá que otras, como la libertad reproductiva y el aborto, han quedado expuestas en el cuerpo de esta participación.

Mientras que la autonomía de la voluntad enfatiza la capacidad del individuo para decidir libremente sobre su cuerpo, la noción de dignidad puede ser invocada para justificar límites a esas decisiones.

Eutanasia y suicidio asistido, la autonomía de la voluntad protege el derecho de la persona a decidir sobre su propia vida o muerte, particularmente en casos de sufrimiento extremo; la dignidad de la persona exalta el valor intrínseco de la vida, permitir la eutanasia puede implicar la inducción de personas vulnerables o, en su caso, a la mercantilización de la muerte, por lo tanto ¿el Estado debe permitir que las personas decidamos nuestra muerte por dignidad, o debe restringir tal permisión para proteger la dignidad de la vida misma?

Dignidad humana y autonomía de la voluntad en el uso de las tecnologías reproductivas; la fecundación in vitro, la gestación subrogada o la modificación genética, generan dilemas éticos sobre la autonomía de las personas para usar estas tecnologías en sus cuerpos, la razón es que estas decisiones implican cuestiones sobre la dignidad humana, la mercantilización del cuerpo o la integridad genética de los futuros seres humanos, lo cual nos lleva a plantearnos ¿hasta qué punto es legítimo utilizar el cuerpo humano en procesos como la gestación subrogada o la modificación genética? ¿cómo equilibrar la autonomía con la protección de la dignidad humana?

Finalmente, el problema entre el cambio de género/modificaciones corporales, mientras que la autonomía de la voluntad predica que cada persona tiene derecho a modificar su cuerpo según su identidad de género o preferencias personales; la dignidad como límite implica que algunas de dichas modificaciones pueden ser dañinas para la integridad personal u orgánicos funcionales que, incuestionablemente, colocan en situación de riesgo médico no justificados, lo que acarrea, además, daño a terceras personas o, en su caso al interés público; por tanto el planteamiento es: ¿El Estado debe intervenir en decisiones que afectan

la identidad y la corporalidad de una persona? ¿Es legítimo que el estado imponga restricciones a decisiones individuales sobre el cuerpo basadas en normas morales colectivas? ¿Hasta qué punto la autodeterminación corporal puede estar sujeta a las concepciones de moral pública?

La que se entabla entre autonomía individual y la protección de la vida, y que la denotaría en los siguientes términos: ¿Hasta qué punto puede el estado interferir en la decisión de una persona sobre su propio cuerpo si dicha decisión implica el fin de la vida? ¿La protección de la vida debe ser absoluta, o la autonomía debe prevalecer?

La tensión entre autonomía reproductiva y protección a la vida del nasciturus, que implica del lado de la mujer el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y su autonomía reproductiva de cara a la protección de la vida potencial del feto, lo que lleva a los debates sobre cuándo comienza la vida humana y hasta qué punto el Estado puede regular las decisiones reproductivas, la pregunta es ¿dónde debe establecerse el límite?

La contradicción entre derecho a la integridad corporal y consentimiento, en particular en situaciones de emergencia, o cuando una persona carece de capacidad para consentir —menores o personas con discapacidades—, se plantea el dilema de si el consentimiento informado puede ser obviado en favor de la protección de la salud o la vida de la persona, el planteamiento es: ¿Cuándo es legítimo intervenir sobre el cuerpo de una persona sin su consentimiento? ¿Cómo se protege a las personas incapaces sin violar su autonomía?

VII. Corolario

He identificado tres posturas en torno a la libre disposición del cuerpo, dos que se encuentran en los polos y que transita entre una autonomía absoluta y una visión restrictiva basada en valores comunitarios o religiosos, pasando por la tercera que evidencia una posición intermedia, apreciable en los propios ordenamientos jurídicos que regulan el ejercicio de estos derechos mediante límites basados en el interés público, la protección de terceros y criterios bioéticos.

El derecho sobre el propio cuerpo, aunque es ampliamente reconocido y protegido en muchos sistemas jurídicos, no es libérrimo en el sentido de ser ilimitado, como muchos otros derechos humanos, está sujeto a ciertas limitaciones que dependen de consideraciones jurídicas, éticas y sociales.

La relación entre la autonomía de la voluntad como núcleo esencial de los derechos sobre el propio cuerpo y la dignidad de la persona como límite infranqueable plantea un desafío fundamental en el derecho contemporáneo. Mientras la autonomía garantiza la capacidad de decidir libremente sobre la propia existencia, la dignidad es invocada para establecer restricciones que protejan valores considerados fundamentales para la sociedad.

Este equilibrio es particularmente evidente en debates como la eutanasia, la prostitución, la maternidad subrogada y la venta de órganos, donde la autodeterminación individual se enfrenta a preocupaciones sobre cosificación, explotación y daño a la integridad humana. La tensión entre ambos principios no se resuelve de manera uniforme en los ordenamientos jurídicos, sino que depende de la interpretación que cada sociedad haga sobre la relación entre libertad y protección.

En última instancia, la autonomía de la voluntad debe ser preservada como el eje de los derechos personales, pero su ejercicio no puede ser absoluto. La dignidad humana actúa como un límite que impide la instrumentalización del individuo, asegurando que la libertad no se traduzca en mecanismos de opresión o mercantilización del cuerpo. El reto del derecho radica en armonizar ambos principios sin reducir la autonomía a una mera formalidad ni convertir la dignidad en una restricción paternalista.

Referencias

Alexy, Robert, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, CEC, 1993.*

Andruet, Armando S., "El devenir de la modernidad y sus 'nuevas cosas' – humanos, transhumanos y posthumanos", *Revista de Direito Brasileira Florianópolis,* núm. 13, Brasil, Faculdade Meridional-IMED, 2023.

Ceccheto, Sergio, "Antecedentes históricos del consentimiento del paciente informado en Argentina", *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Lega,* vol. 5/vol. 6, San José, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica.

Crego, Jorge y Pereira Sáez, Carolina, "Introducción", *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Granada, Editorial Comares, 2024.

Faden R, Beauchamp T.L., *A history and theory of informed consent*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.

García Cuadrado, Antonio M., "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona, persona y derecho", *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos,* núm. 67, julio-diciembre 2012.

González Vallejo, Manuel, "El concepto de leyes prácticas en la ética kantiana", *Revista de Filosofía,* vol. 66, Santiago-Chile, Universidad de Chile, 2010.

Hernández, María del Pilar, "De los intersexuales y el derecho a los derechos de los intersexuales", *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM, 2018.

Hernández, María del Pilar, "Trastornos de la diferenciación sexual y la deficiente tutela de derechos", *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, 2015.

Hernández, María del Pilar, "Un estudio de transdisciplinariedad: los trastornos de la diferenciación sexual", *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 2015, t. V, vol. 2.

Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, San Juan, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.

Köhl, Harald, *Kants Gesinnungsethik,* Berlin-Nueva York, 1990.

Massini-Correas, Carlos I., *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*, México, UNAM, 2020.

Ortíz Fernández, Manuel, *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 16, febrero 2022.

Quiroga, Vasco, *La utopía en América*, Madrid, Dastin S.L., 2002.

Saldaña Serrano, Javier, "Estudio preliminar", Massini-Correas, Carlos I., *Dignidad humana*, México, UNAM, 2020.

Stuart Mill, John, *El sometimiento de la mujer*, Madrid, Alianza Editorial, 2020.

Virginia y Broncano Fernando, "Transhumanismo y posthumanismo", *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política,* núm. 63, Madrid, Instituto de Filosofía/CSIC, julio-diciembre 2020.

Igualdad, género y justicia. ¿Cómo entender la brecha a 10 años de la tipificación del femicidio en Ecuador?

***

Equality, gender and justice: how to understand the gap 10 years after the criminalization of femicide in Ecuador?

*María José Luna Lara**

Resumen: Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, que tiene como principios transversales la igualdad, la protección a la vida, la integridad personal en todas sus formas, garantizando una vida libre de violencia.

Desde hace una década en el Código Integral Penal se tipifica al delito del femicidio. Esta ponencia pretende analizar desde un estudio cualitativo y descriptivo a la Constitución, instrumentos internacionales suscritos por Ecuador, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional el real acceso que tienen las mujeres a la justicia.

A pesar del avance normativo, la data oficial muestra que la administración de justicia es deficiente y muchos casos quedan impunes. Las dificultades para determinar la conducta antijurídica tienen graves repercusiones porque los victimarios no son condenados, y no se da una reparación integral a las víctimas directas y colaterales.

* Universidad de Los Hemisferios, Ecuador, mariajosel@uhemisferios.edu.ec, *https://orcid.org/0009-0004-6992-5113*

Abstract: Ecuador is a constitutional state of rights and justice, whose cross-cutting principles are equality, protection of life and personal integrity in all its forms, guaranteeing a life free of violence.

A decade ago, the Comprehensive Criminal Code defined femicide as a crime. This paper aims to analyze the Constitution, international instruments signed by Ecuador, as well as the jurisprudence of the Constitutional Court from a qualitative and descriptive perspective in order to measure women's access to justice.

Despite normative progress, official data shows that the administration of justice is deficient and many cases go unpunished. Difficulties in determining the anti-juridical conduct have serious repercussions because the perpetrators are not convicted, and direct and collateral victims do not receive comprehensive reparation.

Palabras clave: Constitución, femicidio, violencia de género, acceso a la justicia.

Keywords: Constitution, femicide, gender-based violence, access to justice.

Sumario: I. Introducción. II. Protección de los derechos de las mujeres en la Constitución y los instrumentos internacionales. III. Análisis de casos de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. IV. Limitaciones del acceso a la administración de justicia. V. Tipificación del femicidio en el derecho penal. VI. Hallazgos en los datos estadísticos sobre femicidio. VII. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

El XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional 2024 sobre: "El constitucionalismo para la democracia del siglo xxi", es el marco adecuado para el desarrollo de esta ponencia sobre: "Igualdad, género y justicia. ¿Cómo entender la brecha a 10 años de la tipificación del femicidio en Ecuador?"

En 2014 se expidió el Código Integral Penal que tipifica por primera vez el delito de femicidio, y que coincide con el aniver-

sario de los 100 años del sufragio de las mujeres, siendo el primer país de Latinoamérica.

Han transcurrido 10 años desde que entró en vigencia la norma y aunque fue un paso decisivo en la salvaguarda de los derechos de las mujeres, este trabajo pretende responder en qué medida la falta de acceso a la justicia contribuye a la perpetuación de la brecha existente entre las muertes violentas contra mujeres y las sentencias condenatorias de femicidio y de reparación a las víctimas.

Esta ponencia parte de un enfoque cualitativo y descriptivo de análisis a la Constitución y las obligaciones internacionales suscritas por el país. Se examina la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para conocer la interpretación de los principios y normas sobre el tema. A continuación, se reflexiona sobre el efectivo acceso a la justicia para las víctimas, contrastando la teoría con la práctica. En lo posterior se profundiza en el estudio del derecho penal; y en la última parte con las estadísticas de la data oficial acerca de la violencia de género se busca identificar posibles causas que obstaculizan la administración de justicia, y así comprender la magnitud de la problemática.

II. Protección de los derechos de las mujeres en la Constitución y los instrumentos internacionales

Al hacer referencia al principio de igualdad, trasversal en la Constitución, en el capítulo sobre la aplicación de los derechos, el artículo 11 dispone:

> [...] 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
>
> Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, [...] ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. [...].[1]

[1] Constitución de la República del Ecuador, *https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/PUBLICOCONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR*

La igualdad como principio rector debe conjugarse con las diferencias de los seres humanos, y las condiciones que les hace sujetos de mayor vulnerabilidad, y dentro de esta temática destacan las víctimas de violencia de género.

Kelsen sostenía que el derecho a la igualdad siendo esencial, no es absoluto, mientras que la justicia sí,[2] entendido como un principio inalienable e imprescriptible, pero para él un ideal irracional, cuando, por el contrario, el raciocinio es el medio para entender y acceder a la justicia.

La Carta Magna cumple con el principio Aristotélico: "Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa; y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales".[3]

Justicia e igualdad son dos conceptos relacionados y unidos que no pueden valorarse el uno sin el otro. Además, son valores relacionales, debido a que podemos afirmar la igualdad siempre respecto a otro; y son conceptos valorativos según Mijancos Gurruchaga.[4]

Por otro lado, Finnis puntualiza que la aplicación de este principio se da por tres elementos: "la alteridad u orientación hacia el otro, la presencia de un deber o exigencia deóntica y la igualdad o proporcionalidad del débito de justicia. Para el bien común es fundamental el bien de los individuos".[5]

Citando nuevamente a Aristóteles, se puede concluir que: "[...] luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo".[6]

---

2 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho,* 4a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 47.

3 Aristóteles, *Pol. 1280a,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, pp. 11-14.

4 Mijancos Gurruchaga, L., *Justicia e igualdad: dos conceptos relacionados, relacionales y valorativos,* 29 de septiembre de 2024, pp. 1 y 2, *https://www.unav.edu/documents/29020/12981524/Mijancos.pdf*

5 Finnis, J., *Natural law and natural rights (Ley Natural y derechos naturales),* trad de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, p .499.

6 Aristóteles, *Ética Nicomaquia,* trad. de J. P. Bonet, Madrid, Gredos, 1985, pp. 3 y 4.

2.1. Desarrollo de la normativa respecto a la igualdad

La legislación ecuatoriana vulneraba la igualdad al relegar a las mujeres como incapaces relativas, a cargo del padre de familia, y luego a la "protección" del marido. Esta condición de inferioridad restringió sus derechos al no ser consideradas como sujetos "productivos" en el mantenimiento del hogar, lo que constituía un óbice para administrar bienes y gozar de otros derechos civiles.

Esto sucedió hasta la Constitución de 1929, año en el que se reconoció expresamente a las mujeres su derecho a elegir y ser elegidas, como resultado de que el Consejo de Estado, aceptó que no existía impedimento legal para que las mujeres ejercieran su derecho al voto, como argumentó Matilde Hidalgo de Procel, médica lojana que fue la primera mujer en América Latina que sufragó en las elecciones del 10 de mayo de 1924. De esto hace exactamente 100 años, hecho histórico que marcó un antes y un después en busca de la igualdad jurídica de las mujeres, y que ha ido evolucionando progresivamente.

Como parte del desarrollo legal de los principios constitucionales el 10 de febrero de 2014, se expidió el Código Orgánico Integral Penal, que tipifica por primera vez el femicidio y lo define en el artículo 141 como: "Femicidio. - La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años".[7]

Este delito tiene agravantes, recogidas en el artículo 142:

> [...] 1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
>
> 2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

[7] Código Orgánico Integral Penal, *https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizadornorma/PENALCODIGO_ORGANICO_INTEGRAL_PENAL_COIPURL*

3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima.

4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.[8]

Que el femicidio constituya un delito es la consecuencia lógica de lo que dispone el artículo 66 de la Constitución que, en el Capítulo VI de los Derechos de libertad, señala que se deben reconocer y garantizar entre otros:

[...] 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida [...]

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, [...] idénticas medidas se tomarán contra la violencia, [...].

c) La prohibición de [...] tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.[9]

2.2. Bloque de constitucionalidad. Pacta sunt servanda

Ecuador se suscribió a la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, y por el artículo 26 está sometido al principio *pacta sunt servanda*, por el que los pactos deben ser cumplidos, y de buena fe. Por tanto, las obligaciones internacionales son normas *ius cogens*.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano está en consonancia con los instrumentos internacionales de los que forma parte, y respecto a las mujeres, predominan:

8 *Idem*.

9 Constitución de la República del Ecuador.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW): impone eliminar la discriminación contra mujeres y la igualdad de género en educación, participación política, etcétera.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará): precisa que la violencia contra la mujer es una violación extrema a los derechos humanos y da directrices para prevenir, sancionar y erradicar la violencia.

La Recomendación general 35 de la CEDAW obliga a eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres, con una protección real y efectiva a los derechos de las víctimas y garantizar el acceso a la justicia.

Protocolo facultativo de la CEDAW: diseñado para presentar denuncias de vulneración de derechos a mujeres no judicializados en sus países.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): señala que muchas vulneraciones se dan contra niñas y adolescentes.

Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS): Ecuador se obligó a buscar la igualdad de género eliminando la discriminación y todo tipo de violencia.

En definitiva, la normativa del Ecuador sobre la base de los principios de la Constitución y los instrumentos internacionales garantiza a las mujeres el derecho a la vida, a la integridad, la igualdad de género, la no discriminación y la erradicación de la violencia. En caso de producirse vulneraciones, es al derecho penal al que corresponde la tipificación del delito y la respectiva sanción.

No basta la norma para prevenir, hay que implementar políticas públicas para empoderar a las mujeres, crear una cultura de paz, y que no se invisibilicen las conductas antijurídicas que se dan en el seno de la propia familia.

III. Análisis de casos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como establece el artículo 429 de la norma suprema, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia; por tanto, es preciso hacer referencia a la jurisprudencia que emite.

En reiteradas ocasiones la Corte se ha pronunciado que, frente al femicidio, el Estado está obligado a prevenir con la implementación y retroalimentación de políticas públicas conducentes a crear una cultura de erradicación de la violencia.

Ante el cometimiento del delito es ineludible una célere y completa investigación, que identifique a los responsables, y que, en el caso de violencia de género, se dé un acompañamiento a las mujeres para no ser revictimizadas, lo que implica el uso de medios adecuados para un real acceso a la justicia.

Los resultados de la investigación han de permitir la captura del o los victimarios, quienes deben ser condenados en aplicación de la ley, que difícilmente es proporcional porque la conducta antijurídica provoca daños irreparables al núcleo de la sociedad, deja menores en la orfandad, y otras víctimas colaterales. Se produce una laceración social, que puede en algunos casos ser determinante para formar un círculo imparable de violencia, por el que las víctimas se convierten más tarde en victimarios. No es suficiente la pena, es necesario la reparación integral a todas las víctimas, en el caso de estudio, del femicidio.

3.1. Sentencia 525-14-EP/20

En esta sentencia de 8 de enero de 2020, en el párrafo 49, la Corte señala:

> Las mujeres requieren confiar en un sistema judicial libre de prejuicios y estereotipos, y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por supuestos sesgados. A juicio de esta Corte, la influencia de patrones socioculturales discriminatorios afecta adversamente [...] la judicialización de casos que involucren mujeres [...].

> El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha señalado que, "en todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes [...]".[10]

De conformidad con el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Principio de imparcialidad determina que: "[...] La actuación [...] de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos [...] jueces deberán resolver siempre [...] sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales [...], la ley y los elementos probatorios [...]".[11]

El artículo 8 del mismo Código, manda que los jueces solo están sometidos al ejercicio de la potestad jurisdiccional a las normas siendo sus decisiones ajenas a los demás órganos de la Función Judicial.

3.2. Sentencia 363-15-EP/21

En la sentencia de 2 de junio de 2021 se declara la violación al debido proceso en el derecho a presentar y contradecir pruebas; y por la falta de motivación de dicha sentencia por violencia de género seguido en contra de G.A.C.M.

En el párrafo 50 se determina que, en procesos de violencia contra la mujer y/o el núcleo familiar, el traslado de cargas procesales a las víctimas frena la prosecución de las causas, se las revictimiza; y, es un obstáculo para el acceso a la justicia, más aún si tienen más razones de vulnerabilidad como pobreza, embarazo, maternidad o lactancia, migrante, discapacidad, etcétera.[12]

---

[10] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 525-14-EP/20, 29 de septiembre de 2024, p. 8, *https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2N hcnBldGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgdXVpZDonMWViZWQyMDYtNmU zOC00ODVjLWEzZjMtNGIwMGU1Yzc2OGE3LnBkZid9*

[11] Código Orgánico de la Función Judicial, *https://app.lexis.com.ec/sistema/visualizador-norma/CIVIL CODIGO_ORGANICO_DE_LA_FUNCION_JUDICIAL*

[12] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 363-15-EP/21, 29 de septiembre de 2024, p. 13, *https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/*

En el 51 se señala que: "Las víctimas [...] gozarán de protección especial, **se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación"**.[13]

3.3. Sentencia 393-17-EP/23

En voto salvado la jueza Daniela Salazar sostiene que:

> Las mujeres somos víctimas de múltiples formas de violencia, de las cuales el femicidio es la forma más extrema. Todas las muertes violentas de mujeres, aunque en apariencia puedan haber sido causadas por otros motivos, deben investigarse y conducirse con perspectiva de género para determinar si el género fue el factor que motivó la muerte.[14]

Acota que la muerte violenta, no necesariamente es por su condición de mujer o por razones de género. Que los factores que hacen diferente el delito de femicidio con el homicidio común de una mujer, son patrones de subordinación, debilidad, etc. El femicida tiene arraigadas ideas misóginas de superioridad y discriminación que denotan el poder sobre la vida y cuerpo de las mujeres con el castigo que preserva elementos culturales de inferioridad y opresión.

En el párrafo 15 contrasta el femicidio de otras muertes de mujeres, al decir que: "Si todas las muertes de mujeres se asocian con el tipo penal de femicidio, esta forma extrema de violencia puede ser banalizada. [...] por la incidencia de las expresiones de autoridades [...] temor a sanciones [...], más que por la convic-

v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidhZmNlZTE1ZS1lMDdjLTRiMjEtYTI2OS05MDAwZWJhZDMzYmEucGRmJ30=

[13] *Idem*, énfasis en original.

[14] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 393-17-EP/23, 29 de septiembre de 2024, p. 20, *https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidlMzZlOWM2Yy1jZmM2LTQzYjAtYTRkNS00MWRiMGhZmI4YTAucGRmJ30=*

ción de que el condenado tuvo la real intención de matar [...] con fundamento en su condición de mujer [...]".[15]

3.4. Número de caso 2113-15-EP

Es una acción extraordinaria de protección presentada por J. K A. por la vulneración de la garantía al *non reformatio in peius*, al empeorarse su situación jurídica por una enmienda de errores de Derecho en la sentencia de instancia. El sustrato fáctico fue tentativa de homicidio y más tarde violencia de género, para garantizar el bien jurídico vida y no dejar impunes a los victimarios de la mujer.

Con voto concurrente, el juez Agustín Grijalva analiza datos estadísticos y establece con acierto, que: [...] el femicidio no siempre se juzga y sanciona bajo esta figura sino bajo homicidio culposo, preterintencional o en su forma de tentativa por el delito de lesiones [...].[16] En el párrafo 19, sostiene que: "Las cifras de femicidio distintas, y cambios en la calificación jurídica demuestran una serie de problemas que enfrentan las mujeres en el acceso a la justicia".[17]

En el párrafo 24 el juez alega que:

> [...] los delitos de violencia de género tienen características específicas y autónomas que deben ser considerados por todos los operadores de justicia. El enfoque de género permite contar con esta mirada diferenciada y tener presente que la indefensión de la víctima mujer y su especial situación frente al agresor le hace ponerse en una posición de inferioridad que aprovecha el agresor para cometer el ilícito penal.[18]

---

15 *Ibidem*, p. 21.

16 Corte Constitucional del Ecuador, Caso núm. 2113-15, 29 de septiembre de 2024, p. 16, *https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1ZjFkOTlkYS-1lYzcyLTRlM2UtOWE4MC1mOGQ2ZDZhOWUzMTUucGRmJ30=*

17 *Ibidem*, p. 15.

18 *Ibidem*, p. 16.

Las desigualdades de poder en las relaciones entre hombres y mujeres con rasgos de subordinación y discriminación adquieren un carácter estructural, con esquemas socioculturales, y la permisividad social endurecen la violencia.

IV. Limitaciones del acceso a la administración de justicia

Se puede definir el acceso a la justicia como: el acceso *de jure* y *de facto* a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos para erradicar la violencia con la debida diligencia por parte de los Estados como señala la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, bajo el título de Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia.[19]

La CIDH añade que las víctimas de ordinario no tienen acceso a recursos judiciales efectivos, lo que perpetúa a violación a los derechos humanos. Y en el sexto párrafo que: "Una respuesta judicial idónea resulta forzosa para contar con un recurso ante los hechos sufridos y que no queden impunes".[20]

La impunidad es una de las brechas de estos 10 años de tipificación del femicidio. Si bien existen sentencias condenatorias, hay un elevado número de casos sin resolución judicial, con retardos injustificados.

La Corte Constitucional señala que para que se cumpla el derecho de acceso a la justicia, este debe garantizar en tiempo razonable, a las víctimas y familiares medios preventivos o reparativos como medidas de protección y que los recursos sean céleres, sencillos y eficaces para salvaguardar la vulneración de derechos.[21] Es obligación del Estado garantizar investigaciones

[19] CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia, 2007, p. 6, *https://cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf*

[20] *Ibidem*, p. 15.

[21] Corte Constitucional del Ecuador, *Compendio 2 Estándares nacionales e internacionales de derechos humanos aplicados o generados por la Corte*

serias, oportunas, completas e imparciales, que permitan la recolección y valoración de las pruebas; a cargo de operadores de justicia capacitados en género, derechos de las mujeres y en atención a víctimas de discriminación y violencia.

La debida diligencia es otra de las carencias del sistema judicial y policial que imposibilitan una respuesta eficaz, como resultado de la exigua capacitación, y sensibilización frente a los derechos de las mujeres, y se las revictimiza.

En el Caso 2113-15-EP citado líneas arriba, el fiscal formuló los cargos. El Tribunal de primera instancia sentenció al victimario como autor de lesiones, y el fiscal no apeló, con las consecuencias jurídicas que esa omisión conlleva.

Otro obstáculo es el déficit de servidores en la Función Judicial, en todas las instancias; igual en Fiscalía, policía; medicina forense, etc. El presupuesto es insuficiente para tener programas de prevención, casas de acogida; instituciones especializadas, y asesorías legales para denunciar y evitar más femicidios.

Por otro lado, hay desigualdades territoriales, las mujeres en el sector marginal y rural sufren mayores maltratos de todo orden. Las personas de escasos recursos carecen de posibilidades para acceder a la administración de justicia y a los servicios de protección, lo que agrava su vulnerabilidad.

Los problemas más serios son la politización de la administración de justicia y la corrupción del sistema judicial, a más de las amenazas que reciben jueces, fiscales y testigos sin que sea posible darles la seguridad que necesitan.

Constitucional del Ecuador, la Corte IDH y el Sistema Universal de Derechos Humanos en materia de VCMN y femicidio, con énfasis en mujeres migrantes y refugiadas, 2022, p. 32, *https://ecuador.unwomen.org/sites/default/files/2023-03/Compendio2%20Est%C3%A1ndares%20nacionales%20e%20internacionales%20de%20derechos%20humanos%20aplicados%20o%20generados%20por%20la%20Corte%20Constitucional%20del%20Ecuador%2C%20la%20Corte%20IDH%20y%20el%20Sistema%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos%20en%20materia%20de%20VCMN%20y%20femicidio%2C.pdf*

V. Tipificación del femicidio en el derecho penal

Los delitos hay que abordarlos desde las ciencias penales, del esquema finalista que consagra al delito como un acto típico, antijurídico y culpable. La tipicidad objetiva tiene seis elementos esenciales: el sujeto activo, el pasivo, el verbo rector, el bien jurídico protegido, el objeto material y los elementos normativos valorativos del tipo, susceptibles de encontrarse definidos en otros cuerpos normativos para ser valorados por el juez.

Por la redacción del artículo 141 del COIP sobre dar muerte a una mujer por el hecho de serlo o su condición de género, es complejo tener elementos de convicción para determinar la tipicidad objetiva. Los fiscales están supeditados a la mayor o menor idoneidad de la prueba, que no es tasada, sino sujeta a la sana crítica del juzgador.

Se debe además comprobar relaciones de poder, como antecedentes de violencia; dependencia económica; si la muerte fue frente a los hijos; si fue premeditado; si ingresó al domicilio sin forzar seguridades; y más agravantes.

En general, no se judicializan los casos por la falencia de elementos probatorios, y se reformulan cargos cambiando el tipo a homicidios, sicariatos o asesinatos, que son las cifras negras del femicidio. Así, por ejemplo, la causa de muerte, el arma y el lugar del crimen, se identifican con los homicidios intencionales.

El proceso inicia con la Indagación Previa a cargo del Fiscal que investiga con la Policía Judicial, para obtener elementos de convicción que sirvan a la formulación de la teoría del delito y del caso.

La formulación de cargos es la simbiosis de los elementos de convicción y las disposiciones legales respaldadas con la jurisprudencia que permiten establecer el delito y la individualización del autor o coautor, para pedir la sanción contra los acusados. Después el proceso pasa a conocimiento del Tribunal Penal, que debe resolver garantizando el derecho de apelación, que consta en la Constitución.[22]

[22] Constitución de la República del Ecuador, art. 76, núm. 7, literal m.

VI. Hallazgos en los datos estadísticos sobre femicidio

De la data obtenida en las fuentes oficiales de la Fiscalía General del Estado, se tiene que, a la fecha, en estos 10 años, hay 781 noticias del delito: 228 en investigación previa; 9 en instrucción fiscal; 35 en evaluación y preparatoria de juicio; 40 en juicio; 36 en apelación; 29 en casación, y 392 casos resueltos.

Según la resolución de los casos judicializados, 44 se archivaron en la investigación previa; en 29 se extinguió la acción penal; 12 se sobreseyeron; 287 tienen sentencia condenatoria; y 20 ratificatoria de inocencia. Por lo que, de 781 noticias del delito, hay sentencias en 307 casos, apenas el 39,3%; de las cuales el 93,4% fueron condenatorias. El total de víctimas en contextos delictivos son 2614 casos; es decir que, solo el 29,8% de las muertes fueron tipificadas como femicidio, las demás están entre homicidios, asesinatos, sicariatos, y por definir.

Los antecedentes penales sobre violencia basada en género (VBG) es un dato decisivo para la determinación del tipo penal. Se registra que 30 mujeres si denunciaron violencia con anterioridad, pero el gran universo de 628 no. La violencia no se denuncia por miedo a represalias contra la mujer o la prole, por permisivismo social, por desconocimiento de los procesos judiciales, y otros.

El Síndrome de Adaptación Paradójica explica que las víctimas desarrollan un vínculo afectivo con el maltratador, "llegando a asumir las excusas esgrimidas por el agresor tras cada episodio de violencia y aceptando sus arrepentimientos, retirando denuncias policiales".[23]

De 2014 al 2024 de 69 muertes subieron a 295, con un incremento de 599 en 2023, con un número de 295 en 2024 sin la actualización de la data en este año. El aumento se puede deber a que, la tipificación del delito lo ha visibilizado, y pasó de un "problema" familiar a una devastadora realidad social.

---

[23] Villanueva, S., "¿Por qué las mujeres permanecen en relaciones de violencia?", *Revista de la Facultad de Psicología y Humanidades,* vol. 20, núm. 1, 29 de septiembre de 2012, p. 54, *doi:https://doi.org/10.33539/avpsicol.2012.v20n1.1942*

El femicidio deja 619 hijos en orfandad, por la muerte de la madre y ausencia del padre por suicidio, prisión, o huída. De 661 victimarios identificados, 140 fallecieron.

Acerca de la relación entre la víctima y el victimario, 246 muertes fueron cometidas por el conviviente. La mayoría de hombres y mujeres son jóvenes, entre 15 y 44 años. La educación es primaria en un 57,49%. Se registra que tienen empleos mal remunerados, o carecen de ellos.

El Estado está en deuda de implementar el Sistema Integral de Protección a las mujeres víctimas de violencia de género, que manda la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.[24] Así como tratamientos médicos y psicológicos de forma gratuita e inmediata por el tiempo necesario.

VI. Conclusiones

La Constitución del Ecuador vigente, fue concebida como garantista de los derechos humanos, que se desprenden de la dignidad de la persona, como consta en la cláusula abierta de la Norma Suprema.[25] Esa protección se basa en el derecho a la vida, a la igualdad, la integridad, la no violencia; y que, en caso de vulneraciones, que se pueda acceder a la justicia célere y eficaz para sancionar a los victimarios y reparar integralmente a las víctimas, con la restitución, indemnización, satisfacción y no repetición.

La Constitución da unidad y validez al ordenamiento jurídico, por lo que las normas deben desarrollar los principios y valores que la fundamentan, entre las que se encuentra el Código

[24] "[...] el conjunto organizado y articulado de instituciones, normas, políticas [...] orientados a prevenir y a erradicar la violencia contra las mujeres, a través de la prevención, atención, protección y reparación integral de los derechos de las víctimas".

[25] Artículo. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas [...]."

Orgánico Integral Penal. Si bien la tipificación del femicidio es un avance, al comparar la data, y desde el estudio de las ciencias penales, se tiene que hay obstáculos para la administración de justicia, desde la investigación para determinar el delito, hasta la sentencia condenatoria, lo que produce impunidad.

De este trabajo se desprende que existe una brecha en la protección de los derechos de las mujeres, y que estos 10 años dejan cifras negras del femicidio que deben ser resueltas. Sin embargo, el real desafío es transformar la sociedad para erradicar la violencia de género que requiere una permanente educación hacia el respeto a las mujeres en todos los estratos y circunstancias para lograr cambios estructurales en la sociedad, y que se garantice una administración de justicia célere y eficaz para proteger los derechos de las mujeres.

Referencias

Aristóteles, *Ética Nicomaquia,* trad. de J. P. Bonet, Madrid, Gredos, 1985.

Aristóteles, *Pol. 1280a,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

CIDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia, 2007.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Código Orgánico Integral Penal.

Constitución de la República del Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador, Caso núm. 2113-15, 29 de septiembre de 2024.

Corte Constitucional del Ecuador, *Compendio 2 Estándares nacionales e internacionales de derechos humanos aplicados o generados por la Corte Constitucional del Ecuador, la Corte IDH y el Sistema Universal de Derechos Humanos en materia de VCMN y femicidio, con énfasis en mujeres migrantes y refugiadas*, 2022.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 363-15-EP/21, 29 de septiembre de 2024.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 393-17-EP/23, 29 de septiembre de 2024.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 525-14-EP/20, 29 de septiembre de 2024.

Finnis, J., *Natural law and natural rights (Ley Natural y derechos naturales),* trad de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho,* 4a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Mijancos Gurruchaga, L., *Justicia e igualdad: dos conceptos relacionados, relacionales y valorativos,* 29 de septiembre de 2024.

Villanueva, S., "¿Por qué las mujeres permanecen en relaciones de violencia?", *Revista de la Facultad de Psicología y Humanidades,* vol. 20, núm. 1, 29 de septiembre de 2012.

Legislación revelada, el verdadero contrato social y el Estado laico. Análisis histórico

***

Revealed legislation, the true social contract and the secular State. Historical analysis

*Carlos Ruz Saldívar**

Resumen: la libertad religiosa y los derechos conexos constituyen el más antiguo de los derechos fundamentales. Las religiones desde lo más profundo de la prehistoria crearon las primeras normas tanto religiosas como de convivencia y formaron el germen de la teoría del Estado. Las religiones inventaron la idea de la legislación revelada y la misma funcionó hasta el siglo xix en la que se empieza a derrumbar.

El presente ensayo analiza las primeras normas conocidas y el largo camino para que existiera el Estado laico, con un especial énfasis en la Nueva España y su heredero, México.

Abstract: the religion liberty and the rights connection of it are the most ancient fundamental rights. The religions from the deepest of prehistory made the first religious laws, the rules for humans, and the germen for the theory of the States. Religious liberty and its related rights are the most ancient of fundamental rights. Since prehistoric times, religions created the first norms, both religious and of coexistence and created

* Académico de la Universidad Veracruzana adscrito al Sistema de Enseñanza Abierta, miembro del SNII nivel 1, *https://orcid.org/0000-0002-0765-9313*

the building blocks for the theory of the State. Religions invented the idea of revealed legislation, and it worked without a hitch until the XIX century, when it started to crumble.

This essay analyzes the first know rules and the long route to archive the secular state, with special emphasis in New Spain and its heir, México.

Palabras clave: religión, legislación revelada, Constitución.

Keywords: religion, revealed legislation, Constitution.

Sumario: I. Introducción. II. El código de Hammurabi. III. La Torah judía. IV. La Edad Media y la Carta Magna inglesa. V. Las constituciones modernas, la de Cádiz de 1812 y las mexicanas de 1824 y 1857. VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Normalmente en las facultades de derecho, con una visión muy acotada, se enseña que los derechos fundamentales surgieron recientemente, en los últimos dos siglos, y que las Constituciones modernas son las que reconocen, respetan los derechos y constituyen el contrato social, tal afirmación como se pretende demostrar es falsa, ya que ignora milenios de desarrollo de las sociedades y no está apegada a las evidencias históricas, en el presente ensayo se postula la idea de que la convención social fue impuesta por el medio aglutinador más antiguo, la religión y el largo camino hacia una postura secular, que en el caso mexicano se ratifica en la Constitución de 1824, en la que ni siquiera la liberal de 1857 se atrevió a separarse de una premisa tan arraigada y que solo se consolida hasta 1917.

El derecho a la libertad religiosa y los derechos conexos, constituyen el más antiguo de los derechos fundamentales, las primeras religiones formaron sus cosmovisiones dando con ello respuestas a las preguntas universales de la existencia, la vida y la muerte, sirviendo de intérpretes de las fuerzas de la naturaleza, la alineación de astros, los cuerpos celestes, eclipses, el vuelo de

las aves, la interpretación de entrañas, los sueños y cualquier otro fenómeno, tomando un papel preponderante en la sociedad, por lo que brujos, médicos, chamanes, profetas y sacerdotes fueron los primeros legisladores, que celosos por preservar su verdad no admitían otras, sosteniendo que su mensaje era de la divinidad y que les había sido revelado. La legislación revelada, como se le conoce a dicho fenómeno, es la creación de normas de convivencia cuya autoría se atribuye a la divinidad a uno o las múltiples ya que los dioses de las distintas civilizaciones generalmente no fueron uno, la mayoría pasó al olvido, pero los historiadores aún podemos recordar a los más conocidos.

Fue esa legislación revelada el instrumento primario que da vida al contrato social, Rousseau tenía razón cuando señalaba que el más fuerte nunca lo es bastante para dominar siempre y que la fuerza muda en derecho y constituye poderes legítimos, a los que obedecemos y que siempre encontraremos una primera convención a lo que llamó pacto social y consideró que ese contrato era "la suprema dirección de la voluntad general",[1] el pensador de la ilustración se equivocó al considerar que esa suma de fuerzas de los individuos fue una unión libre y que era la voluntad general la que gobernaba.

Rousseau tenía razón parcialmente, las primeras sociedades sí fueron producto de un aglutinamiento en torno a una especie de pacto, con el cual un pueblo se ligaba en torno a una norma a la que le debían obediencia, empero, el análisis histórico que realizó no fue profundo y no tomó en cuenta que fueron las primeras religiones desde lo profundo de la prehistoria las que crearon la amalgama social, que la gente renunció a su libertad no por la voluntad general sino por la del ser supremo que ordenó obediencia y otorgó las leyes "justas", esos seres supremos o divinos fueron representados por aquellos que se ostentaban como sus portavoces y que fueron los que crearon la idea de la legislación revelada.

El imaginario colectivo de creencias en seres superiores es ancestral, y crea formas de obediencia que dan razones para el amor, la guerra y cualquier otra cosa que demanden el mundo de los dioses, la visión revelada de la religión fue el instrumento

[1] Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Sofia Publisher, 2022.

fundador del pacto social, no fue una decisión razonada de los miembros de la sociedad por el contrario, el grupo en el poder la formó y con ello garantizó su lugar privilegiado manteniendo el ejercicio de la fuerza con la interpretación de la voluntad divina para mantener el poder, como veremos más adelante.

II. El código de Hammurabi

Aún antes de que existieran legisladores ya había derecho, por eso se sostiene que la lucha por conseguirlos es sumamente antigua y se pierde en el curso de la historia, llegando hasta la prehistoria; pese a lo anterior, hay algunas referencias más o menos fidedignas que pueden ilustrar la lucha por la igualdad y la libertad y lo que en este caso queremos destacar, la idea de la legislación revelada. Al código de Hammurabi se le conoce como la primera evidencia documentada de derechos, en realidad no lo fue, pero los escritos normativos de la tierra de los faraones no se conservaron, la escritura en materiales degradables no se conserva, sobre todo que las ciudades se formaron en las cercanías del Nilo y la humedad con hongos y bacterias solo permitieron que sobreviviera la escrita en piedra, que solo servía para alabar las obras de los faraones o la que se conservó en pirámides y tumbas en un ambiente seco, pero que reflejaba el carácter mortuorio y no el normativo, por ello, el código de Hammurabi al escribirse en piedra, tiene el honor de ser la primera evidencia documentada de normas.

Como muchas de las obras antiguas, no puede precisarse las fechas exactas de la vida y reinado de Hammurabi, pero existe consenso de que ocurrió aproximadamente entre el 1792 hasta el 1750 a.e.c., en ese período surge el código que analizamos. Se trata de una compilación de leyes y edictos que constituye el código conocido más antiguo; una copia esculpida en un bloque de piedra negra de dos metros fue encontrada por arqueólogos franceses en Susa, durante el invierno de 1901–1902. El código presenta una guía de derechos que protege contra la injusticia y la negligencia a toda la sociedad: débiles y menesterosos, mujeres, niños o esclavos. En el presente trabajo no interesa destacar el catálogo de protección legal del código, sino a quién se le atribuye su autoría. El código inicia con un bajo relieve en el que el

rey aparece recibiendo el código del Dios *Shamash*, dios del sol y la justicia entregando las leyes a Hammurabi, el texto que sigue deja claro que esas son leyes de los dioses, no unas reglas arbitrarias creadas por mortales:

"[...] *entonces Anum y Enlil* me designaron a mí, Hammurabi, príncipe piadoso, temeroso de mi dios, para que proclamase en el País el orden justo, para destruir al malvado y al perverso, para evitar que el fuerte oprima al débil, para que, como hace Shamash Señor del Sol, me alce sobre los hombres, ilumine el País y asegure el bienestar de las gentes".[2]

El código presenta el origen divino del derecho, Hammurabi no es el creador de la norma, *Anum* padre de los dioses, *Enlil* dios del viento y *Shamash* el dios Sol y la justicia, son los que designan al Rey y el último de los dioses señalados es el que entrega la norma, *Shamash* como el sol, el astro y dador de vida no deja duda del origen celestial del derecho y de todo, ya que lo que ocurre en la tierra tiene un origen divino, el bienestar pero sobre todo las calamidades por eso los primeros humanos no amaban a los dioses, los temían y creo que eso no ha cambiado mucho, los cristianos creen en un infierno eterno y musulmanes y judíos en algo parecido pero se denomina *gehena*.

III. La *Torah* judía

La *Torah* comprende los libros que los cristianos llaman: Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio. Esos libros no son totalmente de teología, son en realidad una narrativa histórica de un pueblo a los que se les otorgó unas leyes para que vivan por ellas y ese es el tema central de esos libros. Las normas como base de la convivencia y las promesas de una religión de tipo agrícola.

La tradición judía también parte de la idea de la legislación revelada, en el imaginario colectivo está presente la idea de Moshé subiendo a Sinaí y recibiendo de la divinidad la *Torah*, que podemos traducir como las leyes, instrucciones o enseñanzas, no

[2] Rivero Pilar, *El Código de Hammurabi Fichas didácticas*, Madrid, Proyecto Clío, 1999, *http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm*

se presentan como un pacto social porque no son humanas, son sí el convenio con la divinidad y le deben obediencia, pero no se plantean como una convención social como lo creía Rousseau, son para que vivan por ellas porque les fue revelada la norma y les ofrece promesas si las cumplen, por ser un pueblo elegido, por elevarlos sobre los demás, así el pacto social judío se debe a la creencia de que el supremo los eligió sobre todos, creando un nacionalismo con promesas si obedecen, por ello estarán atentos los designios de los representantes de Dios.

"La revolucionaria teología yahvista se genera en el proceso de la formación ideológica de Israel como pueblo elegido, en el contexto de una religiosidad étnica y nacionalista en la que Yahvé emerge como Dios providencial que dirige el curso histórico de los pueblos bajo su égida crecientemente suprema y soberana".[3]

La religión judía como muchas otras son de tipo agrícola, es decir, el pacto social con Dios implica obedecer el mandato y recibir a cambio los beneficios de la lluvia en su tiempo y una buena cosecha, pero las leyes judías regulaban casi todos los aspectos de la sociedad. Lo más conocido es la llamada Ley del talión, cuyo aspecto más característico no es la venganza, sino una justa retribución al hacer sufrir al delincuente un daño igual al que causó, lo que ya aporta elementos de relevancia en cuanto a la teoría de la pena y su posterior desarrollo, pues no es un castigo excesivo, sino que guarda proporción con el que se infringió, además no son de las llamadas penas trascendentales, ya que el mandato es que cada uno sufre su propio castigo.[4] Debemos recordar que las penas trascendentales fueron abolidas en nuestro sistema legal hasta la Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 305 que a la letra señalaba: "Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció".[5]

---

3 Finkelstein, Israel y Silberman, Neil Asher, *La Biblia desenterrada,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2011.

4 En el llamado libro de Deuteronomio cap. 24 vers. 16, se señala que los padres no morirán por los hijos ni ellos por los padres.

5 Constitución de Cádiz 1812, *http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ce1812.htm#CD*

Algo menos conocido es una especie de amparo judío, las casas de refugio para que las personas sujetas a un proceso puedan gozar de la libertad en lo que se decide su causa en los delitos culposos.[6] Las leyes judías eran completas permitiendo una sociedad monolítica que no admitía la tolerancia religiosa ni los desvíos de su norma, pero *Moshé* y los líderes judíos no sostuvieron que las normas fueran creación propia, al igual que Hammurabi señalaron que era legislación revelada.

Por ello podemos sostener que el origen de las normas y de los prototipos de las Constituciones mantienen una idea de legislación revelada, los primeros legisladores fueron sacerdotes y las leyes se cumplían porque la voluntad de Dios así lo exigía.

IV. La Edad Media y la Carta Magna inglesa

Si el lector piensa que la idea de la legislación revelada como medio de legitimación de las normas y de las constituciones, fue una idea antigua y que la edad media con sus claro obscuros empezó a desvanecerlo y el racionalismo lo eliminó, le ruego me permita presentarle las evidencias de lo contrario.

La Edad Media no abandona la construcción político-religiosa del mundo antiguo, la Roma Imperial abraza al cristianismo y lo impone como medio de cohesión o contrato social impuesto, la idea que subyace como soporte del poder político son las palabras de Pablo en la epístola a los romanos:

"Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a la autoridad, a lo establecido por Dios resiste; y los que resisten, acarrean condenación para sí mismos".[7]

La posición cristiana, tanto de la Iglesia católica como de la ortodoxa y las protestantes, últimas que en la reforma religiosa

[6] Ver el llamado libro de números cap. 35 vers. 11

[7] Biblia del Jubileo, *"Las sagradas escrituras, Biblia del Jubileo 2000"*, Abbotsford, Life Sentence Publishing Inc., 2017, Romanos cap. 13 vers. 1 y 2.

jugaron un papel político importante al separar a los reinos europeos del control de los llamados príncipes de la Iglesia liberando a los reyes del yugo de los papas y los Estados Pontificios. En los reinos que se afiliaron a las Iglesias protestantes no abandonaron a la religión como pacto social, solamente ocuparon una Iglesia más a modo de los monarcas, como la Iglesia anglicana en la cual el propio rey de Inglaterra es el jefe máximo.

Con independencia del tipo de religión cristiana que analicemos, católica, ortodoxa o protestante, todas se basan en el mismo libro, la biblia, y los reinos medievales de Europa justificaron el poder terrenal en las palabras de la epístola a los romanos transcrita en las líneas que anteceden.

Los reyes bajo esa premisa político–religiosa eran los auténticos representantes de Dios, ejemplo de ello es el llamado "toque real", es decir, el poder que fluía de un rey y que podía curar con el simple hecho de tocar a sus súbditos, costumbre originada por Enrique I de Inglaterra (1068–1135)[8] y que la gente acudía para ser salvada por el representante de la divinidad, lo que nos deja una idea clara no solo del nivel médico cristiano de la época, además, resulta evidente la fe depositada en el pacto social cristiano a tal grado que la salvación de tus enfermedades se aseguraba con la gracia del rey por lo que era incuestionable que eran los vicarios de Dios, por lo que tampoco era cuestionable el poder para reinar.

La Carta Magna inglesa, que se ostenta como la primera Constitución, tema debatible históricamente, parte de ese principio: "[...] *by the grace of God*".[9] Dicha Carta si bien es un antecedente que llama fuertemente la atención, no es el prototipo de lo que hoy consideramos una Constitución; existen en lo que hoy es Reino Unido otros antecedentes más cercanos a un catálogo de derechos fundamentales: *Petition Rights* 1628, *Habeas Corpus Amendment Act* 1679, *Bill of Rights* 1689, pero no constituyen una Constitución como tal ya que oficialmente el Reino Unido no cuenta con un documento que pueda denominarse como tal.

8 Queralt del Hierro, María Pilar, *El mal del rey,* Muy Interesante, México, 2021, pp. 14–21.

9 Magna Carta 1215, *http://hrlibrary.umn.edu/education/magnacarta.html*

El poder terrenal mediante el designio divino es un tema que puede resultar difícil de entender en estos tiempos, pero que fue la práctica durante todo el Medioevo y aún a inicios del siglo XIX de nuestra era, quedando algunos rezagos de poder que fueron eliminados en el siglo XX, en México con la llamada guerra cristera, la última secuela de la lucha entre conservadores y liberales.

V. Las constituciones modernas, la de Cádiz de 1812 y las mexicanas de 1824 y 1857

La religión, como medio de cohesión política, perdió fuerza al final de la Edad Media configurándose las ideas de lo que serán los Estados actuales; el proceso se acelera a partir del siglo XVI, cuando surge la economía política y de manera especial en el XVIII, al sumarle dos hitos en la formación de los Estados contemporáneos, la Revolución Francesa y la de los Estados Unidos de América con lo que se considera el inicio de la Edad Contemporánea.

En el mismo momento histórico surge Adam Smith con su obra: La riqueza de las naciones (1776) y coincide, además, con el inicio de la Revolución Industrial, lo que contribuye a la consolidación de los Estados basados en la riqueza,[10] dando paso a una nueva visión de estos que buscará su justificación social e histórica con la idea de una voluntad colectiva nacionalista plasmada en un documento cuasi sagrado, que sustituirá poco a poco el origen divino del poder con una nueva deidad política, la Patria. Esa nueva visión implicaba un nuevo paradigma, la racionalidad, para entender la realidad política y el ejercicio del poder de los Estados, con la racionalidad se intentan abandonar las premisas religiosas que para ese momento se encontraban en declive ante las fuerzas de una sociedad que reaccionaba ante el absolutismo en el que la Iglesia había sido cómplice al coronar a cada rey o emperador y estar bajo su servicio.

Empero, el modelo de racionalidad no abandona del todo las ideas religiosas, pero crea un iusnaturalismo distinto. La natura-

[10] Míguez, Pablo, "El nacimiento del Estado moderno y los orígenes de la economía política", *Nómadas,* vol. 22, núm. 2, 2009.

leza podía ahora ser conocida, observada y destacar sus características sin recurrir a la interpretación divina. Este nuevo paradigma da lugar a una filosofía natural preludio de los cambios y sería la característica de la modernidad, pero no abandona el viejo instrumento de cohesión social, aún lo invocarían.

En Francia, la base constitucional surge con la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, la que marca un hito en la historia de las Constituciones al ser la primera gran Declaración de un catálogo de derechos fundamentales, aunque el constitucionalismo norteamericano lo objeta porque la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776 ya contenía una serie de derechos a favor del pueblo.[11] La declaración inicia con una redacción similar a la de la legislación revelada: "En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano",[12] no la dictó la divinidad, pero sí les da su auspicio, es decir, la patrocina, respalda o sostiene. Los revolucionarios franceses estaban en contra de los excesos de la monarquía, pero no del pacto social que la sostenía.

La Constitución de los Estados Unidos redactada en 1787 no inicia con una declaración tradicional de legislación revelada, además no contenía un catálogo de derechos fundamentales, estos fueron adoptados en 1791 en lo que se consideran las enmiendas, en la primera de ellas sí aparece el tema religioso, dando su primer espacio a garantizar la libertad religiosa lo que nos permite vislumbrar que fue el derecho que esa sociedad quería resaltar el primero que se defiende.

Las primeras constituciones eran confesionales y no se abandonaría ese principio hasta muy tarde en la historia cuando adoptan una postura laica o secular, como se esboza en las líneas que siguen, en el análisis del caso mexicano.

---

11 Peces–Barba Martínez, Gregorio, *Declaración de los derechos Humanos,* España, Dykinson, 1998.

12 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, *https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf*

La Constitución de Cádiz aprobada el 19 de marzo de 1812 con vigencia en la Nueva España, fue la primera Constitución española,[13] en ella se establece un Estado confesional que inicia en nombre de la trinidad y en su artículo 12 se precisa la religión de Estado en los siguientes términos:

"En el nombre de Dios todopoderoso, *Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad".*

"Art. 12 La Religion (sic) de la Nacion (sic) es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nacion (sic) la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el exercicio (sic) de qualquiera (sic) otra".[14]

Fernando VII y los legisladores al otorgar la Constitución de Cádiz vuelven a la vieja fórmula de legislación revelada, los dioses cristianos son los supremos legisladores de la sociedad como lo declara el proemio gaditano, además declara el Estado confesional, prohibiendo el ejercicio de cualquier otra religión y en ese rubro, sería la pauta por seguir en las posteriores constituciones mexicanas hasta la de 1917.

Consumada la Independencia mexicana en 1821, por medio de un golpe de Estado, la Junta Nacional instituyente junto con Agustín de Iturbide mediante el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, establecen en materia religiosa lo siguiente:

> Artículo 3.- La nación mexicana, y todos los individuos que la forman y formarán en lo sucesivo, profesan la religión católica, apostólica, romana con exclusión de toda otra. El gobierno como protector de la misma religión la sostendrá contra sus enemigos. Reconocen, por consiguiente, la autoridad de la Santa Iglesia, su disciplina y disposiciones conciliares, sin perjuicio de las prerrogativas propias de la potestad suprema del Estado.

---

13 Aunque en 1808 se había promulgado el Estatuto de Bayona, era en realidad de sello napoleónico. *http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/P-0004-00002.pdf*

14 Constitución de Cádiz 1812, *http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ce1812.htm#CD*

"Artículo 30.- Toca al Emperador:

1. Proteger la religión católica, apostólica, romana, y disciplina eclesiástica, conforme al plan de Iguala:".[15]

El reglamento, como se observa en las líneas que anteceden, cuidó de proteger al medio de cohesión social, es innegable que, no pasó por la mente del fugaz Emperador separar a la Iglesia del Estado y la arropó como lo había estado durante todo el virreinato. Ocurriría igual con la primera Constitución mexicana de 1824, que, al decidirse por una federación, imitando a los Estados Unidos, estableció lo siguiente:

> *En el nombre de Dios todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad*. El Congreso general constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes, para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad, y promover su prosperidad y gloria, decreta la siguiente:
>
> *[...]*
>
> Artículo 3.- La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.
>
> [...]
>
> Artículo 101.- El presidente y vicepresidente nuevamente electos cada cuatro años deberán estar el 1 de abril en el lugar en que residan los poderes supremos de la federación y jurar ante las cámaras reunidas el cumplimiento de sus deberes bajo la fórmula siguiente: «Yo N. nombrado presidente (o vicepresidente) de los Estados Unidos Mexicanos, juro por Dios y los santos Evangelios, que ejerceré fielmente el encargo que los mismos Estados Unidos me han confiado, y que guardaré y haré guardar exactamente la constitución y leyes generales de la federación».[16]

---

15 Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 1822, disponible en: http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Reglamento_Provisional_Politico_del_Imperio_Mexicano (fecha de consulta 26 de mayo de 2024).

16 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824, *http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_Federal_de_los_Estados_Unidos_Mexicanos*

Como se aprecia, la primera Constitución mexicana inicia al igual que la de Cádiz en nombre de Dios como legislador supremo, lo que no es tan diferente de la de Hammurabi, esa declaración fue lo que permitió que la alta jerarquía católica se sumara al proyecto de nación federal, lo que se repitió en las leyes constitucionales de 1836, en diversos proyectos de Constitución y las bases orgánicas de 1842.[17]

Se pensaría que los vientos de cambios que se dieron con la Constitución de 1857 sería diferente, si bien, en la época en que Juárez ocupó el cargo de secretario de justicia y promulgaría la Ley de Administración de Justicia conocida como la Ley Juárez, el 23 de noviembre de 1855, en la que se removían los fueros, la clerecía y el ejército serían juzgados en cortes civiles, porque la justicia no puede otorgar privilegios individuales o de clase, Juárez consideró que eso fue la chispa que produjo el incendio de la reforma. Un segundo golpe reformista tendría la Iglesia, el 25 de junio de 1856 cuando se expidió la llamada Ley Lerdo, del ministro del tesoro Miguel Lerdo de Tejada, para vender los bienes de la Iglesia y obtener los recursos que le hacían falta al país, el arzobispo protestó y alegó que se requería permiso de Roma, pero el Gobierno mexicano no esperó, toda propiedad civil y eclesiástica no usada en la operación normal de la Iglesia fue incluida en la venta.[18]

Los liberales propusieron una nueva Constitución que sería jurada el cinco de febrero de 1857, los vientos de cambio hacían pensar que la nueva Constitución abandonaría la idea de legislación revelada, pero la verdad no fue así.

A pesar de las intenciones de reforma, de que se abandona la idea del Estado confesional, que se abre las puertas al libre pensamiento y la tolerancia religiosa, la Constitución liberal de 1857 inicia con una fórmula atenuada de legislación revelada: "En el

[17] Guerrero Galván, Luis René y Castillo Flores, José Gabino, "Artículo 24. Introducción histórica", en Fix Fierro, Héctor; Valadés, Diego (coords.), *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones. Sección Tercera,* México, Porrúa, 2016.

[18] Frahm, Sara Ann, *La cruz y el compás. La Introducción de la Tolerancia Religiosa en México,* Bloomington-Inglaterra, Palibrio, 2015.

nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano"[19], contrario a lo que los conservadores creían, los liberales aún temían por la excomunión y todos eran católicos, como lo mencionó Francisco Zarco,[20] el clásico cronista del Constituyente de 1857, durante las discusiones de la libertad religiosa inició su intervención de la siguiente manera: "Soy católico, apostólico, romano, y me jacto de serlo",[21] postura que adoptarían todos los diputados a favor de la libertad de conciencia y religiosa, posteriormente a dicha declaración introductoria, expondrían sus razones para respetar el pensamiento de terceros que no fueran católicos, esa es la pluralidad del liberalismo del siglo XIX.

Pese a lo liberal de la Constitución de 1857 no fue totalmente laica, por el contrario, como ya se señaló, volvieron a la vieja fórmula que ya conocíamos desde Hammurabi. En la práctica la Iglesia sí resintió el cambio ya que el Estado Mexicano dejó el patronato que se había sostenido durante todo el virreinato, el efímero Imperio de Iturbide, y la Constitución confesional de 1824, por lo que se inició una nueva revuelta y los conservadores impusieron a un Emperador extranjero, pero el tema no guarda relevancia con lo que hemos tratado de explicar por lo que no lo abordaremos.

Lo que sí podemos asegurar es que con Porfirio Díaz como presidente, quien gobernó 34 años entre 1877 a 1911, el país logró estabilizarse políticamente pero no hubiera sido posible sin la mano de la religión católica. La Iglesia se encontraba muy debilitada, no podían tener bienes y se habían limitado sus ingresos, por lo que dependía económicamente del Estado, además de que se prohibía el culto fuera de las Iglesias, no podían tener centros educativos, ni hospitales.

---

19 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1857, *https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf*

20 Francisco Zarco (1829-1869), periodista y político mexicano. Nació en Durango. Fue el editor responsable del diario más importante de la época, *El siglo XIX*. Se sumó al Plan de Ayutla en 1855 y acudió como diputado al Congreso Constituyente, designándosele cronista de este hasta que se promulgó la Constitución de 1857. Fuente Microsoft Encarta 2008.

21 Rabasa Emilio O., *El Pensamiento político del Constituyente de 1856–1857,* México, Porrúa, 1991, p. 82.

Díaz no derogó las leyes de la Reforma, pero tampoco las aplicó cabalmente, por el contrario, su plan de reconciliación permitió que recuperaran propiedades, centros educativos y espacios de beneficencia. La jerarquía católica actuó en favor del Gobierno, desconoció algunos levantamientos populares, coadyuvó en la pacificación al evangelizar yaquis y mayos,[22] la simbiosis religión–política siguió funcionando.

La *Pax* del porfiriato funcionó sin abrogar leyes, simplemente cada parte coadyuvaba a la otra y se toleraban, el himno nacional aún invoca a la divinidad "[...] que en el cielo tu eterno destino: por el dedo de Dios se escribió". La idea del poder divino unido al poder terrenal se mantiene y fortalece aún en nuestros días, Yuval Harari, el historiador israelí, considera que: "Un único sacerdote suele hacer el trabajo de cien soldados, y de manera mucho más barata y eficiente".[23] La paz del porfiriato se construyó con la Iglesia a un lado, la alianza funcionó en el Mundo antiguo, funcionó en Europa en toda la Edad Media, también durante la conquista, en el Porfiriato y todavía funciona, pero con una debilidad que ya no es visible ya que ocupa a testaferros que defienden la familia, las virtudes y situaciones similares.

Todavía en el siglo xx, posterior a la gran reforma constitucional de 1917, la Iglesia daría un golpe de fuerza en la política mexicana, cuando Plutarco Elías Calles llegó a la presidencia de 1924 a 1928, durante su mandato ocurrió un enfrentamiento contra la Iglesia católica ya que impulsó cambios culturales, educativos, de control de la población y agrarios, los rancheros tuvieron miedo de perder sus terrenos ante la reforma agraria y la Iglesia un ataque contra sus creencias, por lo que ambos grupos unidos en la Liga Nacional para la defensa de la libertad religiosa iniciaron la llamada Guerra Cristera que duraría menos de tres años, de finales de 1926 a mediados de 1929.[24]

---

22 Speckman, Guerra Elisa, *et al*., *Nueva historia mínima de México ilustrada: El Porfiriato,* Ciudad de México, El Colegio de México, 2008, pp. 337 y 392.

23 Harari, Yuval Noah, *Sapiens: A Brief History of Humankind,* New York, Harper Collins e-books, 2015.

24 Garciadiego, Javier, *et al., Nueva Historia Mínima de México Ilustrada: La Revolución,* Ciudad de México, El Colegio de México, 2008, pp. 393-468.

Previo a la guerra, en julio de 1926 los obispos mexicanos decidieron suspender el culto público en México, una decisión sin precedente y que fue apoyada por el papa Pío XI, Paolo Valvo profesor de la Universidad Católica de Milán, después de que los archivos del pontificado de Pío XI se desclasificaran en septiembre de 2006, llega a la conclusión de que el papa fue engañado por un grupo de jesuitas radicales, que no acudieron con el delegado apostólico en México monseñor Tito Crespi, quien no los respaldaba, en su lugar viajaron a Cuba para contar con el apoyo del delegado apostólico George Caruana, hombre más afín a sus ideas, para enviar el 18 de julio de 1926 un telegrama al papa, para contar con su aprobación del proyecto de suspender los servicios religiosos. El obispo Rafael Guízar y Valencia, envió otro telegrama en el que opinaba que la suspensión de cultos sería perjudicial para el país. En Roma se encontraba el obispo de Tulancingo Vicente Castellanos Núñez y que en la mañana del 21 de julio se reunió con el papa, ese mismo día se transmite el mensaje papal, pero no se pronuncia sobre suspender el culto, ni lo apoya ni lo rechaza, una respuesta ambigua que la interpretan a favor de la causa y los enfrentamientos empiezan. Sin embargo, en posteriores telegramas el heredero de los Estados Pontificios pide a los jerarcas católicos en México, que busquen un arreglo, pero que incluya la modificación de las normas constitucionales hostiles a la Iglesia católica.[25]

Las modificaciones constitucionales que el papa pedían no se dieron, pero de nueva cuenta, la tolerancia a favor de la Iglesia católica continuaría y el país, por lo menos en materia religiosa, conserva una calma que de forma eventual se interrumpe y que debe ser atendida.

VI. Conclusiones

Lejanos están los tiempos de la legislación revelada como contrato y cohesión social, el recorrido histórico realizado no deja lugar a dudas que Rolas promesas de una vida futura solo eranmente,

[25] Savio Irene, "Cuando los obispos mexicanos engañaron al Papa", *Proceso,* México, 2017.

ya que si bien sí hay un primigenio convenio social aglutinante en la que la sociedad permite que parte de sus libertades se vean limitadas en pro de la convivencia, ello no fue algo razonado ni tampoco fue un sistema de protección, sacerdotes, chamanes, profetas, brujos y dirigentes religiosos y políticos ocuparon la legislación revelada para hacer valer su poder y amenazar con la pérdida de los beneficios del cielo y la amenaza del infierno, la *gehena* o cualquier otro nombre que signifique un sufrimiento eterno, entendiendo que la vida y la muerte dependía de la divinidad y sus designios, las promesas de una vida futura solo era posible si obedecías la interpretación de sus representantes en la tierra. Yuval Harari el historiador israelí lo resume en las siguientes palabras:

> Los humanos morían porque Dios así lo decretaba, y el momento de la muerte era una experiencia metafísica sagrada que rebosaba de sentido. Cuando un humano estaba a punto de exhalar su último aliento, había llegado la hora de avisar a sacerdotes, rabinos y chamanes, hacer balance de la vida y aceptar el verdadero papel de uno en el universo. Intente siquiera el lector imaginar el cristianismo, el islamismo o el hinduismo en un mundo sin la muerte [...], que es también un mundo sin cielo, infierno o reencarnación.[26]

A pesar de que se le atribuyen otros fines, la realidad es que la historia solo tiene una meta clara, entender nuestro presente. Analizando la cadena histórica y las evidencias con las que contamos no hay duda en postular que la legislación revelada fue el verdadero contrato social y que Rousseau no alcanzó a comprender, las generaciones posteriores aceptamos la premisa con pocos cuestionamientos, porque repetir una idea que la mayoría aceptó es parte del conocimiento colectivo que no se cuestiona y que se le conoce como una "sabiduría convencional" la cual no nos atrevemos a refutar, John Kenneth Galbraith, acuño esa expresión al señalar:

> Asociamos la verdad a la conveniencia "escribió", a lo que mejor concuerda con nuestro interés, bienestar o promesas personales para evitar grandes esfuerzos o los poco gratos trastornos de la vida.

[26] Harari, Yuval Noah, *Homo Deus: breve historia del mañana*, Barcelona Penguin Random House, 2016.

> [...] nos aferramos, como si de un bote salvavidas se tratase, a aquellas ideas que representan nuestra comprensión de las cosas.[27]

La idea de Rousseau gustó desde un primer momento y nadie se atrevió a señalar que su visión no era exacta, apreció lo esencial pero la graduación visual de su época con el racionalismo como bandera no le permitió entender que el medio de cohesión fue la religión y no la voluntad popular de forma libre.

Separarnos de la legislación revelada costó guerras en las que el motivo subyacente era la religión, en nuestro país abandonamos el Estado confesional en la Constitución de 1857 y permitimos la libertad de conciencia y religión pese a las amenazas de excomunión de la Iglesia católica,[28] pero inició dicha Constitución con algo de legislación revelada, fue hasta 1917 cuando dejamos la fórmula de Hammurabi, el cambio ha sido lento y afortunadamente ya no se respira la intolerancia religiosa y nuestro artículo 24 de la Constitución salvaguarda ese derecho fundamental.

Con la reforma del 24 Constitucional en 2013, hoy gozamos del derecho a la libertad de convicciones éticas y de conciencia e incluso al derecho de los ateos y libres pensadores a no tener religión alguna, pero también a formar y registrar otra, el único requisito es que no constituyan un delito.

Hoy tenemos un estado laico, es decir, ajeno a las doctrinas religiosas, ajenos a los intereses particulares de cada religión y que el Gobierno no toma partido. El Estado laico es aquel que garantiza a todas las personas, una misma libertad, sea religiosa de conciencia o ética, ya que todos nos encontramos en un plano de igualdad, tanto en derechos como en dignidad, que es el motor que impulsa el avance de los derechos fundamentales, la dignidad humana; el Estado laico entonces, lo podemos definir como aquel que: "[...] asume una posición de neutralidad vigilante frente a las diferentes creencias, formas de vida y religiones, es decir, ninguna puede lícitamente aspirar a adquirir una posición

---

27 Levitt, Steven y Dubner, Stephen, *Freakonomics*, Penguin Random House, 2006.

28 Rabasa Emilio O., *El Pensamiento político del Constituyente de 1856–1857,* México, Porrúa, 1991, p. 82.

de privilegio jurídicamente conferido y protegido en la vida cultural, moral y política de una sociedad".[29]

La neutralidad del Estado laico no significa rechazo a las creencias religiosas, ni tampoco la no intervención del Estado o asumir una posición pasiva, por el contrario, implica una intervención vigilante para impedir que los propios órganos del Estado o particulares limiten las creencias de persona alguna, exista discriminación, agresiones o de forma oficial, se realicen actos que favorezcan a un grupo determinado o se demuestre favoritismo. En su lugar, debe existir una rigurosa imparcialidad que garantice igualdad de condiciones para todos los credos.

> [...] lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas".[30]

La neutralidad del Estado existe, pero no es inacción, en ocasiones se viste de acción para respetar creencias fundamentales consagradas en normas, sin perder de vista que somos un Estado Laico y públicamente ninguna autoridad, puede pronunciarse a favor de determinados credos. El camino para lograr esa neutralidad ha sido muy largo por lo que debemos proteger el Estado Laico ante las voces que aún intentan mezclar lo político con lo religioso, que la legislación revelada no regrese nunca más.

Referencias

Biblia del Jubileo, *"Las sagradas escrituras, Biblia del Jubileo 2000"*, Abbotsford, Life Sentence Publishing Inc., 2017.

Constitución de Cádiz de 1812, *Universitat de Barcelona*.

[29] Lara Bravo, Alonso, *Libertad religiosa en México,* México, CNDH, 2015.

[30] Cossío Díaz, José Ramón, *Laicidad del Estado y libertad religiosa: como armonizarlas,* Letras Libres, 2008, pp. 64-65.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, 1857.

Constitución Política de la Monarquía Española, Congreso de los Diputados, 19 de marzo de 2012.

Cossío Díaz, José Ramón, *"Laicidad del Estado y libertad religiosa: como armonizarlas",* Letras Libres, 2008.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Finkelstein, Israel y Silberman, Neil Asher, *La Biblia desenterrada,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2011.

Frahm, Sara Ann, *La cruz y el compás. La Introducción de la Tolerancia Religiosa en México,* Bloomington-Inglaterra, Palibrio, 2015.

García, Diego Javier, *et al., Nueva Historia Mínima de México Ilustrada: La Revolución,* Ciudad de México, El Colegio de México, 2008.

Guerrero Galván, Luis René y Castillo Flores, José Gabino, "Artículo 24. Introducción histórica", en Fix Fierro, Héctor; Valadés, Diego (coords.), *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones. Sección Tercera,* México, Porrúa, 2016.

Harari, Yuval Noah, *Sapiens: A Brief History of Humankind,* New York, Harper Collins e-books, 2015.

Harari, Yuval Noah, *Homo Deus: breve historia del mañana*, Barcelona Penguin Random House, 2016.

Lara Bravo, Alonso, *Libertad religiosa en México,* México, CNDH, 2015.

Levitt, Steven y Dubner, Stephen, *Freakonomics*, Penguin Random House, 2006.

Magna Carta, University of Minnesota, 1215.

Míguez, Pablo, "El nacimiento del Estado moderno y los orígenes de la economía política", *Nómadas,* vol. 22, núm. 2, 2009.

Peces–Barba Martínez, Gregorio, *Declaración de los derechos Humanos,* España, Dykinson, 1998.

Rabasa, Emilio O., *El Pensamiento político del Constituyente de 1856–1857,* México, Porrúa, 1991.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, 18 de diciembre de 1822, Constitución 1917.

Rivero, Pilar, *El Código de Hammurabi Fichas didácticas*, Madrid, Proyecto Clío, 1999.

Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Sofia Publisher, 2022.

Irene, "Cuando los obispos mexicanos engañaron al Papa", *Proceso,* México, 2017.

Speckman, Guerra Elisa, *et al*., *Nueva historia mínima de México ilustrada: El Porfiriato,* Ciudad de México, El Colegio de México, 2008.

Derechos reproductivos y desigualdad. La historia de un vergonzoso fallo

***

Reproductive rights and inequality. The story of a shameful failure

Lina Vega Abad

Resumen: la igualdad ante la ley, así como la prohibición de cualquier forma de discriminación, son dos garantías fundamentales protegidas por la Constitución de la República de Panamá, así como por una pluralidad de instrumentos internacionales que son parte de la legislación vigente en el país. A pesar de ello, siguen existiendo regulaciones que van a contracorriente de esos principios fundamentales del Estado constitucional, y lo que es más grave aún, se trata de normas avaladas por la Corte Suprema de Justicia. El caso de la Ley 7 de 2013 que regula la esterilización de mujeres, así como del fallo de 2022 que determinó que no había sustento para una declaratoria de inconstitucionalidad son el objeto de este análisis.

Abstract: equality before the law, as well as the prohibition of any form of discrimination, are two fundamental rights protected by the Constitución of the Republic of Panama, as well as by a plurality of international instruments that are part of the current legislation in the country. Despite this, there continue to be regulations that go against the grain of these fundamental principles of the constitutional state, and what is even more serious, these are regulations endorsed by the Supreme Court of Justice. The case of Law 7 of 2013 that regulates the sterilization of women, as well as the 2022 ruling that determined that

there was no basis for a declaration of unconstitutionality, are the object of this analysis.

Palabras clave: igualdad, discriminación, género, patriarcado, derechos humanos, Constitución, jurisprudencia.

Keywords: equality, discrimination, gender, human rights, patriarchy, Constitución, jurisprudence.

Sumario: I. Introducción. II. La controversia. III. El fallo. IV. Los salvamentos de voto. V. El análisis final. Referencias.

I. Introducción

El 10 de septiembre de 2020, el pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, ejerciendo la función de guardiana de la integridad de la Constitución, declaró que no eran inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 2013 que establece el marco regulatorio para la esterilización femenina en el sistema público de salud.

Con este fallo se rechazaron los argumentos esgrimidos por la demandante quien, al presentar una Acción de Inconstitucionalidad, alegó que las normas citadas violaban preceptos constitucionales que protegen garantías fundamentales, así como convenios internacionales ratificados por Panamá.

El citado fallo dejó en evidencia las tareas pendientes en el país en materia de equidad de género, igualdad y discriminación, específicamente en lo relativo a los derechos reproductivos de las mujeres. Las tres mujeres que en ese momento eran magistradas de la Corte Suprema —María Eugenia López, Angela Russo y Maribel Cornejo— expresaron cada una su desacuerdo en sendos salvamentos de voto. A ellas se sumó el entonces magistrado Luis Ramón Fábrega, quien ya no forma parte de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

II. La controversia

La Ley 7 de 5 de marzo de 2013 regula en Panamá los procesos de esterilización femenina, exigiendo una serie de requisitos que deben ser cumplidos para que el procedimiento pueda ser realizado de forma gratuita en las instalaciones de salud pública.[1]

El artículo 3 de dicha Ley establece como requisitos que la mujer tenga 23 años y haber tenido ya dos hijos. Además, el numeral 2 del artículo 4 de la misma ley añade la exigencia de una recomendación médica para que el procedimiento pueda llevarse a cabo.

A pesar de que en el título de la citada ley se alude únicamente a los procesos de esterilización femenina, esta señala también en uno de sus artículos finales que en el caso de los hombres solo se requiere que hayan cumplido 18 años.

Esta realidad jurídica que establece diferente tratamiento para hombres y mujeres frente a un mismo derecho, provocó la acción de inconstitucionalidad citada, argumentándose que la Ley 7 violaba los artículos 4, 17, 19, 20, 109, 110 y 112 de la Constitución Política de la República de Panamá,[2] así como los principios y normas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (C.E.D.M.),[3] la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,[4] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas,[5] entre otros convenios internacionales ratificados por Panamá.

Los artículos constitucionales que se alegan violados establecen la obligación de acatar las normas de Derecho Internacional

---

1 Ley 7 de 5 de marzo de 2013. Gaceta Oficial Nº 27238-A de 5 de marzo de 2013, https://www.gacetaoficial.gob.pa

2 Constitución Política de la República de Panamá, Instituto de Estudios Democráticos, Tribunal Electoral de Panamá, *https://ined.ac.pa/*

3 Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, *https://www.ohchr.org*

4 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, *https//www.oas.org*

5 Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(art. 4); el deber de las autoridades de asegurar la efectividad de los derechos, estableciendo además que estos, así como las garantías que establece la Constitución, deben considerarse como mínimos (art. 17); la prohibición a la existencia de fueros, privilegios o discriminación (art.19); la igualdad ante la ley (art. 20); la obligación del Estado de velar por la salud de todos los habitantes de la República de Panamá (arts. 109 y 110), así como el deber de establecer una política de población (art.112).

Con relación a los convenios internacionales, la proponente del recurso citó en especial el artículo 1 de la C.E.D.M, convenio ratificado por Panamá en 1981, que define la expresión "discriminación contra la mujer", como

> [...] toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera.

La accionante vinculó lo establecido en el texto citado de esa Convención, con el artículo 19 de la Constitución que prohíbe la existencia de fueros, privilegios o discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

El alegato contra la norma incluyó también un análisis de la Ley 4 de 1999 "por la cual se Instituye la igualdad de Oportunidades para las Mujeres",[6] que se fundamenta en los principios de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar toda Clase de Violencia contra la Mujer, y que obliga al Estado a proteger a las mujeres de actos violatorios a los derechos humanos.

Finalmente, la demandante argumentó que la existencia de diferente tratamiento entre hombres y mujeres en materia de esterilización, así como entre las mujeres que pueden acudir a las

[6] Ley 4 de 29 de enero de 1999, *Gaceta Oficial* 23,729, 6 de febrero de 1999, *https://www.gacetaoficial.gob.pa*

clínicas privadas y aquellas que por su vulnerabilidad social solo pueden utilizar el servicio público de salud, constituye una abierta violación a las normas constitucionales que establecen el deber estatal de ofrecer servicios de salud a todos y todas, así como a establecer políticas de población en igualdad de condiciones.

2.1. Opinión de Procuraduría General de la Nación

La vista fiscal de la Procuraduría General de la Nación —cabeza del Ministerio Público que interviene con una opinión no vinculante en las acciones de inconstitucionalidad— coincidió con la demandante, al determinar que los artículos 3 y numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 2013, violan garantías constitucionales vigentes, así como obligaciones emanadas de convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Panamá. Estas violaciones, añade la vista de la Procuraduría, se evidencian claramente al establecerse requisitos distintos para hombres y mujeres, con el objetivo de acceder al sistema público de salud para ser esterilizado de forma gratuita.

Para la Procuraduría de la Nación, la diferencia del tratamiento entre hombres y mujeres constituye una clara violación tanto del artículo 19 de la Constitución ya citado, como de los principios de igualdad y no discriminación que hacen parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Destaca la vista de la Procuraduría los artículos 12 y 16 de la C.E.D.M. (ratificada por Panamá mediante la Ley 4 de 1981), que aluden al acceso en condición de igualdad de los servicios de atención médica, justamente para el tema que nos ocupa: los derechos sexuales y reproductivos.

Es claro para la Procuraduría que, al establecerse criterios distintos basados en el género y edad para acceder a los servicios gratuitos de esterilización, el legislador nacional está desconociendo los principios constitucionales y convencionales de igualdad y no discriminación.

Añade la vista de la Procuraduría que las diferencias creadas por la Ley 13 para el acceso voluntario a los servicios de esterilización gratuitos con claras desventajas para la mujer, no tienen sustento científico alguno según lo ha determinado con claridad la Organización Mundial de la Salud.[7]

La opinión de la Procuraduría termina concluyendo que el acceso a la salud reproductiva, así como la opción de tomar decisiones informadas, es un derecho humano que el Estado debe garantizar en igual forma a hombres y mujeres.

La opinión de la Procuraduría fue desestimada por la mayoría de magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

III. El fallo

La sentencia del 10 de septiembre de 2020, cuyo ponente fue el entonces magistrado José Ayú Prado, determinó que los artículos 3 y 4 de la Ley 7 de 2013 eran constitucionales. La decisión recibió el apoyo de otros cuatro magistrados hombres, conformándose así la mayoría requerida en el pleno de la Corte Suprema de Justicia.

El principal sustento del fallo bajo análisis para considerar constitucionales los artículos que establecen requisitos para que las mujeres accedan de forma gratuita a los servicios de salud pública para procedimientos de esterilización, es la condición biológica de la mujer, "[...] pese a que la mujer y el hombre son iguales ante la ley y por ende tienen los mismos derechos y obligaciones, no puede soslayarse que la mujer por sus características físicas y biológicas, específicamente la maternidad, dista mucho de ser semejante al hombre en términos reproductivos [...]".[8]

Esta afirmación saca a la luz una concepción sexista de la sociedad y el derecho, avalada desde la más alta instancia de justicia

[7] OMS, "Esterilización femenina: lo que deben saber los agentes de salud", 1993, *https://.who.int/handle/10665/63944*

[8] Acción de inconstitucionalidad presentada por Haydée Méndez Illueca para que se declaren inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013. Centro de documentación judicial. Órgano Judicial de Panamá, *organojudicial.gob.pa*

del país, lo que produce un estado de indefensión en las mujeres, especialmente en aquellas que, por su condición económica, no pueden pagar el costo de un procedimiento de esterilización en el sistema privado de salud.

Se trata de una inaudita defensa de valores patriarcales y discriminadores por parte de la más alta instancia de justicia del país,[9] así como rancios argumentos que contribuyen a mantener los estereotipos y concepciones que han sustentado por tanto tiempo la desigualdad entre los sexos.[10]

El citado fallo inicia haciendo un extenso y detallado recuento histórico de las legislaciones que en el pasado han regulado la esterilización femenina en Panamá, desde la Ley 33 de 1939, pasando por la Ley 48 de 1941, concluyendo los magistrados que la norma tachada de inconstitucional "representa un avance", que a su vez constituye "prueba suficiente" de la voluntad del legislador de cumplir con las obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Panamá.

Calificar la norma en análisis como un avance frente a legislaciones pasadas, así como una prueba de la voluntad del legislador de cumplir con las obligaciones internacionales no solo sorprende, sino que constituye un razonamiento que nada tiene que ver con el examen constitucional y convencional que hace parte de las obligaciones de los magistrados de la más alta instancia de justicia del país, como garantes de la integridad de la Constitución y de los valores de igualdad y no discriminación que sustenta.

Un simple contraste entre la norma calificada como un avance por la Corte Suprema de Panamá y los principios establecidos en las convenciones internacionales pertinentes muestra que, con la vigencia de los artículos tachados de inconstitucionales, Panamá incumple su compromiso de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en materia de planificación familiar.

---

9 Sánchez Urrutia, Ana *et al., Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Publicacions i edicions Universidad de Barcelona, 2013.

10 Facio, Alda *et al.,* "Feminismo, género y patriarcado", *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año III, núm. 6, primavera 2005.

A pesar de ello y de la clara violación de los artículos de la Constitución citados, el fallo que analizamos califica de constitucionales una y otra vez los artículos 3 y 4 de la Ley 2013, negando los argumentos de la accionante. La lectura de dicha sentencia sorprende por su completa ausencia de argumentación jurídica y lo que parece una vergonzosa desconexión entre las palabras y los hechos.

Sorprende, además, que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia destaquen que la Ley 7 no establece prohibición alguna para que las mujeres ejerzan libremente su sexualidad, ya que queda abierta la puerta al sistema privado de salud. En otras palabras, avalan con su fallo un sistema legal que sustenta y profundiza la desigualdad en Panamá, menoscabando el sistema de protección de las personas que constituye el fundamento del Estado constitucional.

Y es que, tal y como señala el constitucionalista, Rigoberto González Montenegro, "el sentido del Estado constitucional solo se alcanza cuando los derechos fundamentales son respetados en su pleno valor y alcance, correspondiéndole a los tribunales de justicia [...] interpretar la Constitución con una orientación que prevalezca el derecho que se reclama y que se indica ha sido infringido".[11]

Es patente entonces que los cinco magistrados que aprobaron el fallo comentado, incumplieron su deber de ser los guardianes de la integridad de la Constitución, al validar la existencia de una ley discriminadora. Igualmente ignoraron su obligación de aplicar un riguroso control de convencionalidad, que implica necesariamente —en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del que Panamá es parte—, la obligación de verificar si las normas acusadas se encuentran o no conformes a la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia.

Lo mismo puede decirse de los otros convenios internacionales que, por mandato del artículo 4 de la Constitución, deben ser acatados por Panamá.

[11] González, Rigoberto, *La Constitución y de su interpretación*, Panamá, Cultural Portobelo, 2007, p. 33.

IV. Los salvamentos de voto

Cuatro de los nueve magistrados que formaban parte del pleno de la Corte Suprema de Justicia al momento de emitirse el fallo, expresaron individualmente su discrepancia con la posición mayoritaria en este caso. Los cuatro coincidieron en señalar que el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 2013, violan preceptos constitucionales y tratados internacionales ratificados por Panamá, al establecer requisitos diferentes para hombres y mujeres para la realización de un proceso de esterilización gratuita en el sistema público de salud.

El voto disidente de la magistrada Russo hizo especial énfasis en que los derechos reproductivos —entre los que se encuentra el acceso a la esterilización—, constituyen un ejemplo del proceso evolutivo de los derechos humanos. Un proceso que está supuesto a garantizar el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá que, tras la reforma constitucional de 2004, establece que los derechos y garantías que consagra la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

La citada reforma constitucional impulsó, por un lado, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el Estado de derecho, y por el otro la ampliación de los derechos fundamentales, abriendo la posibilidad de que se reconozcan nuevos derechos a medida que evoluciona la sociedad, a través del desarrollo jurisprudencial.

Según la nueva fórmula incluida en el artículo 17 de la Constitución, la justicia constitucional puede y debe avalar nuevos derechos fundamentales, más allá de los expresamente enunciados en el texto constitucional.[12]

[12] "Esta nueva fórmula tiene antecedentes claros en el derecho comparado, ya que el artículo noveno de la Declaración de Derechos de la Constitución de Estados Unidos, prevé que la numeración de ciertos derechos en la Constitución no debe interpretarse como la negación de otros que retiene el pueblo. La Constitución colombiana recogió de 1991 recogió esa tendencia en su artículo 94". Hoyos, Arturo, "Reformas constitucionales de 2004. Visión general", *El Panamá América*, 28 de agosto de 2004.

El tema fue abordado en varios de los votos disidentes, alegándose que los derechos reproductivos son derechos humanos que deben ser protegidos por el Estado, en cumplimiento de las obligaciones nacidas de los convenios internacionales ratificados por Panamá. Estos derechos reproductivos, destacan, se encuentran concatenados a otros derechos humanos como el derecho a la vida, salud, igualdad, no discriminación, entre otros.

En relación al tema de la salud sexual y reproductiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el tema en sentencia de 2016, señalando que la salud sexual y reproductiva "se relaciona [...] con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación".[13]

Justamente es esa autonomía citada por la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia, la que carece una mujer panameña que solo tenga cómo vía posible el sistema de salud pública, y que no cumpla con los requisitos que exige la Ley 7 de 2013.

En ese mismo sentido, la catedrática panameña de derecho penal, Virginia Arango Durling en un estudio sobre la esterilización femenina a raíz del fallo que analizamos, critica los argumentos de los magistrados de la Corte Suprema señalando que "[...] son incongruentes, pues no solo se han violentado el principio de igualdad y no discriminación, sino también el derecho a la autodeterminación de la mujer [...]".[14]

Igualmente se advierte en los votos disidentes, que las normas tachadas de inconstitucionales no solo crean una situación discriminatoria entre hombres y mujeres, sino también entre las mujeres que puedan pagar un procedimiento de esterilización en una clínica privada, para las que no existe requisito alguno; a diferencia de las mujeres en situación de vulnerabilidad económica y social, que solo pueden acudir al sistema público de salud. Se

[13] Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

[14] Arango Durling, Virginia, "Esterilización femenina. Una perspectiva penal, jurisprudencial y de derechos humanos", *Boletín de Ciencias Penales*, núm. 16, Panamá, julio-diciembre de 2021, pp. 1-44.

trata, alegan los magistrados disidentes, de un tratamiento discriminatorio entre mujeres.

Por todo ello, los cuatro votos contrarios a la mayoría concluyeron que, efectivamente, los artículos 3 y 4 (numeral 2) de la Ley 7 de 2013 son inconstitucionales, ya que violan el derecho fundamental de la igualdad ante la ley que consagra el artículo 20 de la Constitución, así como el artículo 19 que prohíbe la discriminación.

V. Análisis final

El concepto de igualdad ante la ley constituye el centro de la controversia que plantea tanto la Ley 7 como el fallo de la Corte Suprema de Panamá. Al respecto, el constitucionalista español, Javier García Roca, destaca que se trata de un logro irrenunciable del Estado constitucional, fruto del primer liberalismo, así como un derecho que tiene un carácter expansivo y transversal, lo que implica que debe proyectarse sobre todas las normas aplicables a los eventos de la vida de los ciudadanos como la filiación, pensiones, acceso a la función pública y muchos otros ejemplos, incluyendo por supuesto, los derechos reproductivos que es el tema que nos ocupa.[15] "La igualdad de trato normativo es un modo de entender el ordenamiento jurídico y de interpretarlo; obliga tanto a escribir las normas como a aplicarlas impidiendo desigualdades de trato injustificables en cualquier materia. Supone un modo de ser la ley y un modo de aplicarla".[16]

Por su parte, el recordado jurista y defensor de los derechos humanos, Pedro Nikken señalaba que "la no discriminación en general es uno de los principios fundamentales y de las normas superiores sobre los que se fundamenta la comunidad internacional [...]. Este principio domina la totalidad de los instrumentos

[15] "[...] los ciudadanos abandonaron el estado de naturaleza para construir mediante un contrato social una comunidad política estatal donde sean libres e iguales. Una bellísima ficción que justifica racionalmente la existencia estatal". García Roca, Javier, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Editorial Aranzadi, 2023, p. 386.

[16] *Ibidem*, p. 387.

internacionales de protección de los derechos humanos, y no pocas veces se manifiesta concretamente en la noción de igualdad entre hombre y mujer".[17]

Caso similar al que analizamos fue objeto de una opinión consultiva OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionado con el proceso de naturalización en Costa Rica. La consulta fue planteada por ese país frente a una propuesta de reforma constitucional que establecía diferentes tratamientos para hombres y mujeres, determinando plazos distintos de residencia como requisito, y exigiendo requerimientos adicionales a la "mujer extranjera" casada con un costarricense.

Tras hacer un detallado análisis de la evolución histórica en la región de los derechos de las mujeres, la Corte interpretó que "no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria, la diferencia que se hace entre los cónyuges [...] para la obtención de la nacionalidad costarricense".[18]

No cabe duda que, la igualdad ante la ley y la consecuente prohibición de discriminar que disponen los artículos 19 y 20 de la Constitución de la República de Panamá sigue enfrentando, en el caso de la igualdad de género, muchos obstáculos que no son solo jurídicos sino principalmente culturales, tal como afirmara la también jurista y defensora de derechos humanos, Isabel Odio.

> La imagen social de la mujer ha sido creada por el hombre; no por los hombres y las mujeres conjuntamente en nombre de unos fines comunes, no por las mujeres para ellas mismas, sino por el hombre. Y tal vez allí estribe realmente la gran dificultad: en que tal imagen es, por definición deformada. La visión que el hombre tiene de la mujer no es objetiva, sino más bien una inestable combinación de lo que desearía que fuera y de lo que teme que pueda ser; y a esta imagen es a la que la mujer ha tenido que adaptarse [...]. Las cosas cambian mucho más lentamente de lo que la gente supone. La re-

17 Nikken, Pedro, *En defensa de la persona humana*, Editorial Jurídica venezolana, 1989, p. 103.

18 Corte IDH. O/C 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionado con la naturalización, solicitada por el gobierno de Costa Rica. Opinión Consultiva de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4.

> forma social y aún la revolución no implican, necesariamente, un cambio de actitud, y el último bastión que el hombre rendirá es la conciencia de su propia superioridad.[19]

De sobra es conocida la evolución de los movimientos feministas desde las revoluciones de los siglos XVIII y XIX en las que, a pesar del destacado papel jugado por no pocas mujeres, estas no son incorporadas en la nueva organización social, jurídica y política que surge de tales movimientos, negándoles la condición de sujetos políticos y de derecho.

En el caso panameño, el reconocimiento de la plena igualdad entre hombres y mujeres tuvo que esperar hasta la Constitución de 1946. Sin embargo, no eran pocas las normas que en diversos códigos o leyes mantuvieron la subordinación de la mujer al hombre (padre o esposo) hasta la década de 1990.[20]

La ley 7 de 2013 y el fallo que ha permitido que se mantenga su vigencia, así como otras normas existentes en materia electoral, demuestra que aún es mucho el camino que se debe recorrer para lograr la igualdad de género en Panamá.[21]

Lo anterior queda especialmente evidenciado con el argumento utilizado por la Corte Suprema de Justicia para avalar la constitucionalidad de la Ley 7 de 1913, y que, como ya se ha señalado, hace alusión a la condición biológica de la mujer, y que

---

19 Odio, Elizabeth, "El principio de la no discriminación: el caso de los derechos de la mujer", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, 1985, p. 71.

20 Russo de Cedeño, Ángela, "Los derechos de la mujer panameña en la Constitución del Siglo XXI", Ponencia, Centro de Documentación Judicial, 1996, *organojudicial.gob.pa/registro*

21 Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Rebeca González contra una frase del artículo 301 del Código Electoral y el artículo 40 del Decreto 12 de 2018 dictado por el Tribunal Electoral, 2008 y Acción de Inconstitucionalidad Interpuesta por Betzaida Guerero para que se declare parcialmente inconstitucional el artículo 308-1 del Código Electoral de 2020. En ambos casos la Corte Suprema de Justicia desestimó lo solicitado, dejando vigente la norma del Código Electoral que hace inviable el principio de paridad de género en las candidaturas electorales.

no es otra cosa que la evidencia de lo que el citado Pedro Nikken, llamó "el influjo de un régimen patriarcal inveterado".[22]

En el mismo sentido se expresaba la constitucionalista Ana Sánchez Urrutia:

> En la legislación y en todos los ámbitos de conocimiento, la mujer no se contempla como un fin en sí mismo, sino que se instrumentaliza su cuerpo para atender otros fines superiores. Así el cuerpo de la mujer debe atender no solo la concepción religiosa imperante (obligación de pureza y santidad), sino que también debe ser instrumento mediante el cual se perpetúa la especie y la estirpe patriarcal: es el objeto necesario para la reproducción y el cuidado de los hijos y para el bienestar del hombre.[23]

Esos conceptos y valores que impregnaron la sociedad occidental del siglo XIX se evidenciaron con fuerza en el fallo comentado, validándose una norma claramente discriminatoria y asignando a las mujeres —en este caso las pobres— el papel de garantes de la subsistencia de la población. Y todo a contrasentido de los avances formales alcanzados con tratados e instituciones internacionales en esta materia.[24]

En pleno siglo XXI, este caso evidencia un Estado que discrimina al aprobar leyes que establecen desigual tratamiento entre hombres y mujeres —incluso entre mujeres— con el propósito de mantener la especie, así como una justicia que lo avala.

Frente a un fallo como el que analizamos, la ya citada Ana Sánchez Urrutia apela a la necesidad de continuar trabajando en la búsqueda de la igualdad:

---

22 Nikken, Pedro, *op. cit*., p. 100.

23 Sánchez Urrutia, Ana, *op. cit*., Prólogo.

24 "Hay muchas razones por las cuales, a pesar de tantos tratados que garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, todavía no se haya logrado eliminar la discriminación sexual. Entre estas puede mencionarse la falta de voluntad política de quienes tienen el poder para hacerlo, las concepciones religiosas que, abierta o solapadamente, atentan contra la igualdad entre los sexos, las costumbres y tradiciones misóginas que entroniza la superioridad del sexo masculino, los estereotipos sexuales que mantienen la inferioridad de los roles femeninos, entre otras". Alda Facio, "El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres", Corte Interamericana de Derechos Humanos.

> Hay que luchar contra los estereotipos y por ello es tarea de los juristas identificar los valores que transmiten las normas, reflexionar sobre las soluciones jurídicas adoptadas por el sistema normativo ante los conflictos que afectan a las mujeres y analizar las tutelas y las garantías que el ordenamiento jurídico prevé antes estas situaciones.[25]

Referencias

Arango Durling, Virginia, "Esterilización femenina. Una perspectiva penal, jurisprudencial y de derechos humanos", *Boletín de Ciencias Penales*, núm. 16, Panamá, julio-diciembre de 2021.

Constitución de la República de Panamá. Instituto de Estudios Democráticos, Tribunal Electoral de Panamá.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Corte IDH. O/C 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionado con la naturalización, solicitada por el gobierno de Costa Rica. Opinión Consultiva de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4.

Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

Facio, Alda "El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres", Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Facio, Alda *et al.*, "Feminismo, género y patriarcado", *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año III, núm. 6, primavera 2005.

García Roca, Javier, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Editorial Aranzadi, 2023.

[25] Sánchez Urutia, Ana, *op. cit*., Prólogo.

González, Rigoberto, *La Constitución y de su interpretación*, Panamá, Cultural Portobelo, 2007.

Hoyos, Arturo, "Reformas constitucionales de 2004. Visión general", *El Panamá América*, 28 de agosto de 2004.

Ley 4 de 22 de mayo de 1981, que aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Gaceta Oficial 19.331 de 3 de junio de 1981.

Ley 4 de 29 de enero de 1999, Por la Cual se Instituye la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres. Gaceta Oficial 23,729 de 6 de febrero de 1999.

Ley 7 de 5 de marzo de 2013. Gaceta Oficial 27238-A de 5 de marzo de 2013.

Nikken, Pedro, *En defensa de la persona humana*, Editorial Jurídica venezolana, 1989.

Odio, Elizabeth, "El principio de la no discriminación: el caso de los derechos de la mujer", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, 1985.

OMS, "Esterilización femenina: lo que deben saber los agentes de salud", 1993.

Sánchez Urrutia, Ana *et al., Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Publicacions i edicions Universidad de Barcelona, 2013.

Sentencia de 10 de septiembre de 2020 que resuelve la Acción de inconstitucionalidad presentada por Haydée Méndez Illueca para que se declaren inconstitucionales el artículo 3 y el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 7 de 5 de marzo de 2013. Centro de documentación judicial. Órgano Judicial de Panamá.

Del lenguaje claro al reconocimiento del derecho de las personas a comprender

***

From clear language to the recognition of the right of people to understand

*Raúl Arroyo**

Resumen: la tendencia del lenguaje sencillo surgió en los países anglosajones como respuesta a la necesidad de hacer accesibles a los ciudadanos las comunicaciones del Estado. Su mayor desarrollo se dio en el ámbito jurídico, convirtiéndose eventualmente en el derecho a entender, mediante la participación de expertos e instituciones, principalmente de los países iberoamericanos. Este trabajo propone la inclusión de este derecho en las normas jurídicas, particularmente en México, inicialmente en las regulaciones de las entidades federativas, de acuerdo al sistema federal de su organización.

Abstract: the trend of plain language emerged in Anglo-Saxon countries in response to the need to make State communications accessible to citizens. Its greatest development occurred

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Hidalgo, actualmente magistrado del H. Tribunal Superior de Justicia de esa entidad federativa. En el servicio público de su estado, ha sido presidente del Tribunal Electoral, presidente de la Comisión de Derechos Humanos y Procurador General de Justicia. Es autor y coautor de libros y artículos sobre temas jurídicos y de historia. Pertenece al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, A.C. Es miembro correspondiente de la Academia Mexicana de la Lengua.

in the legal sphere, eventually becoming the right to understand, through the participation of experts and institutions, mainly in Ibero-American countries. This paper proposes the inclusion of this right in legal norms, particularly in Mexico, initially in the regulations of the federal entities, according to the federal system of its organization.

Palabras clave: lenguaje claro, derecho a comprender.

Keywords: plain language, clear language, right to understand.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Contexto actual. IV. El derecho a comprender. V. Propuesta. Referencias.

El hombre aprende a hablar
sin oír una sola palabra de gramática,
y se expresa según la cultura de su lenguaje.
Feliz Ramos I Duarte.[1]

El lenguaje es nuestra casa y nuestra cárcel,
nuestro lugar, el de todos. Hemos sido ubicados allí
involuntariamente o mejor, impositivamente,
como un gesto de instalación en la humanidad,
la sociedad, la comunidad.
Sin embargo, aunque no podamos escapar de allí,
si podemos "lenguajear" mejor el mundo.
Brigitte Marcela Quintero Galeano.[2]

I. Introducción

La necesidad de un lenguaje claro aparece en diversos momentos de la historia, está inmersa en aforismos y consideraciones dirigidas a la emisión de expresiones con palabras que facilitaran

1 Ramos I. Duarte, Feliz, *Tratado de lenguaje castellano*, México, Imprenta de Eduardo Dublan, 1896, p. 5.

2 Quintero Galeano, Brigitte Marcela, *Lenguaje claro: rupturas de mi punto de vista para la construcción de un nosotros,* p. 221, *http://dx.doi.org/10.15425/2017.374*

la comprensión inmediata de las personas a quienes se dirigían, principalmente en el reducido ambiente del derecho donde se advertía la dificultad de entender de primera lectura el sentido del discurso jurídico.

Con diversos antecedentes, el concepto como tal es reciente. Surgió originalmente en el ámbito anglosajón, en los años 80 del siglo pasado, con proyectos exitosos como *Clarity* y *Plain Language*, cuyo objetivo es alcanzar una comunicación fluida, a partir del uso de un vocabulario sencillo, entre Gobierno y población. Su cobertura es ahora internacional y ha sido semilla para replicarse, primero en el continente europeo y luego en el americano.

Así, la evolución del lenguaje claro ha permeado con diversa velocidad y diferentes esquemas institucionales e intereses académicos personales, en los países iberoamericanos. En algunos hubo entes gubernamentales que asumieron el problema de utilizar una jerga ajena a la mayoría de las personas y generaron soluciones para remontarlo. Unos se consolidaron y permanecen, pero en todo caso son aislados o no se integraron a las políticas públicas.

Los consolidados hoy son el eje en torno del cual el objetivo avanza. Los que inicialmente fueron decisiones administrativas no alcanzaron un lugar en las políticas públicas, menos en la legislación; sin embargo, quedaron inscritas en las agendas de los organismos públicos que empezaron a producir los mecanismos para llevarlas del papel a la práctica, manuales, instructivos, por ejemplo.

La otra vía ha sido la del trabajo académico de investigación y difusión. Por su naturaleza, mucho más fluido, es pivote para animar compromisos del sector público y alentar la creación de redes impulsoras del tema en las que participan organizaciones de diversa índole.

La producción editorial, el intercambio en seminarios y coloquios y el trabajo individual en universidades y grupos especializados, actualizan constantemente el conocimiento luego expandido en las redes sociales. El programa de la reciente I Convención de la Red Panhispánica de Lenguaje Claro, con sede en la Real Academia Española, da cuenta panorámica de la rápida evolución e importancia que el tema ha cobrado en breve tiempo.

II. Antecedentes

Un momento destacable en ese trayecto fue la inserción en la agenda de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno ya en este siglo. En 2016, la Decimoctava Cumbre Judicial Iberoamericana incluyó en su Declaración de Asunción el proyecto Lenguaje Claro y Accesible, con una afirmación: "La legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales y que ello constituye un verdadero derecho fundamental del debido proceso; a tal efecto, entendemos que es esencial el uso de un lenguaje claro, e inclusivo y no discriminatorio, en las resoluciones judiciales, y una argumentación fácilmente comprensible". [3]

De ahí partió la vinculación de la Cumbre Judicial Iberoamericana, con la Real Academia Española y a través de ella, con las academias de la lengua de los países americanos, de donde surgió el proyecto, ya materializado del Diccionario panhispánico del español jurídico, complementado posteriormente con el Libro de estilo de la Justicia, con dos propósitos: fomentar el lenguaje claro y accesible como fundamento de los valores democráticos y de ciudadanía, así como promover el compromiso de las autoridades para asegurarlo en todos los ámbitos de la vida pública. Su objetivo básico es promover un consenso sobre los estándares de lenguaje claro, comprensible y accesible, que propondrán la Real Academia Española y sus similares agrupadas en la Asociación de Academias de la Lengua Española, con el fin de que puedan ser adoptados por los distintos organismos del Estado en la redacción de normas y documentos públicos, así como por las instituciones y entidades privadas en sus comunicaciones con los ciudadanos.

Muy importante fue la iniciativa conjunta de la Corte Suprema de Chile y la Asociación de Academias de la Lengua Española, ASALE, para constituir la Red Panhispánica de Lenguaje Claro y Accesible, en 2022.

[3] Declaración de Asunción-Paraguay XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana 13, 14 y 15 de abril, 2016, p. 12, *https://www.pj.gov.py/descargas/ID1-129_declaracion_de_asuncion_cumbre_15_04_16*

Apenas en mayo próximo pasado, la Red Panhispánica a la que se han integrado 184 instituciones nacionales, supranacionales e internacionales, celebró en Madrid su primera convención con una agenda de siete sesiones donde se abordaron los temas: Lenguaje claro y poderes públicos, El lenguaje claro en la educación, Lenguaje accesible, Lenguaje claro, tercer sector, servicios de interés general y universidades, Claridad en los lenguajes de especialidad, El lenguaje claro en los medios de comunicación, y El lenguaje claro y accesible en la inteligencia artificial.[4]

La Red ha dado ya un primer producto: la Guía Panhispánica de Lenguaje Claro y Accesible, apenas presentada en la clausura de la citada I Convención celebrada en Madrid con una gran convocatoria. A lo largo de su capitulado extiende un marco referencial y de soluciones tendientes a alcanzar el objetivo de un lenguaje claro para beneficio de las y los gobernados.[5]

El antecedente de la Red Panhispánica está en las exitosas experiencias de las redes nacionales de lenguaje claro, posicionadas como referentes en sus respectivos países por sumar diversas ópticas, opiniones y aportaciones con el denominador común de alcanzar el lenguaje claro. Esa integración ha servido de manera importante para permear el tema más allá de la visión centrada en el derecho, específicamente del ámbito jurisdiccional.

Resultado de lo anterior ha sido la adhesión de las administraciones públicas, universidades, instituciones académicas y organismos gremiales, y, muy importante la incorporación al marco jurídico.

Los países de Iberoamérica con más resultados significativos son España, Argentina, Chile y Colombia. Sin esa perspectiva de conjunto, también pueden identificarse acciones gubernamentales en Canadá, el *Plain Language* de 1991, y en los Estados Unidos de América el *Plain Writing Act* del presidente Barack Obama, en 2010, por ejemplo.

---

4 I Convención de la Red Panhispánica del Lenguaje Claro, *https://www.rae.es/noticia/i-convencion-de-la-red-panhispanica-de-lenguaje-claro*

5 Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, *Guía Panhispánica de Lenguaje Claro y Accesible*, España, ESPASA, 2024.

En Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay, se han constituido redes de lenguaje claro con la participación de instituciones públicas gubernamentales del más alto nivel, académicas, universidades, y personas expertas, con resultados muy favorables para su difusión y aplicación.

Recién se publicó el libro *Lenguaje jurídico claro. Teoría y práctica en el derecho chileno*, obra colectiva de lingüistas y juristas, con el liderazgo de Claudia Poblete Olmedo, de la membresía de la Academia Chilena de la Lengua Española "estudio pionero en lengua española acerca de la teoría y la práctica del lenguaje jurídico claro", según afirma Santiago Muñoz Machado en el prólogo, y donde hay un capítulo dedicado a la urgencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico, parte de la narrativa de la experiencia en aquel país.[6]

En 2023, un grupo de integrantes de la Cámara de Representantes y del Senado del Congreso de la República de Colombia presentaron el proyecto de ley "Por medio de la cual se establecen medidas para promover, difundir y facilitar el uso del lenguaje claro y se dictan otras disposiciones", (Ley de Lenguaje Claro). [7]

En España, en 2002 el Congreso de los Diputados expidió la *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*[8] que sin ser una norma legal reconoce el derecho a comprender.

Posteriormente, se expidió el *Protocolo General de colaboración para el fomento de un lenguaje jurídico moderno y accesible para la ciudadanía*[9] de 2021, acordado por el Consejo General del

6 Poblete Olmedo, Claudia, (coord.), *Lenguaje jurídico claro. Teoría y práctica en el derecho chileno*, Santiago de Chile, DER ediciones, 2024, p. XIII.

7 Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, *https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-09/PL.1932023C%20%2LENGUAJE%CLARO%29*

8 Montolío, Estrella y Tascón, Mario, *El derecho a entender*, Madrid, Prodigioso volcán / CATARATA, 2020, p. 81.

9 Consejo General del Poder Judicial España, *https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios/Convenios-vigentes/Protocolo-general-de-colaboracion-para-el-fomento-de-un-lenguaje-juridico-moderno-y-accesible-para-la-ciudadania—2021-*

Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, la Real Academia Española, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Consejo de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores, el Consejo General de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales, y la Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho, con el compromiso de "velar por el buen uso del lenguaje jurídico",[10] con el objetivo: primero, colaborar

> [...] en el impulso de la formación lingüística de los profesionales del Derecho, el reconocimiento público de buenas prácticas, el acercamiento del lenguaje jurídico a la ciudadanía, la estandarización de documentos jurídicos, las tecnologías al servicio de la claridad del lenguaje, así como cualesquiera otras actuaciones en este ámbito, con el objeto de modernizar y clarificar el lenguaje jurídico, haciéndolo accesible y comprensible para la ciudadanía.[11]

Ese Protocolo General prevé la firma de un convenio de cada institución con el Ministerio de Justicia para concretar actuaciones y compromisos que cada una adopte, y la creación de una Comisión para la claridad y modernización del lenguaje jurídico "actuará como garante de la calidad y accesibilidad del mismo",[12] además otorgará los premios al buen uso del lenguaje jurídico.

Ese instrumento parte del contenido del artículo 9.2 de la Constitución:

> Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y añade: Es esencial para que todas las personas puedan ser libres e iguales, y para que puedan participar de forma efectiva en los asuntos públicos, que comprendan los instrumentos a través de los cuales se expresan las diversas instituciones del Estado. El lenguaje jurídico que se incorpora en los textos normativos, en las resoluciones judiciales o administrativas que afectan directamente a los derechos

10 *Ibidem*, p. 8.

11 *Ibidem*, pp. 8 y 9

12 *Ibidem*, p. 9.

> y obligaciones de las personas y en comunicaciones de todo tipo que reciben de los poderes públicos, ha de ser comprensible para la ciudadanía a la que, en definitiva, aquellos textos van dirigidos.[13]

La Comisión se constituyó en 2023 y en ese acto se presentaron la *Guía de redacción clara, El derecho de la ciudadanía a entender: claves para redactar documentos judiciales eficaces;* y la *Guía para el uso de un lenguaje más inclusivo e igualitario.*

Por lo que hace a México, en 2023 la diputada independiente Andrea Evelyne Vicentiño Barrientos presentó en el Congreso de la Ciudad de México la iniciativa de ley de lenguaje fácil y ciudadano denominada *Ley de lenguaje claro, accesible y de fácil comprensión de los actos de las autoridades de la Ciudad de México.*[14]

Copia de la anterior, a finales del mismo año 2023, la senadora Martha Guerrero Sánchez del grupo parlamentario del partido Morena, presentó la iniciativa de Ley General sobre el uso de lenguaje claro en el actuar de las autoridades federales. En la exposición de motivos presentó como problemática lo siguiente:

> *El quehacer de las autoridades debe ser una tarea hecha por y para los ciudadanos, la tarea del gobierno independientemente de su competencia deber ir dirigida en un lenguaje claro para que todas las personas, independientemente de su condición, origen étnico o nacional, color de piel, cultura, sexo, género, edad, discapacidades, condición social, económica, de salud o jurídica, religión apariencia física, características genéticas, situación migratoria, embarazo, lengua, opiniones, preferencias sexuales, identidad o filiación política, estado civil, situación familiar, responsabilidades familiares, idioma y u otros; entiendan los derechos y obligaciones, que existen en el marco jurídico vigente y aplicable en el desarrollo de la vida gubernamental del país.*
>
> *El lenguaje jurídico utilizado en las leyes, los reglamentos, los acuerdos, convenios, sentencias, autos y demás documentos legales; resulta ser una barrera para el entendimiento y comprensión de la ciudadanía. De ahí la necesidad de proponer a esta Soberanía, que los textos legales sean de fácil entendimiento para cualquier persona.*

---

13 Constitución Española, ed., Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

14 Congreso de la Ciudad de México, *https://consulta.congresocdmx.gob.mx/consulta/webroot/img/files/iniciativa/IN-443-23-28-03-2023*

> *La presente iniciativa tiene como finalidad, volver obligación el uso del lenguaje fácil, lenguaje claro o lenguaje ciudadano, el actuar de las autoridades federales en el ámbito de sus competencias, lo anterior como herramienta democrática para la ciudadanía.*[15]

El texto de este proyecto de ley de lenguaje ciudadano se desarrolla a través de treinta artículos y tiene por sujetos obligados a:

"I. El Gobierno de la Federación,
II. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de la Federación, Los órganos de gobierno que integran la Administración Pública Federal.
III. Los órganos autónomos constitucionales de la Federación.
IV. Las y los ciudadanos de la Federación.
V. Las y los servidores públicos de la Federación." [16]

En el capítulo denominado Del lenguaje ciudadano y la inclusión, lo dirige a la atención de personas con discapacidad, infancias y población indígena.

En varias entidades de la república se han realizado acciones relacionadas con la aplicación del lenguaje claro, ya sea de carácter legislativo como en sus administraciones públicas. De ahí su diversidad de contenidos y alcances.

La reciente conferencia internacional Plain 2023[17] efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en septiembre próximo pasado, reunió personas expertas de América, Europa, África y Oceanía, con varios enfoques: del acceso a la justicia hasta las adicciones y la tecnología. Concluyó con la conferencia "50 años de lenguaje claro en Suecia: cómo vamos y cómo llegamos hasta aquí", dictada por Karin Hansson.[18]

---

15 Senado de la República, p. 3, *https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/65/3/2023-12-14-1/assets/documentos/Ini_Morena_Sen_Martha_Sanchez_Expide_Ley_de_Lenguaje_Ciudadano*

16 *Ibidem,* p. 22.

17 Plain 2023, Conectar culturas: comunicación clara para construir puentes, *https://lenguajeclaro.jusbaires.gob.ar/plain-2023-programa-de-actividades/*

18 Primera presidenta de la Asociación *Sueca 6Språkrådgivning och textvård* para estudiantes y practicantes del lenguaje sencillo.

El encuentro mostró el estado actual de la aplicación del lenguaje claro en el mundo, a partir de la presentación de situaciones reales en cada país.

III. Contexto actual

A lo largo de este desarrollo han surgido diversos temas convergentes en el lenguaje claro, dos con una discusión inacabada: el lenguaje incluyente y el lenguaje accesible, ambos con mayor carga jurídica.

Surgido de las luchas por la igualdad y el empoderamiento de las mujeres, el lenguaje incluyente avanza con discusiones académicas, opiniones técnicas, descalificaciones y hasta burlas. Entre las primeras están las calificadas de la filóloga Concepción Company Company, de las membresías de la Academia Mexicana de la Lengua y El Colegio Nacional, y la del profesor Alberto Puppo, de la Escuela de Génova y docente del Instituto Tecnológico Autónomo de México, coincidentes en que el uso de un lenguaje incluyente no abona a la solución de la discriminación femenina; incluso, Puppo lo ha calificado como "la policía del lenguaje"[19] y apunta a que el derecho no debería intervenir para regularlo.

Consultada por el Gobierno de España sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución de ese país, la Real Academia Española respondió con un extenso informe donde lo considera correcto.[20]

Al informe de la RAE respondió Mercedes Bengoechea Bartolomé, catedrática de la Universidad de Alcalá de Henares, publicada en el blog del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales:

---

19 Estrada Michel, Rafael, *El análisis del lenguaje como herramienta para entender el Derecho*, entrevista a Alberto Puppo, Tiempo de Derechos, mayo 2024, núm. 73, p. 38, *https://www.tiempodederechos.mx/index.php/num-anteriores*.

20 Real Academia Española, *Informe sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución Española*, *https://www-rae-es.webpkgcache.com/doc/-/s/www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf*

> El texto constitucional utiliza el español correcto considerando el uso mayoritario por los hispanohablantes de todo el mundo en cuyo sentimiento lingüístico el masculino genérico incluye a las mujeres, no obstante las recomendaciones, de la UNESCO primero y del Consejo de Europa en 1990 a los países miembros, de alentar formas verbales en las que las mujeres no queden invisibilizadas o subordinadas en la práctica que hace predominante lo masculino sobre lo femenino pues "constituye un estorbo al proceso de instauración de la igualdad entre mujeres y hombres, porque oculta la existencia de las mujeres, que son la mitad de la humanidad, y niega la igualdad.[21]

La Academia Mexicana de la Lengua no tiene una posición normativa al respecto, por la siguiente razón manifestada a través de su Comisión de Consultas, en respuesta a una que le fue enviada: "Los hablantes son los dueños soberanos de la lengua y cada quien es libre de emplearla del modo o modos que considere más apropiados para cumplir sus fines comunicativos y sociales. La Academia se restringe a registrar y estudiar los usos de los habitantes; no es por tanto función suya sancionarlos sino solo describirlos".[22]

En referencia a las posibilidades para explicitar el género en el español: desdoblamiento, uso de las letras e y x, de la @, y construcciones genéricas, señaló:

> Desde el punto de vista estrictamente lingüístico, algunas de estas propuestas, en efecto, contravienen las reglas de la gramática y los procesos de formación de palabras en el español.
>
> No obstante, estos usos han tomado gran fuerza en la sociedad y se han extendido a numerosos contextos gubernamentales y académicos. La aceptación o rechazo de estas propuestas depende de los hablantes y del uso que de ellas haga. Las academias de la lengua no pueden legislar estos usos, como legislan la ortografía, pues las

---

21 Bengoechea, Bartolomé, Mercedes, *En relación al informe de la RAE sobre el uso del lenguaje inclusivo*, *https://www.cepc.gob.es/blog/en-relaci%C3%b3n-al-informe-de-la-rae-sobre-el-uso-del-lenguaje-inclusivo-en-la-constituci%C3%b3n*

22 *wordpress.com*, La AML y el lenguaje inclusivo, 18 abril, 2023, *https://adt3.wordpress.com/2023/04/18/la-aml-y-el-lenguaje-inclusivo/*

> lenguas son el resultado de los cambios y las necesidades sociales. De ahí que no adopte una posición normativa con respecto al denominado lenguaje incluyente o inclusivo.[23]

En el político-gubernamental, el presidente Emmanuel Macron, de Francia, se pronunció contrario al uso del lenguaje incluyente aduciendo que "no hay que ceder a las modas ni a los aires de los tiempos" [24] y que "en francés, el masculino es lo neutro",[25] a partir de un a iniciativa del Senado que pretende anular cualquier acto jurídico escrito en lenguaje inclusivo, incluidos los contratos de derecho privado, y su prohibición en publicaciones de personas con cargos públicos, por considerarlo amenazante para la lengua francesa.

Más recientemente, el presidente de Argentina Javier Milei prohibió el uso del lenguaje inclusivo en la administración nacional con el argumento de que el lenguaje lo construyen espontáneamente los seres humanos y no debe haber alguien imponiéndolo de manera violenta, esto como parte de la supresión más amplia de la perspectiva de género.[26]

Una opinión calificada es la del jurista mexicano Diego Valadés. En su ponencia Consideraciones en torno a las lenguas y a la interculturalidad jurídico-política, presentada en el Congreso de la Lengua, celebrado en Cádiz en 2023, señaló al respecto:

> [...] los grandes cambios suelen tener impacto en las palabras. Esto debe tenerse presente para entender las exigencias de la comunidad y para encauzarlas de la forma que resulte adecuada, sin que con ese motivo se adopten criterios discriminatorios en el lenguaje. El rechazo al concepto binario de sexo está conduciendo a que en

---

23 *Idem*.

24 *La Nación*, "Con el apoyo de Macron, Francia se encamina a prohibir el lenguaje inclusivo", *https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/con-el-apoyo-de-macron-francia-se-encamina-a-prohibir-el-lenguaje-inclusivo-nid01112023/*.

25 *Idem, Europa press*, *https://www.europapress.es/internacional/noticia-macron-llama-no-ceder-aires-tiempos-lenguaje-inclusivo-masculino-neutro-20231030143736.html.*

26 Milei, Javier, prohíbe el lenguaje inclusivo en la administración pública argentina, *https://www.youtube.com/watch?V=rprvmfoazlw*

> leyes, sentencias y disposiciones administrativas se sustituye la voz "mujer" por "persona gestante" y hasta por "persona nacida", omitiéndose el sexo femenino o masculino al momento de la inscripción en el registro civil.
>
> Ese tipo de expresiones son regresivas en materia de igualdad y restan claridad a las normas. Con la apariencia de un lenguaje inclusivo se excluye a la mujer, cuyos derechos todavía están construyéndose, además de incurrir en inexactitudes que impiden el diseño de políticas igualitarias. [...]
>
> Si bien hay una evolución favorable a la igualdad ante la ley, las concesiones por mor de la corrección política están llevándonos, de una manera casi inadvertida, a nuevas modalidades de discriminación. Los ordenamientos constitucionales avanzados, y algunos internacionales interdicen todas las formas de discriminación, incluidas las lingüísticas. [...]
>
> La imposición social de una forma particular de hablar y su uso en la construcción de normas son incompatibles con la igualdad ante la ley y con las libertades públicas.[27]

Algunos ordenamientos de los órganos facultados para la impartición de justicia han incluido en sus disposiciones la obligatoriedad del lenguaje incluyente, aparejado a la condición de aplicar las normas con perspectiva de género, de infancia, de colectivos vulnerables.

El periodista español Alex Grijelmo, publicó su *Propuesta de acuerdo sobre el lenguaje inclusivo*[28] contenida en 36 puntos, después de un extenso y exhaustivo análisis. En los dos últimos afirma:

> 35. Cuando todos los problemas de la desigualdad entre sexos estén resueltos, el género gramatical perderá toda trascendencia, porque la lengua es una proyección de la sociedad. Y cuando ese momento llegue, cuando el objetivo se alcance, quizá a nadie le importe ya la

---

27 Valadés, Diego, *Lenguaje claro y accesible / Lenguas, nacionalismo e interculturalidad política,* IX Congreso Internacional de la Lengua Española, Cádiz 2023, #CILE2023, *https://www.youtube.com/watch?V=ycaishoye7y*

28 Grijelmo, Alex, *Propuesta de acuerdo sobre el lenguaje inclusivo*, España, Taurus, 2019.

gramática. Los accidentes gramaticales se quedarán en meras herramientas para la coincidencia o no entre el género y el sexo.

36. El debate sobre el lenguaje igualitario debe encontrar espacios comunes que acojan posturas razonables y argumentadas de todas las partes y faciliten un diálogo sincero y encaminado al acuerdo, sin ridiculizar a quien defiende otras opiniones. Las posiciones más radicales corren el riesgo de descalificar a la colectividad en la que se insertan.[29]

Actualmente se procesa en el Congreso mexicano una reforma constitucional para la aplicación del lenguaje de género en el tratamiento de los cargos públicos. Ha sido aprobada en el Senado la iniciativa de la senadora Olga Patricia Sosa y fue enviada a la Cámara de Diputados para su discusión.[30]

El otro aspecto surgido es el lenguaje accesible, en principio confundido con el lenguaje claro hasta su definición como aquel dirigido a determinados grupos sociales que por su condición particular "discapacidad, edad, pertenencia étnica" requieren de una atención personalizada en el contexto del acceso a la justicia. De ahí que su mayor desarrollo esté en la actividad jurisdiccional, específicamente en las sentencias.

De lo anterior surgió una discusión, afortunadamente superada, respecto al alcance de las resoluciones judiciales trasladadas al lenguaje accesible. Una vez aclarado que de ninguna manera sustituyen el texto producido y firmado por la autoridad judicial resolutora, sino una interpretación destinada únicamente al entendimiento de la persona destinataria. Superada la confusión, es cada día más usual la adopción de esta fórmula para acercar la justicia a quienes la han demandado mediante un proceso establecido, regulado y garantizado por la legislación.

No se trata solo de un formalismo, su importancia está en el impacto que genera respecto de los derechos humanos de las y los justiciables con afectaciones que requieran un trato especial.

[29] *Ibidem*, p. 283.

[30] Senado de la República LXVI Legislatura, *Dictamen Lenguaje Inclusivo, https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/66/1/2024-12-10-1/assets/documentos/Dictamen_Lenguaje_Inclusivo.pdf*

La práctica tiene obligatoriedad en normas procedimentales y orgánicas de las funciones jurisdiccionales.

IV. El derecho a comprender

El avance más notable del lenguaje claro es su tránsito del plano de la conveniencia de su uso para la mejor comprensión social de las comunicaciones oficiales, al de un derecho, esto es, quedó superada la concepción de una buena práctica del ente emisor de las comunicaciones, por el derecho del receptor a comprender.

Se abrió entonces una nueva veta que avanza en varias vertientes, todas de la mayor importancia pues corren sobre los rieles de la democracia, la transparencia, la igualdad, el acceso a la justicia, la calidad de las instituciones públicas, el ejercicio del gobierno, la responsabilidad de las empresas, y otros que se sumarán conforme se despliegue la cobertura del derecho a comprender.

Anuncio de lo anterior es la abundante literatura previa, principalmente que aborda ese novedoso derecho. Están en ese rubro, por citar algunos, los textos: *El lenguaje de los discursos "del" derecho y "sobre" el derecho,*[31] *Léxico de los grupos de poder,*[32] *¿Lenguaje claro, ciudadano o jurídico?,* [33] *Comunicación para juristas,*[34] *Lenguaje y derecho. Decisión judicial y ficción,*[35] *El jurista y el reto*

[31] Amaya Osorio, Lucidia, *El lenguaje de los discursos "del" derecho y "sobre" el derecho,* Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2017.

[32] Ayala Blanco, Fernando y Mora Velázquez, Salvador, (coords.), *Léxico de los grupos de poder*, México, UNAM, 2018.

[33] Rosales Alvarado, Miguel Ángel, *¿Lenguaje claro, ciudadano o jurídico?,* México, Grupo editorial del Caribe, 2018.

[34] Carretero González, Cristina, *Comunicación para juristas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

[35] Castillo Robles, Eduardo, *Lenguaje y derecho Decisión judicial y ficción,* México, UBIJUS, 2021.

de un derecho comprensible para todos,[36] y apenas en junio de este año, *Lenguaje Claro en Iberoamérica.*[37]

Así como es un avance notable, el derecho a comprender plantea un reto superior: su inclusión en el catálogo de los reconocidos en Iberoamérica, sobre todo frente a desafíos para el derecho del calado de la comunicación en redes sociales, el avance tecnológico, incluida desde luego la inteligencia artificial de vertiginosa presencia.

Si el lenguaje claro inició su andadura en el ámbito del derecho, ahora corresponde al derecho impulsarlo hasta su consolidación, asumiendo sus complejidades, riesgos y necesidades para ser reconocido y regulado en el orden jurídico. La ventaja está en los varios puntos de partida preexistentes. Importa recordarlos aquí:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, en su artículo 8 relativo a las Garantías Judiciales, establece en su apartado 2:

a) "Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal". [38]

Aprobadas por la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana efectuada en Ecuador, en abril de 2018, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia en condiciones de vulnerabilidad, establecen en su capítulo III, Celebración de actos judiciales:

> (58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado.

---

36 Madrid Cruz, María Dolores (dir.), *El jurista y el reto de un derecho comprensible para todos,* Madrid, REUS, 2020.

37 Retegui, Alejandro Rafael y Rocca, Fernando Bernabé, *Lenguaje Claro en Iberoamérica*, Argentina, Thomson Reuters, 2024.

38 Corte IDH, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.*

> (59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.
>
> (60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico, (61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo.
>
> (62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.
>
> (72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla. [39]

Entre las normas constitucionales mexicanas, el artículo 2º en la fracción VIII del apartado A, capítulo De los Derechos Humanos y sus Garantías, igualmente obliga a la autoridad a proporcionar a la población indígena, en todos los procedimientos en que sean parte, asistencia de intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.[40]

En el subtítulo de su libro *El derecho a entender*, Estrella Montolío y Mario Tascón lo sintetizan: "La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía",[41] para describir, en su primer capítulo, la historia reciente de ese derecho, y, finalmente explicar cómo se pasa de una comunicación burocrática a una

---

[39] Corte IDH, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30061*

[40] Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *https://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/ref/cpeum.htm*

[41] Montolío, Estrella y Tascón, Mario, *op. cit.*

comunicación democrática: "Tras siglos de maltrato, hemos de desarrollar un nuevo vínculo de confianza entre las administraciones, organismos y empresas, y los ciudadanos. Si las personas no entienden la información de inmediato, piensan que se oculta algo".[42] "El objetivo es que los ciudadanos comprendan, se sientan seguros y estén en el centro de la actividad pública".[43]

En *Por el derecho a comprender,*[44] Betsy Perafán Liévano reunió trece ilustrativos textos en torno del lenguaje claro en un espectro que va de la complejidad para definir el término, a su importancia como herramienta para la participación y la inclusión social. Del ensayo ahí publicado de la comunicadora social colombiana Brigitte Marcela Quintero Galeano, "Lenguaje claro: rupturas de *mi* punto de vista para la construcción de un *nosotros",* tomo textualmente algunas partes medulares para dar contexto a mi propuesta:

> [...] lenguaje claro se define como el estilo de comunicación verbal y escrita de las comunicaciones del Estado que genera información comprensible, pensada desde el mundo de los ciudadanos, para facilitar la vida en comunidad.
>
> El principio por excelencia del lenguaje claro consiste en ponerse en los zapatos del otro, esto es empatizar, tener la disposición y capacidad de situarse en la palabra del otro, en su contexto.
>
> Existe un problema cuando la concentración de un saber o el mayor dominio del código de alguien, en este caso, del Estado, trunca la relación con sectores de la población que no cuentan con tales bienes culturales y que ineludiblemente requieren información pública.
>
> [...] se parte del reconocimiento del otro, de la generación de empatía y, por lo menos para el propósito del lenguaje claro, de facilitar la comunicación entre el Estado y los ciudadanos.
>
> Con esto no se quiere decir que el lenguaje claro sea lenguaje coloquial o que el ciudadano sea incapaz de aprender, explicar una co-

42 *Ibidem*, p. 130.

43 *Ibidem,* p. 135.

44 Perafán Liévano, Betsy, (ed.), *Por el derecho a comprender,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores- Universidad de los Andes, 2021.

> municación o enriquecer su lenguaje, sino que sin la comprensión del otro difícilmente se romperán las barreras comunicativas que existen entre estos dos actores y que definen la posibilidad de acceder, entender y usar la información pública, a favor del ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes.
>
> No es posible comunicarnos en lenguaje claro si no nos damos a la tarea de ponernos en los zapatos del otro.[45]

También es de utilidad el reciente libro dirigido por Mercedes de Prada Rodríguez: *El derecho a entender el derecho*.[46] No obstante estar destinado al ámbito de la justicia, "afronta la problemática desde una perspectiva multidisciplinar y práctica". Entre los temas ahí abordados están: de la obligación de conocer el derecho al derecho de entenderlo, el lenguaje ideológico, los nuevos destinatarios del lenguaje, la sociedad digital, la crisis del lenguaje en la relación entre las administraciones públicas y los ciudadanos.

Igual importancia tiene los *Fundamentos del Lenguaje Claro,* de Santiago Muñoz Machado, director de la Real Academia Española, donde el autor aborda una temática que va de la deuda de la lengua a las leyes a los movimientos en defensa del lenguaje claro, abordando el lenguaje como herramienta del poder, las razones de la oscuridad y el derecho al lenguaje accesible.[47]

V. Propuesta

Con todo este marco referencial, el punto ahora es encaminar las baterías hacia la inscripción del derecho a comprender en las normas jurídicas que provean su materialización.

En un país como México, donde se ha vuelto costumbre incluir todo lo considerado importante, para que jurídicamente lo

---

45 Quintero Galeano, Brigitte Marcela, *op. cit.,* p. 229.

46 Prada Rodríguez, Mercedes de, *El derecho a entender el derecho,* España, Tirant Lo Blanch, 2024.

47 Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos del Lenguaje Claro,* España, ESPASA, 2024.

sea, en la Constitución, y dadas las dificultades para transitar esa vía, sería más conveniente, y esa es la propuesta, revertir la ruta aprovechando nuestra organización federal para inscribirlo en las normas constitucionales de cada entidad federativa y por esa ruta alcanzar un espacio en la Constitución Federal, concretamente en el capítulo de derechos humanos y sus garantías.

Para orientar este propósito son de mucha utilidad dos libros: *Morderse la lengua. Corrección política y posverdad,*[48] de Darío Villanueva, profesor emérito y ex rector de la Universidad de Santiago de Compostela, y miembro de la Real Academia Española, quien plantea en el capítulo denominado "La galaxia post. (Pos) Modernidad líquida y poshumanismo. Racionalidad y emocionalidad. poslengua", lo siguiente:

> [...] la posverdad y la corrección política se han instalado con descaro en nuestra sociedad y en su cultura política. [...] no ha ocurrido tal cosa por casualidad, sino por la confluencia en el último medio siglo de una serie de factores, muchos de ellos detectables ya con anterioridad pero que han cuajado en la llamada posmodernidad.[49]

> [...] aunque disputemos sobre la unicidad y univocidad de la verdad y admitamos con el raciovitalismo de Ortega y Gasset que cada uno de nosotros somos un agente de verdades, el sentido común, que de por serlo es compartido, nos sugiere que admitamos la evidencia de lo verdadero frente a lo falso, de lo cierto en vez de lo utópico o irreal, la existencia segura y no el apocalipsis de la realidad. La posverdad, en cuanto hija de la suspicacia moderna y deconstruccionista, se basa en que la verdad no existe y los enunciados no tienen por lo tanto que ajustarse a ella, porque no es sino un fantasma o una quimera. El sentido de lo común nos dice exactamente lo contrario. Basta con aplicarlo a lo que vemos "a los hechos" o a lo que pensamos, e iluminarlos con las luces de la razón. [50]

48 Villanueva, Darío, *Morderse la lengua. Corrección política y posverdad,* 6a. ed., España, ESPASA, 2021.

49 *Ibidem,* p. 256.

50 *Ibidem,* p. 307.

El otro, del profesor mexicano Mauricio Merino, *Gato por liebre. La importancia de las palabras en la deliberación pública,*[51] donde analiza la comunicación oficial que distorsiona la realidad hasta domarla, frente a lo cual, propone regresar a las palabras para revertir esos efectos. Dice Merino:

> Son las palabras las que van confeccionando la memoria y la ilusión de continuidad que nos prometen inventar la historia; imaginar el pasado y recordar el futuro, escribió Carlos Fuentes. Con ellas organizamos los rituales que encarnan lo imposible y lo convierten en imágenes, en símbolos, en bailes y rutinas. Hemos aprendido que el mito no existe sin el rito y este, a su vez, se construye con palabras. Al decirlas, nos inventamos: solo existe lo que digo. Pero hay algo más: al amparo del poder me ha sido conferido, solo existe como digo.
>
> Si se mira con cuidado, no hay poder más grande que el de las palabras. Crearlas o modificarlas es un privilegio. En los extremos, los poetas las vuelven metáforas y ritmo (eso decía Octavio Paz), mientras los dueños del poder las usan para dominarnos. Sabemos que los regímenes políticos más poderosos han sido aquellos capaces de otorgarles el significado que más les conviene y modificarlas a placer, ya sea para recrear la realidad, para ignorarla o para domarla: he ahí la piedra basal de cualquier dominación. Pero también sabemos que todo es cierto hasta que brotan las que contradicen. Por eso, la mejor defensa que tenemos contra los excesos del poder "y quizá la única" es la vuelta a las palabras. Si con ellas hemos sido sometidos, con ellas seremos liberados.[52]

Colocar el lenguaje claro en la ley, inscribiéndolo como el derecho de las personas a comprender, iniciaría también las condiciones para construir un dique a las nuevas vulneraciones a los derechos humanos que enfrentan con fenómenos tan cambiantes como lesivos.

Partamos de dos precisiones señaladas en la Guía Panhispánica de Lenguaje Claro y Accesible: "el lenguaje de los poderes públicos resulta oscuro, incomprensible. Por eso, frente a la opa-

---

51 Merino, Mauricio, *La importancia de las palabras en la deliberación pública*, México, DEBATE, 2023.

52 Ibidem, p. 9 y 10.

cidad de disposiciones que afectan a la ciudadanía en todos los ámbitos de su vida, ha cristalizado un movimiento internacional que, bajo la enseña <lenguaje claro>, reivindica un nuevo derecho: el derecho a comprender".[53]

De estas y de todas las referencias citadas a lo largo de esta exposición se desprende una robusta argumentación hacia la inclusión del lenguaje claro en el catálogo de los derechos humanos con la figura del derecho a comprender.

Mediante un amplio espectro bajo la pregunta ¿Cómo puede alguien cumplir una ley que nadie entiende?, Germán J. Arenas Arias e Isabel Wences reunieron 13 estudios, cada uno de diferente óptica y temática con un eje principal: normar el uso del lenguaje claro en perspectiva de cultura de la legalidad.[54] Es un referente de gran valía para sustentar, a partir incluso de experiencias, el reconocimiento del derecho a comprender en clave democrática como apertura de cualquier sociedad a estadios superiores de bienestar.

Referencias

Amaya Osorio, Lucidia, *El lenguaje de los discursos "del" derecho y "sobre" el derecho,* Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Arenas Arias, Germán J. y Wences, Isabel, (coords.), *¿Cómo puede alguien cumplir una ley que nadie entiende? Estudios interdisciplinarios sobre lenguaje claro y cultura de la legalidad, Universidad de Alcalá, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos*, España, Marcial Pons, 2024.

Ayala Blanco, Fernando y Mora Velázquez, Salvador, (coords.), *Léxico de los grupos de poder*, México, UNAM, 2018.

53 Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, *op. cit*., pp. 17-18.

54 Arenas Arias, Germán J. y Wences, Isabel, (coords.), *¿Cómo puede alguien cumplir una ley que nadie entiende? Estudios interdisciplinarios sobre lenguaje claro y cultura de la legalidad, Universidad de Alcalá, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos*, España, Marcial Pons, 2024.

Bengoechea, Bartolomé, Mercedes, *En relación al informe de la RAE sobre el uso del lenguaje inclusivo*.

Carretero González, Cristina, *Comunicación para juristas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

Castillo Robles, Eduardo, *Lenguaje y derecho Decisión judicial y ficción,* México, UBIJUS, 2021.

Constitución Española, ed., Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración de Asunción-Paraguay, XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana 13, 14 y 15 de abril, 2016.

Estrada Michel, Rafael, *El análisis del lenguaje como herramienta para entender el Derecho*, entrevista a Alberto Puppo, Tiempo de Derechos, mayo 2024, núm. 73,

Grijelmo, Alex, *Propuesta de acuerdo sobre el lenguaje inclusivo*, España, Taurus, 2019.

Madrid Cruz, María Dolores (dir.), *El jurista y el reto de un derecho comprensible para todos,* Madrid, REUS, 2020.

Merino, Mauricio, *La importancia de las palabras en la deliberación pública*, México, DEBATE, 2023.

Montolío, Estrella y Tascón, Mario, *El derecho a entender*, Madrid, Prodigioso volcán-CATARATA, 2020.

Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos del Lenguaje Claro,* España, ESPASA, 2024.

Perafán Liévano, Betsy, (ed.), *Por el derecho a comprender,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores- Universidad de los Andes, 2021.

Poblete Olmedo, Claudia, (coord.), *Lenguaje jurídico claro. Teoría y práctica en el derecho chileno*, Santiago de Chile, DER ediciones, 2024.

Prada Rodríguez, Mercedes de, *El derecho a entender el derecho,* España, Tirant Lo Blanch, 2024.

Quintero Galeano, Brigitte Marcela, *Lenguaje claro: rupturas de mi punto de vista para la construcción de un nosotros.*

Ramos I. Duarte, Feliz, *Tratado de lenguaje castellano*, México, Imprenta de Eduardo Dublan, 1896.

Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, *Guía Panhispánica de Lenguaje Claro y Accesible*, España, ESPASA, 2024.

Real Academia Española, *Informe sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución Española*.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Retegui, Alejandro Rafael y Rocca, Fernando Bernabé, *Lenguaje Claro en Iberoamérica*, Argentina, Thomson Reuters, 2024.

Rosales Alvarado, Miguel Ángel, *¿Lenguaje claro, ciudadano o jurídico?,* México, Grupo editorial del Caribe, 2018.

Senado de la República LXVI Legislatura, *Dictamen Lenguaje Inclusivo*.

Valadés, Diego, *Lenguaje claro y accesible / Lenguas, nacionalismo e interculturalidad política,* IX Congreso Internacional de la Lengua Española, Cádiz 2023, #CILE2023.

Villanueva, Darío, *Morderse la lengua. Corrección política y posverdad,* 6a. ed., España, ESPASA, 2021.

Libertad de expresión y discursos de odio. Un análisis de los fundamentos

***

Freedom of expression and hate speech. An analysis of the foundations

Ignacio Colombo Murúa

Resumen: la idea de esta breve exposición es explorar sintéticamente los fundamentos o presupuestos sobre los que se asienta la prohibición del llamado "discurso de odio" y sus tensiones respecto de una idea robusta de la libertad de expresión propia de la posición liberal.

Se explorará la justificación que arraiga en una concepción del lenguaje vinculada a la filosofía contemporánea y que integra tanto al llamado giro lingüístico como el hermenéutico. Acá la palabra ya no es un mero instrumento a la mano del hombre, mediante el cual el individuo expresa inocuamente sus pensamientos. Por el contrario, el lenguaje es configurador de realidad (del "mundo") y, lo que es más radical aún, de la subjetividad misma "del propio individuo". Los discursos de odio generan la discriminación y al discriminado y ello erosiona su posibilidad de participación democrática.

Por último, se concluirá que, aunque aceptamos estos fundamentos y, por lo tanto, consideremos justificado excluir ciertos discursos en entornos democráticos, los problemas no se terminan allí, pues queda ahora por discutir con qué herramientas y de qué modo se emprenderá la tarea. Se postulará que la respuesta más inteligente está en abandonar al derecho penal como solución pensar en institutos novedosos y no punitivos.

Con ello y más allá de los fundamentos de los que se parta podrá haber un equilibrio entre una idea robusta de la libertad de expresión y los límites impuestos a ciertos discursos extremos y discriminatorios.

Abstract: the idea of this brief exposition is to synthetically explore the foundations or assumptions on which the prohibition of so-called "hate speech" is based as well as the conflicts it poses with a strong notion of free speech that is characteristic of the liberal viewpoint.

We shall examine the rationale that draws on a modern philosophical understanding of language while also incorporating the so-called linguistic turn. Here, the word ceases to be merely a tool in man's hands that allows him to voice his ideas innocuously. Quite the opposite: language models both reality (the "world") and, in a more radical move, subjectivity itself. Discrimination stemming from hate speech makes it harder to participate in democracy.

Finally, it will be concluded that although we accept these foundations and consider it justified to exclude certain discourses in democratic environments, the problems do not end there, since it now remains to discuss what tools will be used to undertake the task. It will be postulated that the most intelligent response is to abandon criminal law as a solution and think about innovative and non-punitive institutes. With this and beyond the foundations on which it is based, there can be a balance between a robust idea of freedom of expression and the limits imposed on certain extreme and discriminatory speeches.

Palabras clave: libertad de expresión, discursos de odio, lenguaje preformativo.

Keywords: freedom of speech, hate speech, preformative language.

Sumario: I. Introducción. II. Bases para prohibir ciertas expresiones sin excluir la libertad de expresión. III. Lenguaje y democracia. IV. Algunos autores liberales que proponen restringir los discursos de odio. V. Y qué hacer con el *hate speech*. Referencias.

I. Introducción

La idea de esta breve exposición es explorar sintéticamente los fundamentos o presupuestos sobre los que se asienta la prohibición del llamado "discurso de odio" y sus tensiones respecto de una idea robusta de la libertad de expresión propia de la posición liberal que sostiene al constitucionalismo desde sus orígenes.[1]

Mi postura siempre ha sido reactiva a admitir restricciones en los discursos, en especial de aquellos que refieren a asuntos políticos o de interés público. Es por ello que intentaré, con seriedad, abordar los posibles fundamentos para la postulada necesidad de restringir a algunos discursos como los llamados "de odio", posición que ha obtenido, en distintas normativas de derecho comparado, consagración normativa.

Esta discusión previa no se encuentra, como se verá, especialmente problematizada por la falta de una definición clara y precisa de a qué se denomina discurso de odio.[2] En efecto, como la reflexión refiera a los fundamentos, ellos resultan comunes, al menos a la mayoría de las definiciones propuestas.

En este sentido, autores como Brown[3] o Guillén-Nieto han señalado que una buena manera de conceptualizar a los discursos de odio es recurrir a la noción de "parecido de familia" elaborada por Wittgenstein. La idea, en términos generales, es que existen algunas definiciones que, pese a su ambigüedad, pueden ser "atrapadas" con esta noción que explica, más que como el lenguaje es utilizado en un sentido abstracto, cómo se aplica en los distintos contextos del habla.[4] Al decir de estos autores, la aplicación del concepto de parecido de familia a varias definiciones de discurso de odio permite compararlas y encontrar, además de

---

1 Este es un trabajo embrionario y en desarrollo y, por ello, plantea algunas premisas provisorias y conclusiones en elaboración.

2 Vid. un prolijo repaso de las distintas definiciones que se han intentado al respecto en, Guillén-Nieto, Victoria, *Hate Speech. Foundations in Language and Law*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2023, pp. 3-8.

3 Brown, Alexander, "What is hate speech? Part II: family resemblances", *Law and Philosophy,* vol. 36, núm. 5, pp. 1-53.

4 Guillén-Nieto, Victoria, *op. cit*., p. 8.

sus diferencias, las similitudes "superpuestas y entrecruzadas" (Wittgenstein) entre ellas. En efecto, se puede advertir que todas las definiciones comparten algunos elementos comunes. El abordaje desde los fundamentos permite completar este razonamiento, pues, entendemos que lo que agrupa a estas divergentes definiciones en un espacio común de discusión es, precisamente, algo que se encuentra presupuesto en todas ellas, esto es, un modo específico de pensar al lenguaje y a sus implicancias.

Por otro lado, esta reflexión es necesaria, pues, por un lado lo que está en juego es la consagración de una visión más o menos restrictiva de lo que se ha considerado un derecho hiperprotegido por el constitucionalismo liberal, este es, la libertad de expresión; y, por el otro, la comprobación de que las normativas que prohíben y criminalizan ciertos discursos de odio han proliferado en el derecho comparado. En Argentina, por ejemplo, existen ciertos discursos prohibidos y, por ende, censurados y criminalizados. El artículo 13, inciso 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que "estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional" (de un tenor similar resulta el art. 20 del PIDCP).

A su vez, la ley antidiscriminación argentina, 23.592, establece en su artículo 3 que

> Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

En el derecho comparado estas normas son muy comunes, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y en el mundo europeo.

II. Bases para prohibir ciertas expresiones sin excluir la libertad de expresión

Desde el punto de vista de la justificación se ha hecho alusión a que los discursos de odio ponen derechos en tensión y, por ello, la prohibición del *hate speech* nace ya como una delicada tarea de ponderación jurídica. Acá entran en conflicto la libertad de expresión y el derecho al trato digno e igualitario, especialmente al momento de participar en la vida política. Es común a las fundamentaciones de la prohibición de este tipo de discursos que se argumente que cualquier discurso que se precie de tal y que pretenda tener sentido y posibilidad de impacto requiere como base la igualdad, al menos el igual respeto respecto de los hablantes —sin ello no hay diálogo posible—.

Para que la democracia pueda funcionar, se suele argumentar, es necesario que se aseguren ciertos derechos que operan como condición de posibilidad (precondiciones). Así, si por un lado la libertad es uno de esos derechos (libertad para poder dialogar y poder elegir entre distintas opciones posibles), la igualdad también debe serlo (para poder dialogar en condiciones de paridad y que la opinión y elección de cada uno tenga el mismo valor que la de otro).

Estos fundamentos son compatibles con algunas concepciones de raigambre liberal, por ejemplo, las de las democracias deliberativas. No nos interesa detenernos en estas argumentaciones, pues creemos que otra línea de justificación de los discursos de odio resulta más atractiva e, incluso, bien que se la vea, sirve para complementar esta posición. Esta línea trabaja sobre una nueva forma de analizar el lenguaje.

En efecto, a nuestro modo de ver, uno de los argumentos más interesantes que se han esgrimido para prohibir ciertas expresiones se asienta, precisamente, en cuestionar o redefinir el sentido y alcance de la expresión misma. La expresión lingüística no se trata ya de simplemente, y al menos en algunos casos, expresar inocuamente un pensamiento interno —tal como lo piensa el liberalismo— sino por el contrario, de hacer cosas positivamente a través de la palabra —incluso, dañar a otros—. Acá es puesta en crisis la idea tradicional, desde la que parte la visión liberal, de

que la palabra es simplemente una idea expresada que no puede implicar acción alguna y, por ende, es incapaz de "producir daño" a un tercero. Ya no hay necesariamente una diferencia tajante entre expresar verbalmente algo y agredir a alguien.

En esa línea se ha recurrido a la idea de performatividad del lenguaje elaborada por el filósofo inglés Jhon L. Austin. En su principal obra: ¿Cómo hacer cosas con las palabras?[5] explica que existe una serie de expresiones que no son meras descripciones del mundo, sino que constituyen acciones en sí mismas. Señala que verbos como "jurar", "declarar", "apostar", "bautizar", etc. constituían fonaciones que ya, de por sí, son o constituyen una acción. Un ejemplo muy sencillo de ello podría ser cuando un juez dice: "Yo los declaro marido y mujer". Al pronunciar la frase, el matrimonio se constituye y, obviamente, esto cambia la realidad que existía hasta ese entonces.[6] Estos "actos del habla" se producen tanto explícita como implícitamente.[7]

Desde esta idea se ha reflexionado que el lenguaje muchas veces (o siempre) genera realidad, y que, por ejemplo, un discurso discriminatorio, por un lado, daña a la persona discriminada y, por otro, genera el hecho mismo de la discriminación. No se trataría ya simplemente de un discurso que, por desagradable que fuera, pueda ser neutralizado con otro discurso, intercambiar razones, e intentar convencer al adversario, sino que se trata de que el discurso mismo ya ha generado, por su mera existencia, un impacto negativo y lesivo en la realidad, y ello más allá de lo que luego se intente hacer (o decir) para contrarrestarlo.

Pero además de ello es importante detenerse con más profundidad en la naturaleza configurativa de realidad del lenguaje postulada por estas líneas teóricas: el lenguaje constituye mundo-realidad. En este sentido puede decirse que, según estas líneas teóricas, la discriminación no es algo que preexiste al lenguaje y al uso de la palabra "como si hubiera grupos pre-lingüísticos u

5 Austin, John L., *How to do things with words*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

6 *Cfr*. Guillén-Nieto, Victoria, *op. cit*., pp. 115-125.

7 Searle, John R., *Speech acts*, Cambridge, Cambridge University Press,1969, p. 30.

ontológicamente discriminados", sino que se da en y por la expresión lingüística. La expresión genera al discriminado, lo daña, lo margina —y ello, claro, impacta también en la posibilidad de participación democrática—.

Las ideas de Austin (perfeccionadas por autores como Derrida –*De la Gramatología*– y seguida con otro sentido por autoras como Butler en la teoría del feminismo *queer*) se combina, como fundamentos para la prohibición de los discursos del odio, con otras concepciones más generales respecto del lenguaje y que se han propuesto sobre todo a partir de los grandes giros verificados en la filosofía contemporánea: el lingüístico (Wittgenstein) y el hermenéutico (Heidegger). Desde estas filosofías, ya no se trata de que el lenguaje sea un mero instrumento a la mano del hombre —por ejemplo, para que este exprese su pensamiento—; sino que el lenguaje constituye, como vimos, al mundo, pero también, y esto es muy importante, al sujeto —que es parte del mundo—.

La filosofía liberal —como la filosofía clásica— base del constitucionalismo clásico, supone un individuo —el ciudadano— ya cerrado y constituido que es previo a cualquier conocimiento, y respecto del cual o en función del cual se crea el Estado. El sujeto —ya constituido como tal— es el que utiliza el lenguaje como una herramienta para comunicarse y el que, en la esfera política, emplea y crea a las instituciones del poder.

En la visión opuesta, que es la que ahora nos interesa, se presenta a un individuo que es constituido en cuanto tal por el poder a través de esquemas y estructuras biopolíticas (para decirlo con Foucault) o por medio de los discursos lingüísticos —que también son "dispositivos" configurativos del sujeto—.

Si esto es así, entonces y nuevamente, en el lenguaje no se juega una mera cuestión de expresiones de pensamientos e ideas que pueden estar en pugna, sino, por el contrario, se pone en movimiento la misma constitución de la realidad y, dentro de ella, de la realidad más radical, como lo es la configuración de la propia individualidad o del sujeto. Dicho de otro modo, no hay mayor acción —configuradora, nada menos ni nada más que del mundo— que la de la palabra –o "el lenguaje"- entendida en estos términos.

III. Lenguaje y democracia

Ahora bien, parece pertinente, para continuar y porque los sostenedores de la libertad de expresión irrestricta fundamentan su posición en la vinculación de la palabra con la democracia, conectar esta perspectiva filosófica con, precisamente, la democracia "ahora con un *background* distinto". Como señalamos, estas perspectivas respecto del lenguaje pueden venir a completar las fundamentaciones deliberativistas a la restricción de los discursos. Y es que si la palabra no impacta en la realidad uno podría concluir que tampoco puede erosionar, en sentido estricto, la igualdad (hay una separación entre lo discursivo y lo real) y, con ello, la fundamentación de cualquier restricción a las expresiones se debilitaría.

En democracia se debe permitir que se exprese la mayor cantidad de voces posible para asegurar, así, el autogobierno, las decisiones deliberadas y, sobre todo, proteger a las minorías. Pero para ello se deben generar las condiciones de posibilidad para que las voces se escuchen y es, precisamente en ese nivel, en donde la expresión de odio y discriminatoria puede jugar un rol negativo y, por ende, bloqueante de la democracia misma.

Si concedemos que esta visión del lenguaje es correcta, entonces, se entiende que, si se pretende defender una idea de democracia sin exclusiones, sin discriminación, etc. resulta casi una necesidad regular e incluso prohibir los discursos que pueden generar, precisamente, estas mismas discriminaciones. No se trata ya de una "acción violenta" concreta que es la que debe evitarse, sino que se trata de trabajar sobre las condiciones de posibilidad "las lingüísticas" que generan al discriminado y al excluido, al que se lo daña, pero, también desde la teoría democrática, se lo excluye y se lo deja sin voz. Es decir, se aborda la cuestión en una instancia mucho más profunda y, justamente, performativa.

Entonces, sintetizando, el discurso de odio sobre personas o grupos constituye a esos grupos como vulnerables y discriminados sin que sea necesarios proyectar o pensar ninguna "acción física" posterior. El discurso en sí mismo es el que tiene la posibilidad de dañar a la comunidad, desintegrándola y excluyendo de su seno a los grupos discriminados por la palabra.

IV. Algunos autores liberales que proponen restringir los discursos de odio

Me detendré, por una razón de espacio, solo en un ejemplo de la doctrina norteamericana que, aunque parte de la tradición liberal, parece presuponer una posición performativa del lenguaje. Por ello repasaré muy brevemente la posición de Jeremy Waldron.[8] Este recorrido nos parece interesante ya que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho europeo (sobre todo post Segunda Guerra Mundial), el derecho norteamericano ha sido muy reticente a avalar restricciones a la libertad de expresión y, por ende, las voces minoritarias se ven obligadas a justificar fuertemente sus posiciones.

Waldron "de origen neozelandés" asienta su postura, como veremos, en algunos de los supuestos que hemos descripto en el apartado anterior. Nótese que su obra, precisamente, se titula "el daño en el discurso de odio", es decir, ya parte de la premisa de que el discurso puede realmente impactar negativamente en la realidad. Un aspecto interesante es que en este punto discrepó y discutió con intensidad con su maestro Dworkin, el que sostuvo una visión robusta de la libertad de expresión y fue contrario a aceptar cualquier tipo de limitaciones a los discursos. Dworkin partía de la posición liberal clásica que postulaba que debemos escuchar todas las voces, incluso aquellas que nos parezcan más desagradables.[9]

Waldron asienta su argumentación en el poder que tiene la palabra, la palabra por sí sola, para generar quiebres en la comunidad, para destruir la inclusión que debe existir como objetivo de bien público en una sociedad que quiere consolidarse como tal. En las sociedades contemporáneas, nos dice, somos diversos en nuestra etnia, raza, apariencia y religión, pero estamos, no obstante ello, embarcados en el gran experimento de vivir juntos. Cada grupo debe aceptar que la comunidad no es solo para

[8] Otros autores norteamericanos que se han manifestado a favor de restringir ciertos discursos son: Owen Fiss, Robert Post, Frederick Schauer y Cass Sunstein.

[9] *Cfr*. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 200.

ellos. Cada persona, cada miembro de la comunidad, debe tener la tranquilidad de que podrá vivir en sociedad sin enfrentar violencia, discriminación ni la hostilidad de los otros. Este entorno "saludable" "desde lo lingüístico" es, al decir de Waldrom, como la "limpieza del aire que respiramos o lo calidad del agua que tomamos de una fuente".[10]

El discurso de odio, entonces y para Waldron, erosiona este bien público, crea algo así como una amenaza a la paz social, como un veneno que va actuando lentamente, que se va acumulando, palabra a palabra y va desintegrando el tejido social.[11] No se trata, sigue, de la absurda simplificación de la idea de que los liberales blancos detestan al discurso racista pero defenderían a muerte el derecho a que este sea pronunciado, sino de ponernos en el lugar de los grupos atacados, humillados, segregados. ¿Pueden ellos vivir, pueden sus hijos nacer y mantenerse sin miedo en un ambiente social contaminado por esos materiales racistas?

Como se ve y aunque no se detenga en ello, Waldron presupone una teoría del lenguaje performativo que, en cuento tal, configura o, el menos, impacta positiva o negativamente en la sociedad.

V. Y qué hacer con el *hate speech*

Ahora bien, aceptando este punto, esto es, que existen ciertos discursos, como lo es el discurso de odio, que deben ser regulados, restringidos o contrarrestados, la pregunta que se impone es cómo, es decir, con qué herramientas. Acá pondré en tela de juicio la idea de que la criminalización es el mejor modo y conectaré, al menos en cierto sentido, a la teoría que sostiene la prohibición del *hate speech* con la tradición de la libertad de expresión como un derecho hiperprotegido. Y es que, aunque aceptemos que los discursos construyen realidad y dañan efectivamente a ciertos grupos vulnerables existen diversas razones para soste-

[10] Waldron, Jeremy, *The harm in the hate speech*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, Inglaterra, 2012, p. 4.

[11] *Idem*.

ner que el derecho penal no es la mejor herramienta para contrarrestarlos. Algunas razones:

i) La criminalización no logra, en general, modificar los discursos y, como efecto contraproducente, genera resistencias y excluye a grupos "los discriminadores, que afortunadamente suelen ser también minorías" que permanecen disruptivamente en las comunidades. En general en las sociedades robustas la discriminación tiene casi un efecto inverso en la opinión pública: el que va quedando aislado y marginado es el discriminador más que el discriminado.

ii) Al desplazarnos en el marco de una ponderación de derechos, esto es, el choque entre un discurso prohibido y la libertad de expresión, y en donde debe primar un balance prudencial, no parecería acertado recurrir a la última *ratio* del derecho, esto es, al aparato punitivo del Estado para "modificar" con un "hacha" lo que debe ser tratado con un "cincel".

Es por ello que parece más adecuado que, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores que se produzcan por el discurso y respecto al daño efectivamente producido, se busquen herramientas institucionales inteligentes y dialógicas para trabajar deconstruyendo y reconfigurando "persuasivamente" las narrativas de odio. Por ejemplo, la profesora Gelber ha realizado una interesante propuesta al respecto. Propone introducir en nuestros sistemas la institución que ha llamado *speak back*, esto es, el instituto que permite proveer a los grupos afectados de las plataformas para "contestar", "contra-argumentar", "contradecir", los discursos de odio que los afectan. Con ello se busca rescatar del silencio y del desempoderamiento a los grupos afectados o, mejor, los efectos mismos de esos discursos disruptivos. Los grupos agredidos generalmente necesitarán asistencia estatal y jurídica para ser escuchados.[12] Con ello, y sin negar el potencial configu-

[12] *Ibidem*, p. 2; Gelber, Katharine, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate,* Amsterdam-Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 2002, pp. 117-135. La propuesta de la autora es sintetizada así: "I propose a policy of "speaking back" — providing institutional, material

rativo del discurso, se lo contrarresta para evitar así que se consolide y termine generando o consolidando una realidad lesiva para los grupos vulnerables y, luego, para la democracia.

Este tipo de herramientas no punitivas aborda y provee una solución a los dos posibles orígenes del discurso de odio:

i) En general el discurso que refleja estereotipos discriminatorios suele ser más el resultado de la ignorancia que de la maldad. Alguien que de manera negligente reproduce estereotipos responderá de un modo más positivo con mecanismos educativos y contra-argumentos "la palabra" que con un sistema penal "bruto" y sin apertura al diálogo.

ii) Incluso si proviene de la maldad de algún grupo o individuo, conviene para los efectos públicos del discurso, esto es, su carácter lingüístico y cultural, que la palabra de odio sea contrarrestada, contra-argumentada, criticada, para generar en la comunidad el sentido de que la minoría que discrimina es la que está equivocada y que se trata de un discurso errado y marginal.

Y es que las prohibiciones que censuran los puntos de vista ofensivos a menudo son contraproducentes para promover la igualdad, ya que no abordan las raíces sociales subyacentes de los distintos prejuicios que impulsan el discurso del odio. En la mayoría de los casos, la igualdad se promueve de mejor forma mediante medidas positivas que aumenten la comprensión y la tolerancia, más que a través de la censura. Ello porque esta estrategia permite que los puntos de vista discriminatorios puedan ser, más allá de prohibidos torpemente y sin más argumento que la tipicidad penal, contrarrestados dialógicamente, modificando de raíz los prejuicios canalizados "y creados" a través de la expresión.

En síntesis, aunque aceptemos que el lenguaje es mucho más que un instrumento neutral para expresar pensamientos, no pa-

and educational support to enable the victims of hate speech to respond. By responding with their own counter speech, victims can contradict the messages contained in the hate speech and counteract the disempowering and silencing effects of the hate speech, at one and the same time".

rece lo más adecuado, por razones diversas como las analizadas, combatir los discursos de odio con el derecho penal. En este punto, esto es, en cómo solucionar el problema, pueden confluir las líneas que justifican la restricción de ciertos discursos con las posiciones clásicas-liberales y balancear las visiones en juego.

Referencias

Austin, John L., *How to do things with words*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

Brown, Alexander, "What is hate speech? Part II: family resemblances", *Law and Philosophy,* vol. 36, núm. 5.

Dworkin, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996. Waldron, Jeremy, *The harm in the hate speech*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, Inglaterra, 2012.

Gelber, Katharine, *Speaking Back. The free speech versus hate speech debate,* Amsterdam-Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 2002.

Guillén-Nieto, Victoria, *Hate Speech. Foundations in Language and Law*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2023.

Searle, John R., *Speech acts*, Cambridge, Cambridge University Press,1969.

Tensiones dialécticas en torno a la libertad de expresión

***

Dialectical tensions surrounding freedom of expression

*María de los Ángeles Guzmán García**

Resumen: el texto realiza un análisis de las tensiones dialécticas entre la libertad de expresión y los derechos humanos como la protección de datos personales y el acceso a la información pública. El artículo posiciona a la libertad de expresión como un pilar fundamental de toda sociedad democrática y una garantía de la pluralidad. Expone los límites y conflictos con otros derechos, lo que demanda un equilibrio mediante la proporcionalidad. A través de un enfoque normativo, el artículo examina dimensiones individuales y colectivas de la libertad de expresión, así como su relación con la legislación en México y a nivel internacional. Concluye ilustrando los desafíos de ponderar derechos en contextos de alto impacto social, enfatizando en derechos como la privacidad, acceso a la información y protección de datos personales.

Abstract: the text analyzes the dialectical tensions between freedom of expression and human rights, such as personal data protection and access to public information. The article positions freedom of expression as a fundamental pillar of any democratic society and a guarantor of pluralism. It explores the limits and conflicts with other rights, requiring a balance through proportionality. Using a normative approach, the arti-

cle examines both individual and collective dimensions of freedom of expression, as well as its relationship with legislation in Mexico and at the international level. It concludes by illustrating the challenges of balancing rights in contexts of significant social impact, emphasizing rights such as privacy, access to information, and personal data protection.

Palabras clave: libertad de expresión, protección de datos personales, acceso a la información, democracia, proporcionalidad y regulación.

Keywords: freedom of expression, personal data protection, access to information, democracy, proportionality, and regulation.

Sumario: I. Introducción. II. Conceptualización de libertad de expresión. III. La libertad de expresión como elemento democratizador. IV. Tensiones dialécticas. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La libertad de expresión, como derecho humano, es un elemento central en la construcción de la democracia y sociedades informadas, donde coexisten diferentes visiones y derechos en tensión. A lo largo de su evolución, se ha consolidado como un medio para garantizar el ejercicio de otros derechos con el de acceso a la información o la protección de datos personales, así como la integridad personal, la libertad de asociación y de culto, entre muchos otros; todo ello, claro ejemplo de la relevancia del principio de interdependencia de los derechos humanos. Esta naturaleza dinámica de interacción con otros derechos exige un análisis constante que permita delimitar sus alcances y establecer mecanismos proporcionales para resolver las tensiones que surgen en su ejercicio.

Asimismo, se abordan las bases conceptuales, también la importancia de comprender las complejidades y desafíos que enfrenta la libertad de expresión, destacando su carácter individual y social. Además, se plantea la relevancia como herramienta de

transformación social, ya que este derecho es pieza clave para construir democracia, pues una sociedad informada, es capaz de expresar sus acuerdos y disensos, en aras de tomar mejores decisiones.

II. Conceptualización de la libertad de expresión

La noción de libertad en su concepción originaria aludía a la protección de las personas frente al poder de los gobernantes, entonces, era obvia la asimetría jerárquica de un lado y otro, por ello solían situarse en oposición con la comunidad que gobernaba. Para limitar los abusos del poder, se adoptaron mecanismos como el reconocimiento de ciertas *libertades y derechos*, que posibilitaron ejercer resistencia o rebelión ante las violaciones de estas garantías. Dichos frenos constitucionales a favor de los gobernados frente al poder, se materializan por órganos representativos de la ciudadanía, como el legislativo; y posibilitan el valorar, positiva o negativamente, las decisiones de quienes gobiernan. Es decir, a través del derecho de libertad de expresión, ejercido por los gobernados, se puede o no legitimar al propio Gobierno.

John Stuart Mill, en su ensayo titulado *Sobre la Libertad*, reconoció la necesidad de la libertad de expresión y de opinión, atendiendo a cuatro motivos: primero, que una opinión silenciada corre el riesgo de ser verdadera, negarlo atentaría contra nuestra propia certeza; segundo, aunque una opinión silenciada sea errónea, usualmente contiene ciertos matices de verdad; tercero, respecto de una opinión heredada de generaciones anteriores, incluso si fuera completamente verdadera, su validez se debilita si no puede ser discutida; y cuarto, las doctrinas aceptadas sin cuestionamiento alguno pierden su impacto significativo sobre el carácter y la conducta. Estas razones atienden a que, en lugar de guiar el pensamiento, se convierten en fórmulas vacías que inhiben la generación de convicciones genuinas por la falta de discusión.[1]

[1] Stuart Mill, John, *Sobre la libertad,* México, Fundación Carlos Slim, pp. 44-45.

La libertad de expresión debe ser concebida desde una perspectiva de la libertad propia, Isaiah Berlin en su texto *La traición de la libertad*, sintetizó las ideas de Benjamín Constant, pronunciadas en una conferencia de 1819, definiéndola como:[2] "[...] el derecho de cada hombre de expresar su opinión, de elegir su oficio y de ejercerlo, de disponer de su propiedad, [...]. Es el derecho de cada quien [...] para hablar de sus propios intereses o para profesar su religión [...]".[3]

Isaiah Berlin en su teoría de la libertad positiva y la libertad negativa, que ha servido como base doctrinal para las resoluciones en materia de libertad de expresión y en los diálogos jurisprudenciales entre diversos Tribunales del mundo, sostiene que la idea de *libertad negativa* defiende que somos libres en la medida en que ninguna persona interfiera en nuestra actividad, su defensa consiste en prevenir la inferencia de los demás. Por otro lado, la idea de la *libertad positiva* deriva en el deseo por parte de las personas de ser su propio dueño, cuya vida y sus decisiones dependan exclusivamente de él y no de fuerzas exteriores.[4]

Montesquieu refiere que "la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder".[5] De tal forma que, la libertad de expresión mantiene una relación con la libertad y sus vertientes, que hacen plausible que las personas materialicen sus deseos, voluntades y proyectos de vida. En ese sentido, "La descripción general de la libertad tiene, entonces, la siguiente forma: esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta

---

2 El 20 de febrero de 1819, Benjamin Constant pronunció en el Ateneo Real de París una conferencia con el título *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, https://educacion.uncuyo.edu.ar/upload/de-la-libertad-de-los-antiguos-comparada-con-la-de-los-modernos-benjamin-constant.pdf*

3 Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, trad. de María Antonia Neira Bigora, México, FCE, 2017, p. 58.

4 Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de Julio Bayón, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 191-211.

5 Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1748, p. 144.

o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal y cual cosa".[6]

En la sentencia del Tribunal Constitucional de España dictada el 21 de enero de 1988, introduce una diferenciación relativa a la libertad de expresión y su contenido relacionado con las creencias y juicios de valor, señalando que:

> [...] la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión [...].[7]

El contenido del derecho humano a la libertad, en sus diversas variantes, se puede clasificar en dos categorías: las libertades "frente a", que consisten en expectativas de no lesión; y las "libertades de", que además de la anterior, implica facultades activas, como la libertad de expresión, reunión, asociación y circulación.[8]

---

6 Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, FCE, 2006, p. 193.

7 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, de fecha 21 de enero de 1998, en contra de la Contra Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, revocatoria de la dictada por la Magistratura de Trabajo núm. 6 de Madrid, en autos de despido seguidos en virtud de demanda del actor contra la Administración del Estado. Boletín Oficial del Estado, núm. 31, 5 de febrero de 1988, Corrección 1, *https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/947#complete_resolucion&completa*

8 Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, trads. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, p. 329 - 330.

En México la libertad de expresión está reconocida en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).[9] La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha desarrollado la noción de que este derecho tiene dos dimensiones: una social o política y otra individual. La vertiente *social o política* convierte a la libertad de expresión en una herramienta indispensable para el correcto funcionamiento de la democracia representativa;[10] mientras que la dimensión *individual* de este derecho, garantiza un espacio esencial para que las personas desarrollen su autonomía y se expresen libremente.[11]

Esta perspectiva se refleja también en los instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuyo artículo 13 reconoce el derecho a buscar, recibir y difundir ideas sin restricciones indebidas.[12] Asimismo, este derecho fundamental está garantizado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[13] así como en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[14]

---

9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 6 y 7, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf*

10 Tesis aislada 1a. CDXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de diciembre de 2014, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008101*

11 Tesis aislada 1a. CDXX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de diciembre de 2014, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008100*

12 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*

13 Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19, *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf*

14 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. IV, *https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp*

III. La libertad de expresión como elemento democratizador

Los derechos garantizados en ordenamientos constitucionales y materializados hacen posible la existencia de democracias. Por ello es importante que los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional se encuentren positivizados en sus cartas magnas, debidamente regulados en leyes secundarias, para que los Estados parte sean capaces de proporcionar una efectiva protección a las personas, a través de medios y recursos para su debido ejercicio, garantizando así el derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, el derecho a la libertad de expresión tiene un papel esencial en cualquier régimen democrático, cuenta con dos funciones: en primer lugar, permite la transmisión de ideas y opiniones; y en segundo, facilita el ejercicio de otros derechos humanos, como el acceso a la información y el derecho de petición. Ambos fines refuerzan la construcción de una sociedad informada, crítica y que abona al debate público.

Este derecho se posiciona como uno de los derechos humanos más resguardados y cruciales en los sistemas democráticos, ya que representa la inclinación natural del ser humano hacia la ampliación de sus horizontes y el ejercicio pleno de su autonomía. No obstante, de manera contradictoria, este derecho a la libertad de expresión ha sido históricamente uno de los más sujetos a restricciones, esto se explica, dado que "a) es [...] una de las condiciones *sine qua non* de la democracia; b) en atención a los [...] derechos fundamentales estrechamente relacionados con ella, y finalmente, c) toda vez que, no pocas veces, se ha considerado que sus límites los debería imponer la misma sociedad".[15]

[15] García-Villegas Sánchez-Cordero, Paula María, "Libertad de expresión y algunos de sus límites", en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional,* IIJ-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, p. 283, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11471*

En una democracia, la libre expresión no solo empodera a la ciudadanía en la toma de decisiones colectivas, sino que también impulsa la transparencia gubernamental y la rendición de cuentas. Al facilitar el acceso a información relevante, el ejercicio de este derecho fortalece la capacidad de la sociedad para presentar peticiones y exigir respuestas claras por parte de las autoridades. Además, fomenta la creación de asociaciones y colectivos que promueven la participación ciudadana.

El acceso a la información pública y la libertad de expresión están estrechamente vinculados, ya que ambos derechos constituyen mecanismos fundamentales para supervisar y controlar el ejercicio del poder. La ausencia de un flujo constante y transparente de información limita la capacidad de las personas para evaluar las acciones de sus gobernantes y, participar de manera crítica en el debate público. Esta carencia, a su vez, debilita la calidad del sistema democrático, ya que ambos derechos desempeñan un papel crucial en la formación de la opinión pública y en el fortalecimiento de una democracia deliberativa.

Luigi Ferrajoli advertía que, la falta de ejercicio o las dificultades para acceder a la libertad de expresión debilita la democracia al generar desinformación, apatía e indiferencia política. Los derechos de libertad activa actúan como contrapesos sociales que garantizan el funcionamiento de la democracia. Su ausencia, compromete no solo los principios del modelo liberal, sino la posibilidad misma de una sociedad basada en la participación y el pluralismo político.[16]

En el juicio de amparo en revisión 2676/2003, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 5 de octubre de 2005, los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza, señalan en su voto de minoría, lo siguiente:

[16] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 329. Asimismo, cabe aclarar que define la libertad activa como las libertades a las que también puede llamárseles libertades políticas, consistentes en expectativas de no lesión, como la libertad de manifestación del pensamiento, la libertad de reunión, la libertad de asociación y la libertad de circulación, asimismo las concebía como verdaderos contrapoderes sociales, sin los cuales no existe la democracia.

> [...] En otras palabras, cada vez que un tribunal decide un caso de libertad de expresión o imprenta, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, todo ello condición indispensable para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa [...][17].

Se desprende además del voto, que la relación entre la libertad de expresión y la práctica democrática, en su interdependencia con otros derechos, se encuentra en el núcleo de lo que se conoce como la teoría estándar de la libertad de expresión, que es aplicada y protegida por las Cortes constitucionales en los Estados democráticos y de derecho contemporáneo. En este sentido, la protección es la más básica y sustancial, pues la libertad de expresión resguarda tanto las ideas que son ampliamente aceptadas, así como aquellas que resultan impopulares, controvertidas o incluso ofensivas. Es por demás interesante, que la referencia es a proteger también el disenso, lo cual justifica su reconocimiento como un derecho fundamental, diseñado para salvaguardar al individuo frente a decisiones de las mayorías.

En relación con la importancia de la libertad de expresión y su conexión con la democracia, Heller y Sartori destacan el papel crucial de la opinión pública como un mecanismo para consolidar la unidad estatal y legitimar el poder en un sistema democrático.

Según Heller, la opinión pública actúa como un puente que transforma el poder del Estado en una expresión de la voluntad popular. Este vínculo se fortalece mediante la participación ciudadana en la supervisión de las actividades estatales, lo que no

---

[17] Votado en la sesión del 5 de octubre de 2005, por mayoría de tres votos de los Señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y Ministra Presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas; los Ministros José Ramón Cossío Díaz (ponente) y Juan N. Silva Meza votaron en contra y formularon un voto de minoría, *http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2003/2/2_62928_0.doc&ved=2ahUKEwja8M_G0_WKAxUXIEQIHWPMKxkQFnoECBcQAQ&usg=AOvVaw1qmxUqm6jOmci_sdk7K-MI*

solo fomenta la cohesión social, sino que también funciona como una barrera frente a posibles abusos de poder. Esto permite que la opinión pública influya de manera más directa en la política y en el control ciudadano sobre el Estado, reforzando así la estructura democrática.[18]

Por su parte, Sartori resalta que la opinión pública constituye el núcleo de la soberanía popular en una democracia, siendo esencial para la legitimidad del poder. Según su planteamiento, es imprescindible que la ciudadanía posea y exprese opiniones informadas que orienten el ejercicio de su soberanía. Esta perspectiva adquiere mayor relevancia, a raíz de la interacción directa entre la sociedad y los gobernantes, promoviendo una democracia más inclusiva y transparente. La legitimación del poder, en este sentido, se construye mediante la participación activa de la sociedad y su capacidad de incidir en las decisiones públicas, fortaleciendo los pilares democráticos en un entorno interconectado y bien informado.[19]

Ambos planteamientos coinciden en la idea de que la libertad de expresión no solo garantiza el derecho a comunicar ideas, sino que también es una herramienta clave para fortalecer el control ciudadano, legitimar el poder y consolidar la democracia en un mundo donde la opinión pública adquiere un impacto amplificado, principalmente, por las tecnologías de la información y la comunicación. Por ello es tan importante fortalecer los mecanismos de protección a través de la justicia ordinaria o judicial, así como aquellos implementados o que se puedan configurar dentro de una justicia administrativa. México, por ejemplo, atraviesa en la actualidad por una intensa etapa de reconfiguración constitucional y jurídica, pues tiene que crear múltiples leyes secundarias, luego de la reforma constitucional de diciembre de 2024 sobre simplificación orgánica, en la que desaparecen diversos órganos constitucionalmente autónomos, como es el caso del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección

[18] Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobío, México, FCE, 2012, pp. 223-224.

[19] Sartori, Giovanni, *Elementos de la teoría política*, Titivillus, 1992, pp. 118-119.

de Datos Personales (INAI), garante de los derechos humanos de acceso a la información y protección de datos.[20]

A partir de los planteamientos de Heller y Sartori, se reafirma que la libertad de expresión y la opinión pública son elementos vertebrales en la legitimación democrática y la construcción de la unidad estatal.[21] Estas dinámicas adquieren nuevas dimensiones, ampliando tanto el alcance de las expresiones individuales, como la capacidad de influencia sobre las decisiones colectivas. Esta interacción resalta la necesidad de diseñar mecanismos normativos que equilibren los derechos en tensión, protegiendo la pluralidad y la integridad de los sistemas democráticos frente a los retos contemporáneos.[22]

IV. Tensiones dialécticas

Las tensiones dialécticas son dinámicas que surgen de la confrontación entre derechos aparentemente opuestos, pero que en realidad mantienen una relación interdependiente. Estas no representan una tensión contradictoria absoluta, sino la necesidad de equilibrar intereses distintos que coexisten en una sociedad democrática. En el ámbito jurídico, reflejan el desafío de armonizar derechos humanos en contextos específicos.

El análisis de las tensiones dialécticas que surgen en torno a la libertad de expresión y su interacción con otros derechos

---

20 Aún persisten: el Instituo Nacional Electoral (INE), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Banco de México (Banxico) y la Fiscalía General de la República (FGR). Desaparecen: Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAl), el Consejo Nacional de Evaluación de Política de Desarrollo Social (CONEVAL), así como los órganos reguladores coordinados en materia energética, como la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), y el organismo público descentralizado denominado Comisión Nacional para la Mejora Continua de la Educación (MEJOREDU).

21 Heller, Hermann, *op. cit.,* pp. 223-224.

22 Sartori, Giovanni, *op. cit.,* pp. 118-119.

fundamentales evidencia su naturaleza compleja y multifacética en los sistemas democráticos. La libertad de expresión, además de ser un derecho esencial, actúa como un pilar para el ejercicio pleno de otros derechos (que abonan en el desarrollo de la dignidad humana) como el acceso a la información y la protección de datos personales, constituyendo un motor de la participación ciudadana y la consolidación de la democracia.[23]

De tal forma que, estas tensiones se manifiestan cuando el derecho a la libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos fundamentales, como la privacidad, acceso a la información, protección del honor y/o la protección de datos personales. Cada uno de estos derechos tiene una relevancia considerable, lo que exige un análisis cuidadoso para garantizar su coexistencia sin que uno prevalezca de manera injustificada sobre otro.

En la evolución del derecho de libertad de expresión en relación o interdependencia con otros derechos, se destaca, por ejemplo, el estrecho vínculo que hay con el derecho a la información y por ende con el de réplica; que en la actualidad no se conciben sin el acceso a las tecnologías de la información y comunicación. Por su parte, también es importante precisar que el principio de progresividad de los derechos humanos establecido en el artículo 1° de la Constitución mexicana, precisa que las garantías no pueden disminuir, y que incluso por el principio pro-persona existe la obligación de aplicar el ordenamiento que brinde una mayor protección a las personas.[24]

El reconocimiento del derecho a la libertad de expresión radica en la interpretación y aplicación que realizan los órganos judi-

[23] Al efecto se puede consultar el contenido de La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, que establece los derechos de las personas a buscar, recibir y difundir información y opiniones.

[24] López Ayllón, Sergio y Luna Pla, Issa, "Artículo 6°", en Fix-Fierro, Héctor y Valadés Diego (coords), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones,* Cámara de Diputado, LXIII Legislatura, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Senado de la República, LXIII Legislatura, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 470, t. VI, sección tercera, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/41822*

ciales y en los alcances que se determinen en cada caso concreto. Este enfoque, centrado en la aplicación judicial, es determinante para el desarrollo de una sociedad democrática. Las decisiones de los tribunales no solo garantizan la protección del derecho; sino también, moldean el alcance y efectividad de la libertad de expresión en contextos específicos, impactando directamente en la vida pública y en la dinámica social del país.

Este tipo de conflictos demanda el uso de herramientas jurídicas como la proporcionalidad, que permiten evaluar el impacto de cada derecho y buscar soluciones equilibradas. De esta manera, las tensiones no se resuelven eliminando uno de los derechos en cuestión, sino por el contrario, encontrando formas de proteger ambos de manera simultánea; y si no se logra, luego atendiendo a un test de proporcionalidad para lograr una adecuada ponderación de derechos humanos.

Ahora bien, cuando hablamos de una protección ampliada de todos los derechos relacionados con la libertad de expresión, es indispensable acudir a técnicas de interpretación como la ponderación. Partiendo de la idea que, la ponderación es un método que resuelve conflictos entre derechos humanos mediante el principio de proporcionalidad, priorizando derechos según las circunstancias del caso y minimizando afectaciones. Este enfoque se aplica para equilibrar la libertad de expresión con derechos como la privacidad, acceso a la información, protección de datos personales, entre otros.

Robert Alexy dispuso que los principios deben ser entendidos como mandatos de optimización. Enfatizando que los principios no son normas que exigen lo que deba hacerse, sino "mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas".[25]

En ese sentido, el Profesor Carlos Bernal Pulido, señalaba que:

[25] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

> La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas *prima facie* que fundamentan.[26]

Al respecto, la teoría de la ponderación se estructura en tres etapas clave. Primero, se evalúa el grado en que un principio resulta afectado o insatisfecho. Segundo, se determina la relevancia de satisfacer el principio opuesto en conflicto. Y tercero, se analiza si la importancia de cumplir con este segundo principio justifica la afectación del primero. Ejemplificando así, que la ponderación presupone la posibilidad de emitir juicios racionales sobre tres aspectos fundamentales: la intensidad de la interferencia, la importancia relativa de cada principio y la relación recíproca entre ambos.[27]

Para el efecto de determinar la legitimidad de una restricción sobre derechos fundamentales es necesario llevar a cabo una adecuada ponderación a través del *principio de proporcionalidad*. Rubén Sánchez Gil, señala que en toda intervención que sea estrictamente necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente válido, deberá estar alineado con la prohibición de excesos en el ejercicio del poder.[28] El test de proporcionalidad permite formular soluciones específicas a través del análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

---

26 Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional cuestiones fundamentales,* IIJ-UNAM, 2015, p. 414-415, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/26.pdf*

27 Alexy, Robert, "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", en Klatt, Matthias y Meister, Moritz (coords.), *La proporcionalidad como principio constitucional universal,* trad. de Rubén Sánchez Gil, México, IIJ-UNAM, 2017, p. 219, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/26.pdf*

28 Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad,* México, IIJ-UNAM, 2018, pp. 20 y 21, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11335*

El tema de la ponderación y proporcionalidad de derechos humanos no es sencillo, y al analizarlo siempre surgen interrogantes, que si se abordaran, fácilmente serían motivo de una tesis. Sin embargo, con reflexiones como la que nos ocupa siempre se intenta dar luz a procesos para llegar a una posible solución por parte de operadores jurídicos. Por ejemplo, algunas de las tensiones dialécticas que derivan de la libertad de expresión en relación con otros derechos: ¿Hasta dónde el derecho de acceso a la información pública, relacionado con la libertad de expresión, puede justificar la divulgación de información privada de personas servidoras públicas?; ¿Deben tener las personas servidoras públicas, en el ejercicio de sus funciones, límites más estrictos sobre la libertad de expresión en comparación con la ciudadanía?; ¿Cómo debe de ponderarse el derecho al honor de las personas servidoras públicas y sus familias frente a las manifestaciones y/o críticas emitidas por la ciudadanía en ejercicio de su libertad de expresión?; ¿Cuándo se justifica que el poder público limite la libertad de expresión (en su vertiente de búsqueda de información por medio del derecho de acceso a la información) por motivos de seguridad nacional?; entre otras.

Cada uno de los planteamientos anteriores, merecen un estudio individual, que incluso, para el caso mexicano, sería robusto, si consideramos la pluralidad de criterios que existen en las resoluciones, tanto del hoy extinto órgano garante nacional, como de cada uno de los 32 organismos locales. Estaríamos frente a variadas formas de resolver un mismo caso, aumentando la discusión, inclusive, con todas aquellas reflexiones plasmadas en votos particulares en contra o disidentes, en cada una de las resoluciones.

Las tensiones dialécticas que surgen entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales reflejan la complejidad en la convivencia de principios constitucionales en contextos cambiantes, principalmente, el actual que se desenvuelve en una era tecnológica sin precedentes, en donde la difusión masiva de la información es al instante. Estos dilemas deben ser entendidos como verdaderas oportunidades para fortalecer la estructura normativa y la protección de los derechos humanos mediante herramientas como la ponderación.

Por ejemplo, una solución efectiva a estos dilemas radicaría en adoptar un enfoque equilibrado que privilegie el análisis contextual y flexible de cada caso concreto. Esto implica considerar tanto la importancia del derecho a la libertad de expresión como los intereses legítimos que puedan estar en juego, como la integridad personal, el derecho de asociación, protección de datos personales, privacidad, honor, seguridad nacional o el acceso a la información pública. Los órganos judiciales y legislativos deben aplicar criterios objetivos que permitan delimitar los alcances de los derechos tensionados sin que ninguno de ellos prevalezca de manera injustificada.

La incorporación de perspectivas interdisciplinarias y comparadas puede flexibilizar el análisis de estas tensiones, permitiendo adoptar soluciones innovadoras que respondan a los retos específicos de la era digital. Así, la libertad de expresión puede consolidarse como un derecho transformador que no solo garantiza el disenso, sino que también fortalece los pilares democráticos y promueve una convivencia armónica de la sociedad y sus derechos fundamentales.

V. Conclusiones

En definitiva, la libertad de expresión enfrenta retos complejos derivados de su interacción con otros derechos fundamentales. La complejidad tecnológica y social exige que los sistemas jurídicos respondan adecuadamente a las tensiones entre derechos, y que, a su vez, adopten soluciones con un equilibrio dinámico, inclusivo y respetuoso de los valores democráticos. La ponderación y la proporcionalidad se han convertido en los ejes centrales para resolver conflictos entre derechos, enfatizando el papel de los tribunales como garantes de ese equilibrio.

Las tensiones entre la libertad de expresión y otros derechos no deben verse como obstáculos, sino como oportunidades para fortalecer el andamiaje jurídico y promover un diálogo más profundo entre los distintos actores sociales. La resolución de estos conflictos contribuye al desarrollo normativo, y a su vez, refuerza la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

Referencias

Alexy, Robert, "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", en Klatt, Matthias y Meister, Moritz (coords.), *La proporcionalidad como principio constitucional universal,* trad. de Rubén Sánchez Gil, México, IIJ-UNAM, 2017.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de Julio Bayón, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, trad. de María Antonia Neira Bigora, México, FCE, 2017.

Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.)*, Filosofía del derecho constitucional cuestiones fundamentales,* IIJ-UNAM, 2015.

Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1748.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, trads. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.,* Madrid, Trotta, 2011.

García-Villegas Sánchez-Cordero, Paula María, "Libertad de expresión y algunos de sus límites", en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords)*, La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en home-*

naje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, IIJ-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008.

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobío, México, FCE, 2012.

Klatt, Matthias y Meister, Moritz (coords.), *La proporcionalidad como principio constitucional universal,* trad. de Rubén Sánchez Gil, México, IIJ-UNAM, 2017.

Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas.

López Ayllón, Sergio y Luna Pla, Issa, "Artículo 6°", en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords)*, Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones,* Cámara de Diputado, LXIII Legislatura, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Senado de la República, LXIII Legislatura, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, FCE, 2006.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad,* México, IIJ-UNAM, 2018.

Sartori, Giovanni, *Elementos de la teoría política*, Titivillus, 1992.

SCJN, Amparo en revisión 2676/2003. Votado en la sesión del 5 de octubre de 2005, por mayoría de tres votos de los ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y Ministra Presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas; los Ministros José Ramón Cossío Díaz (ponente) y Juan N. Silva Meza votaron en contra y formularon un voto de minoría.

SCJN, Amparo en revisión 767/2023. Votado en la sesión del 27 de noviembre de 2024, por unanimidad de cinco votos de los ministros Alberto Pérez Dayán, Luis María Aguilar Morales, Lenia Batres Guadarrama, Yasmín Esquivel Mossa y Javier Laynez Potisek.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, de fecha 21 de enero de 1998, en contra de la Contra Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, revocatoria de la dictada por la Magistratura de Trabajo núm. 6 de Madrid, en autos de despido seguidos en virtud de demanda del actor contra la Administración del Estado.

Stuart Mill, John, *Sobre la libertad,* México, Fundación Carlos Slim.

Tesis aislada 1a. CDXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de diciembre de 2014. Libertad de expresión. Dimensión política de este derecho fundamental.

Tesis aislada 1a. CDXX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de diciembre de 2014. Libertad de expresión. Dimensión individual de este derecho fundamental.

Libertad de expresión y el uso y regulación de nuevas tecnologías en la materia electoral

***

Freedom of expression and the use and regulation of new technologies in electoral law

Rubén Jesús Lara Patrón

Resumen: en el presente texto se reflexiona en torno a los alcances de la libertad de expresión y su relevancia en la materia electoral y el modelo de comunicación política y cómo se ha visto afectada con el uso de nuevas tecnologías que deben ser reguladas para garantizar los principios constitucionales que lo rigen.

Abstract: this work intends to make a reflection around the scope of freedom of expression and its relevance in electoral law and the model of political communication, and how it has been affected by the use of new technologies that must be regulated to guarantee constitutional principles.

Sumario: I. Criterios de la Suprema Corte sobre libertad de expresión. II. El modelo de comunicación política en México. 3. Criterios del Tribunal Electoral sobre el uso de nuevas tecnologías de la información y comunicación. IV. Algunas reflexiones sobre la temática planteada. Referencias.

I. Criterios de la Suprema Corte sobre la libertad de expresión

Entre los dilemas que se presentan hoy en día en la materia electoral destaca el relativo al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, concretamente, las redes sociales y plataformas; así como el uso de la inteligencia artificial en la confección de los mensajes a través de los cuales se establece un canal de comunicación entre las personas que participan dentro de los procesos políticos y electorales, tanto en forma activa como pasiva.

Para abordar el tema, es posible partir de una premisa muy básica pero que resulta necesaria para fijar una posición al respecto, y esta consiste en reconocer que todos los derechos humanos son principios de construcción abierta que se concretan caso por caso. Esto es, se trata de previsiones normativas que, desde la teoría de los principios, cuentan con un contenido axiológico y se han identificado como mandatos de optimización que deben realizarse en la mayor medida posible, dentro de las situaciones fácticas y jurídicas en las que se desarrollan.[1]

De esta forma, la libertad de expresión, por ejemplo, presenta distintas *formas de aterrizaje* de acuerdo con el ámbito en el que se desarrollan; pues, aun cuando se trata de un solo derecho, tiene alcances distintos dependiendo de si se despliega entre particulares, o bien, si se hace uso de él en ejercicio de la labor periodística; si va encaminado a generar una crítica hacia un funcionario público en el desempeño de las competencias que tiene asignadas y también si se utiliza dentro de la materia electoral. En cada caso, habrá matices específicos y condiciones particulares que le den sentido y eficacia plena.

[1] * El autor es magistrado de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y académico de la Facultad de Derecho de la UNAM. El presente texto se desarrolla con base en el ensayo presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el proceso de selección de magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral, convocado mediante acuerdo 5/2023, de 7 de agosto de ese año. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 607.

En el ámbito político electoral, la libertad de expresión requiere contar con un espacio muy amplio de desarrollo o ejercicio, ya que se persigue de manera destacada que la ciudadanía cuente con toda la información necesaria para estar en aptitud de ejercer un derecho sumamente relevante, como lo es determinar quién va a ocupar un cargo público y que, por tanto, deriva de una potestad soberana, a partir de la cual le es posible tomar decisiones jurídicas y políticas fundamentales.

A propósito de lo referido, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sostenido que la libertad de expresión es un derecho que comprende tanto la posibilidad de manifestar y hacer público el pensamiento propio, como la de difundir y recibir ideas de toda índole, de forma que protege tanto la comunicación a otras personas de los puntos de vista propios, como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.[2]

Por su parte, la Primera Sala de dicho órgano jurisdiccional ha identificado que la libertad de expresión cuenta con 2 esferas o dimensiones,[3] a saber, una individual y otra social y, en esta lógica, su protección persigue tanto facilitar la democracia representativa y el autogobierno, como la autonomía, autoexpresión y autorrealización del individuo y, consecuentemente, se relaciona con principios que no pueden reducirse a un solo núcleo.[4]

Ha sostenido, igualmente, que en su faceta política o social se constituye como una pieza central para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa, porque favorece la libre circulación de ideas, que permite y fomenta un debate abierto sobre los asuntos públicos; mantiene abiertos los canales para el disenso; se configura como un contrapeso para el ejercicio del poder; contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos, así como a la consolidación de un electorado

---

2 Tesis P./J. 25/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1520.

3 Como lo estableció la Corte Interamericana en el *Caso Herrera Ulloa*.

4 Tesis 1a. CDXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 236, Libertad de expresión. Este derecho se relaciona con principios que no pueden reducirse a un solo núcleo.

debidamente informado, y permite la existencia de un verdadero gobierno representativo, en el que la ciudadanía participa efectivamente en las decisiones de interés público.[5]

Además, ha considerado que tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar ideas es una condición imprescindible para ejercer plenamente otros derechos como, por ejemplo, el de votar y ser votado, y también un elemento determinante de la calidad de la vida democrática de un país, que permite avanzar en la consolidación de una ciudadanía activa, crítica y comprometida con los asuntos políticos; atenta al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, y capaz de cumplir con la función que le corresponde en un régimen democrático.[6]

Ha señalado que existe un derecho a defender la democracia, el cual comprende el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos y electorales, que se ejercen de manera conjunta y deben ser garantizados por el Estado para posibilitar a la ciudadanía un acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos.[7]

Finalmente, ha concluido que la libertad de expresión goza de una protección reforzada, especialmente en el ámbito político y electoral, pues a través de ella, tanto partidos políticos como candidaturas independientes brindan información necesaria a la ciudadanía para que esta pueda ejercer su derecho al voto de manera libre, participar en el debate público y en la vida democrática, así como evaluar a sus representantes.

En esta lógica, ha reconocido que el ejercicio del derecho en comento es particularmente intenso en este ámbito y, por tan-

---

5 Tesis 1a. CDXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 234, Libertad de expresión. Dimensión política de este derecho fundamental.

6 Tesis 1a. CCXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. 287, Libertad de expresión y derecho a la información. Su importancia en una democracia constitucional.

7 Tesis 1a./J. 38/2021 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, noviembre de 2021, t. II, p. 1099, Derecho a defender la democracia. Constituye una concretización del derecho a participar en los asuntos públicos del estado y comprende el ejercicio conjunto del derecho a la libertad de expresión y de los derechos político electorales.

to, no solo incluye las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, o bien, se consideran inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan con las posturas del Estado u ofenden o alteran a un segmento de la población, pues esas son, precisamente, las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no podría existir una sociedad democrática.

Atento a lo anterior, el alto Tribunal ha considerado que las medidas dirigidas a restringir o limitar el ejercicio de este derecho en la esfera política y electoral deben ser sometidas a un test de escrutinio estricto de proporcionalidad y, consecuentemente, la regla general que prevalece en la materia consiste en que, por mandato constitucional y convencional, deben entenderse protegidas todas las formas de expresión y que solo podrán ser derrotadas bajo razones imperiosas.

Muy relevante lo dicho en el párrafo precedente, en tanto abre la puerta para expresar algunas breves consideraciones en torno al modelo de comunicación política (MCP) previsto en la Constitución Política de México (CPEUM) y desarrollado en la normativa secundaria, pues se trata del conjunto de previsiones limitantes o restrictivas que se han diseñado con la intención de garantizar la categoría del debate público y, en especial, el político electoral, y de esta forma, fortalecer la calidad de la democracia en el país.

II. El modelo de comunicación política en México

Concluido el proceso electoral de 2006, resultaron evidentes las dificultades del modelo de comunicación política (MCP) entonces imperante, que se caracterizaba por ser eminentemente liberal, por lo que en las reformas constitucionales de 2007 y 2014 se desarrollaron una serie de previsiones encaminadas a regular tópicos como el acceso a la radio y televisión; contenido de la propaganda política o electoral; difusión de propaganda gubernamental; actos de precampaña y campaña, y promoción personalizada.

En lo que ahora interesa destacar, en ellas se contemplaron una serie de restricciones al contenido de la propaganda electoral, por ejemplo, la prohibición de que los mensajes encaminados

a obtener el voto incluyeran elementos que pudieran constituir calumnia y se definió que su difusión debía realizarse en periodos específicos, en concreto, durante las precampañas y campañas electorales, cuya duración también fue ajustada a una temporalidad determinada. Además, se determinó que las personas servidoras públicas están obligadas a aplicar con imparcialidad los recursos bajo su responsabilidad y que la propaganda gubernamental debía tener carácter institucional, no podía incluir elementos de promoción personalizada y tenía que suspenderse desde el inicio de las campañas hasta la conclusión de la jornada electoral para que no influyera en los resultados.

A propósito de lo anterior, hay criterios de la SCJN en los que ha establecido que el MCP protege, por un lado, el derecho a la información de la ciudadanía para que pueda votar de forma consciente, libre e informada y, por otro, tutela el derecho de los partidos políticos y candidaturas a la equidad de la contienda electoral. Intereses que resultan superlativos en cualquier Estado democrático de derecho.[8]

Además, ha reiterado consistentemente que el término "calumnia" se refiere a una acusación falsa, hecha maliciosamente para causar daño, o bien, a la imputación de un delito a sabiendas de su falsedad y, por ende, resulta indispensable que las normas que regulan este tema incluyan este último supuesto pues, de lo contrario, la previsión resultaría desproporcionada para restringir la libertad de expresión.[9]

Finalmente, ha establecido que las reglas fundamentales que regulan la propaganda gubernamental buscan generar condiciones de imparcialidad, equidad y certeza respecto de la competencia electoral y, consecuentemente, están encaminadas a impedir el uso del poder político a favor o en contra de cualquier partido o candidatura, así como evitar que se promuevan ambiciones personales de índole política.[10]

8 SCJN, Controversia constitucional 73/2020, 1 de diciembre de 2020.

9 Pleno de la SCJN, Acción de inconstitucionalidad 134/2020, 7 de diciembre de 2020.

10 Pleno de la SCJN, Acción de inconstitucionalidad 46/2022, 6 de abril de 2022.

Con base en lo apuntado, parece posible sostener que el MCP vigente se construye a partir de una serie de reglas encaminadas a garantizar que el tránsito de ideas en los procesos políticos y electorales atiendan los principios generales (legalidad, seguridad jurídica, democracia y pluralismo político) y específicos (neutralidad, imparcialidad y equidad en la contienda) en los que se sostiene; mientras que su objetivo esencial consiste en que nadie se beneficie de alguna posición de ventaja, de manera que no se afecte el esquema de participación y decisión ciudadana, relativo a quién debe ejercer el poder político en el Estado y de qué forma debe hacerlo.

Desde esta perspectiva, el MCP constituye una garantía de libertad e igualdad para el pueblo y, a la vez, un instrumento que favorece el equilibrio entre las y los distintos actores políticos y electorales pero, además, evidencia que es posible limitar válidamente la libertad de expresión en las elecciones y los procesos de participación ciudadana, ante la necesidad de garantizar la debida observancia de los referidos principios de neutralidad, imparcialidad y equidad, que permitirán la adopción libre de decisiones soberanas.

Ahora bien, como se indicó, el MCP fue diseñado hace 17 años y tenía como objetivo principal regular la radio y la televisión porque eran los medios electrónicos prevalentes, a través de los cuales se hacía campaña. Sin embargo, como suele ocurrir, la realidad ha superado al derecho y en el camino han surgido nuevos mecanismos de interacción y transmisión de ideas y opiniones, como son las tecnologías digitales, mismas que se han constituido como herramientas efectivas para lograr un diálogo efectivo entre quien quiere ocupar un cargo público y la ciudadanía. Esto se entiende con claridad si se toman en consideración una serie de elementos que reflejan cuál es la realidad de estos instrumentos de información y comunicación.

En efecto, los datos revelan que en el mundo hay más de 4500 millones de personas usuarias de internet y 3800 millones de personas que utilizan las redes sociales.[11] Por otra parte, de

[11] *Cfr*. Sánchez Muñoz, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con*

acuerdo con los resultados obtenidos en la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares que publicó el INEGI, en México, durante 2021, el 75.6% de la población (88.6 millones) tuvo acceso a internet;[12] mientras que otras fuentes informan que en 2023, el 80.8% (96.87 millones de personas) eran usuarias de este servicio y lo utilizaron de manera primordial (88.4%) para acceder a redes sociales, principalmente, WhatsApp, Facebook e Instagram, pero también a YouTube, Twitter (ahora X), LinkedIn, TikTok, Telegram y Pinterest.[13]

De esta forma, parece claro que las redes sociales y, en general, las nuevas tecnologías de la información y comunicación ofrecen oportunidades interesantes para el diálogo y la participación y, en consecuencia, pueden entenderse como herramientas poderosas al servicio de la democracia.

Frente a esta situación, surge una primera cuestión relevante sobre la que es importante reparar, en específico, determinar si es posible extrapolar las reglas del MCP a las tecnologías referidas cuando, se insiste, en su origen fueron confeccionadas para regular la radio y televisión, las cuales, a diferencia de las redes, plataformas y demás herramientas digitales, utilizan ondas radioeléctricas que, en términos constitucionales, son propiedad del Estado, lo que justifica que se orienten sus contenidos y funcionamiento a los principios que rigen el Estado de derecho en el país.

La autoridad jurisdiccional electoral parece haber resuelto esta situación sin mayor debate, al estimar que los principios constitucionales que rigen el modelo de comunicación política (neutralidad, imparcialidad, objetividad y equidad, entre otros)

fines electorales, Madrid, Universidad de Valladolid y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 29.

12 Estadísticas a propósito del día mundial del internet (17 de mayo) datos nacionales, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP_Internet23.pdf*

13 La cantidad de usuarios de internet en México alcanza su pico máximo, *https://expansion.mx/tecnologia/2023/05/17/los-usuarios-de-internet-en-mexico-alcanzan-su-pico-maximo*

deben ser aplicados en todos los mecanismos o instrumentos a través de los cuales se establece el intercambio entre actores políticos y electorales con la ciudadanía.

Así, el Tribunal Electoral (TE), a través de sus distintas salas, ha resuelto asuntos con los que ha establecido límites y orientaciones en torno al uso de tecnologías digitales en los procesos de participación, entre los que pueden destacarse los que se refieren a continuación.

III. Criterios del Tribunal Electoral sobre el uso de nuevas tecnologías de la información y comunicación

La Sala Superior del Tribunal Electoral (SS) ha determinado que las redes sociales son un medio que posibilita un ejercicio más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, lo cual obliga a que cualquier medida que pueda impactarlas deba estar orientada, en principio, a salvaguardar la libre y genuina interacción entre las personas usuarias, como parte de su derecho humano a la libertad de expresión. Para ello, resulta indispensable remover potenciales limitaciones sobre el involucramiento cívico y político de la ciudadanía a través de internet.[14]

Además, ha sostenido que el solo hecho de que la ciudadanía publique contenidos a través de redes sociales en los que exterioricen su punto de vista en torno al desempeño o las propuestas de un partido político, sus candidaturas o su plataforma ideológica, es un aspecto que goza de una presunción de ser un actuar espontáneo, propio de las redes sociales, por lo que ello debe ser ampliamente protegido cuando se trate del ejercicio auténtico de la libertad de expresión e información, las cuales se deben maximizar en el contexto del debate político.[15]

---

[14] Jurisprudencia 19/2016, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Libertad de expresión en redes sociales. Enfoque que debe adoptarse al analizar medidas que pueden impactarlas.

[15] Jurisprudencia 18/2016, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Libertad de ex-

También ha dicho que, al momento de analizar conductas posiblemente infractoras de la normativa electoral respecto de expresiones difundidas en internet en el contexto de un proceso electoral, deben tomarse en cuenta las particularidades de ese medio a fin de potenciar la protección especial de la libertad de expresión, toda vez que la red tiene una configuración y diseño distinto de otros medios de comunicación como la radio, televisión o periódicos, por la forma en que se genera la información, el debate y las opiniones de los usuarios, lo que no excluye la existencia de un régimen de responsabilidad adecuado a dicho medio.

Lo anterior, atento a que el internet facilita el acceso de las personas a la información generada en el proceso electoral, lo cual propicia un debate amplio y robusto en el que las y los usuarios intercambian ideas y opiniones "positivas o negativas" de manera ágil, fluida y libre, lo que genera un mayor involucramiento del electorado en temas relacionados con la contienda electoral.[16]

Con base en estos parámetros generales, la SS ha establecido criterios específicos; por ejemplo, que la información pública de carácter institucional puede difundirse en portales de internet y redes sociales durante las campañas electorales y veda electoral, siempre que no se trate de publicidad ni propaganda gubernamental, no haga referencia a alguna candidatura o partido político, no promocione a algún funcionario público o logro de gobierno, ni contenga propaganda en la que se realicen expresiones de naturaleza político electoral, dado que solo constituye información sobre diversa temática relacionada con trámites administrativos y servicios a la comunidad.[17]

---

presión. Presunción de espontaneidad en la difusión de mensajes en redes sociales.

16 Jurisprudencia 17/2016, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Internet. Deben tomarse en cuenta sus particularidades para determinar infracciones respecto de mensajes difundidos en ese medio.

17 Tesis XIII/2017, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Información pública de carácter institucional. La contenida en portales de internet y redes sociales, puede ser difundida durante campañas y veda electoral.

Por otro lado, ha indicado que los lineamientos del Instituto Nacional Electoral para la protección de las personas menores de edad son aplicables a las imágenes que difundan las candidaturas en sus redes sociales, pues el hecho de colocarlas en estas herramientas de comunicación no excluye a los usuarios de las obligaciones y prohibiciones que existen en materia electoral, especialmente, cuando se trata de sujetos directamente involucrados en los procesos electorales.[18]

De igual forma, ha precisado que la prohibición dirigida a las candidaturas de difundir propaganda electoral por cualquier medio durante la veda electoral incluye los mensajes publicados a través de redes sociales y constituye una limitación razonable a su libertad de expresión, al tratarse de una medida que contribuye a salvaguardar el principio de equidad en la contienda electoral.[19]

Vinculado con este tema, ha señalado que los contenidos propagandísticos o proselitistas que se publiquen en redes sociales de manera previa a la veda electoral y se mantengan disponibles a la ciudadanía durante ese periodo no actualizan una infracción a la normativa en la materia, al no haberse originado en la etapa de prohibición.[20]

Específicamente sobre la veda electoral, ha resuelto asuntos vinculados con *influencers* que publican mensajes en redes socia-

---

18 Tesis XXIX/2019, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Menores de edad. Los lineamientos del instituto nacional electoral para su protección, son aplicables a las imágenes que de ellos difundan las candidaturas en sus redes sociales en el contexto de actos proselitistas.

19 Tesis LXX/2016, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Veda electoral. Las prohibiciones impuestas durante esta etapa constituyen límites razonables a la libertad de expresión de los candidatos y abarcan los mensajes difundidos por internet.

20 Jurisprudencia 7/2022, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Veda electoral. Los contenidos propagandísticos o proselitistas en redes sociales que se publiquen en periodo de campaña y se mantengan disponibles a la ciudadanía durante el periodo prohibido, no actualizan la infracción.

les a favor de un partido político, sus candidaturas o su plataforma ideológica, respecto de los cuales sostiene que es indispensable realizar un análisis riguroso de cada mensaje denunciado en lo individual y, adminiculado con ello, tomar en cuenta el contexto de su difusión; pues, solo así, será posible identificar si existen elementos comunes que permitan determinar si se actualizó alguna infracción a las prohibiciones legales.

Lo anterior, debido a que los partidos o candidaturas pueden incorporarlas a sus estrategias propagandísticas para obtener un beneficio a partir de su popularidad, puesto que son fácilmente identificables por la ciudadanía y cuentan con un número relevante de seguidores, lo cual tiene el potencial de transformarse en un vehículo eficiente, económico y relativamente sencillo para hacer llegar propaganda electoral directamente al elector, dada la lógica de funcionamiento de las redes sociales.[21]

A propósito de lo apuntado, vale la pena mencionar que en el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador 112/2022, la SS confirmó, en lo medular, una determinación de una sala regional en la que se concluyó que existían elementos que, analizados de manera concatenada, evidenciaron la existencia de una campaña sistemática por parte de varios *influencers* para realizar llamados a votar por una opción política específica durante el periodo de veda electoral del proceso 2021, en el que se llevaron a cabo diversas elecciones concurrentes y, por primera vez, se sancionó tanto a las personas que cometieron la conducta reprochable como al partido político.

En el diverso recurso identificado con el expediente SUP-REP-118/2021, la SS conoció de un asunto relacionado con una queja por promoción personalizada de una servidora pública (presidenta municipal) que participó en una escena de una película integrada al catálogo de la plataforma NETFLIX, y confirmó la conclusión relativa a que quedó acreditada la participación de la funcionaria en la producción cinematográfica, con un aspecto

[21] Tesis LXVIII/2016, Gaceta jurisprudencia y tesis en materia electoral, órgano de difusión de los criterios emitidos por el TEPJF, Veda electoral. Deben analizarse integralmente los mensajes difundidos por personas famosas en redes sociales para determinar si vulneran alguna prohibición legal.

comercial preponderante, en la cual era posible identificar plenamente su imagen y su nombre, con lo que se actualizó un posicionamiento indebido frente a la ciudadanía con la intención de promoverse, además de que el Ayuntamiento en el que desempeñaba sus labores destinó recursos públicos para apoyar la producción.

Por otra parte, en el expediente SUP-REP-224/2023, confirmó la decisión de una instancia previa, en la cual se presentó una queja por actos anticipados de precampaña y campaña, así como violación a los principios de imparcialidad y neutralidad, como consecuencia de la actuación de un funcionario público que editó, publicó y difundió en su perfil de TikTok un video que contenía la adaptación de una canción de moda.

La resolución concluyó que no se actualizó la conducta irregular denunciada, pues el video se hizo público en ejercicio de la libertad de expresión de la persona involucrada, que estimó relevante compartir información de su interés, y la difusión masiva de su publicación resultó insuficiente para tener por acreditada la infracción, porque, al efecto, solo debe analizarse el contenido atinente.

Además, en el cumplimiento del diverso recurso 186/2022, la SS confirmó el criterio de que la aparición de una imagen o logotipo institucional en la página de un funcionario público no genera, por sí misma, la presunción de que las comunicaciones o mensajes que se publiquen en ella tienen el carácter de oficiales o se realizan en el ejercicio de la función pública. Tampoco son elementos suficientes para considerar que se generó confusión o la impresión de que se trataba de un perfil oficial o institucional.

Finalmente, en el recurso 893/2024, conoció de un asunto en el que se analizó un promocional por vulnerar las reglas de difusión de propaganda electoral en detrimento del interés superior de la infancia, por la aparición de un niño cuya imagen fue generada con inteligencia artificial y determinó que no se puso en peligro el derecho tutelado porque la figura no correspondía a una persona identificable, cuyos derechos (dignidad, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, etc.) debieran garantizarse.

IV. Algunas reflexiones sobre la temática planteada

La libertad de expresión es un derecho indispensable para la consolidación del Estado democrático y, desde luego, de enorme relevancia para lograr un ejercicio pleno de los derechos políticos y electorales. Es la base del modelo de comunicación política previsto en la ley suprema del país y ha adquirido una dimensión distinta, destacada y determinante con el uso de las nuevas tecnologías de la información que están cada vez más presentes en la vida diaria de las personas.

En la materia político electoral, estas nuevas tecnologías se han aplicado cada vez con mayor frecuencia tanto en los procesos de participación ciudadana como en las contiendas comiciales gracias a su variedad, a la facilidad con que se accede a ellas, cómo se usan, al extraordinario poder de penetración que conllevan y a los principios de libertad que maximizan; luego, muy pronto se convirtieron en una herramienta recurrente dentro del diseño democrático nacional y, destacadamente, en el adecuado intercambio de ideas e información que se lleva a cabo en él, a través del modelo de comunicación política.

Hoy, las nuevas tecnologías de la información y comunicación cruzan de manera transversal prácticamente todos los temas que son propios de la materia político electoral, pues a través de ellas se expresan y difunden posiciones en torno a temas políticos, electorales y gubernamentales; opiniones críticas; encuestas; imágenes de personas del servicio público; acciones y obras de gobierno, entre otros muchos contenidos que pueden ser manifestados en todo momento, por cualquier persona en ejercicio de sus libertades, a pesar de lo cual, pueden constituir una infracción, al no ajustarse al marco normativo desarrollado en la materia.

Desde esta perspectiva, parece dable concluir que, como de hecho se ha reconocido en los criterios citados, resulta indispensable regular el uso de las nuevas tecnologías, aun cuando no haya una normativa específica que sea aplicable al efecto, porque solo así será posible consolidar el MCP y, desde luego, el principio democrático que caracteriza y define al Estado mexicano.

La posibilidad de orientar los contenidos ya comentados, esto es, los relacionados con el MCP, no está libre de polémica, en tanto implican un margen de restricción a la libertad de expresión en un ámbito que está llamado a maximizar su ejercicio. No obstante, parece sostenerse en la medida en que las redes sociales y las nuevas tecnologías se han convertido en un canal de transmisión de ideas, a través del cual se generan interacciones constantes entre los actores políticos y la ciudadanía y que, entonces, se han colocado como una alternativa para generar más espacios de diálogo, en los cuales, el intercambio de posiciones puede ser más constante e intenso y debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas previstas al efecto.

Proponer lo contrario implicaría reconocer, a partir de una perspectiva, que las herramientas tecnológicas son espacios libres de control y, desde un plano distinto, que las normas internas o reglas de operación ("normas de la comunidad") que regulan su funcionamiento, las cuales son de naturaleza privada, tendrían la posibilidad de ser distintas en cada caso y desconocer o, incluso, contravenir lo dispuesto en la legislación pública del país.

De esta suerte, mediante la aplicación directa de la normativa que rige el MCP en el ámbito electoral, será posible analizar el contenido de cualquier mensaje, cuando este forme parte de los distintos rubros que lo componen, con independencia de la persona que lo haya emitido o difundido, a fin de evitar vulneraciones a las reglas que rigen la materia.

Así, a propósito de esta finalidad, importa precisar que el ejercicio de esta tarea no puede soslayar, en modo alguno, que la libertad de expresión es piedra angular de la democracia y la participación ciudadana; derecho que debe ejercerse con mayor intensidad y, en consecuencia, con las menores restricciones posibles en los procesos electorales y de participación política, para lo cual, tanto las redes sociales como las nuevas tecnologías buscan servir como cajas de resonancia para ampliar, en lo máximo posible, la alternativa que tienen las personas para expresarse, difundir ideas y obtener información en todos los ámbitos de su vida y, con mayor relieve, en aquellos asuntos en los que esté involucrada la potestad ciudadana de decisión soberana.

Todo lo anterior es relevante para la fijación de criterios encaminados a asegurar que los contenidos colocados y/o difundidos en o a través de las herramientas tecnológicas se ajusten a las disposiciones que regulan el MCP. Para ello, debe observarse una deferencia extrema con el citado derecho a la libertad de expresión y, de esta manera, evitar que este sea lesionado o disminuido mediante el establecimiento de restricciones innecesarias e insostenibles frente a los límites que persigue desde su dimensión social.

En esta lógica, es indispensable que los órganos jurisdiccionales, en especial los de control constitucional, garanticen desde esta grada el cumplimiento de la normativa aplicable y busquen favorecer e impulsar la consolidación del MCP y, lógicamente, del estado democrático nacional; de tal suerte que pueda asegurarse que el ejercicio de este derecho resulte útil para elevar la categoría del debate político, lo que, desde luego, siempre se traducirá en un beneficio para la calidad de la democracia.

Referencias

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Sánchez Muñoz, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Madrid, Universidad de Valladolid y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

Páginas electrónicas

www.scjn.gob.mx

www.te.gob.mx

www.inegi.org.mx

www.expansion.mx

La ardua tarea de conciliar el régimen normativo de protección de datos personales latinoamericano —de origen europeo— con la consolidada posición jurídica nacional e interamericana en materia de libertad de expresión y derecho a la información[1]

***

The arduous task of reconciling the latin american regulatory framework for personal data protection —of European origin— with the established national and Inter-American legal stance on freedom of expression and the right to information

*Laura Marcela Serrano**

Resumen: como una continuidad de nuestra tradición jurídica normativizada, propia de los sistemas codificados, identificada con el derecho continental europeo, los estados latinoamericanos han dictado un régimen legal de protección de datos personales siguiendo las pautas de los instrumentos jurídicos europeos, replicando, incluso, la normativa derivada de ella. Pero atendiendo a las libertades en contrapunto, esencialmente la

* Profesora de grado y posgrado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de Universidades argentinas (Univ. Nacional del Comahue, Univ. Católica de Salta) y extranjeras (Univ. de Bologna, Italia, entre otras). Especialista y Magíster en la materia. Magistrada del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Neuquén.

[1] La presente ponencia se publicará en la próxima edición de la *Revista de Derecho Constitucional de la Editorial El Derecho*, República Argentina.

libertad de expresión y el derecho a la información, nuestra historia, reglas y doctrina judicial nacional e interamericana encuentra su fundamento primario en el sistema norteamericano, que nos ubica en veredas opuestas. Ello le ha impuesto al poder judicial la tarea de conciliar ambas cuestiones, como por ejemplo ante la pretensión de extrapolar el "derecho al olvido" en el caso argentino.

Abstract: as a continuity of our normativized legal tradition, typical of codified systems, identified with European continental law, Latin American states have dictated a legal regime for the protection of personal data following the guidelines of European legal instruments, even replicating the regulations derived from it. But considering the freedoms in contrast, essentially freedom of expression and the right to information, our history, rules and national and inter-American judicial doctrine finds its primary foundation in the North American system, which places us on opposite paths. This has imposed on the judiciary the task of reconciling both issues, such as the attempt to extrapolate the "right to be forgotten" in the argentine case.

Palabras clave: datos personales, libertad de expresión, derecho a la información, derecho al olvido, progreso tecnológico.

Keywords: personal data, freedom of expression, right to information, right to be forgotten, technological progress.

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones.

I. Introducción

En una sociedad de la información[2] en que las condiciones de generación y procesamiento de la información han sido sustancial-

[2] Definida como una sociedad que crece y se desarrolla alrededor de la información y aporta un florecimiento general de la creatividad intelectual humana, en lugar de un aumento del consumo material. Yoneji Masuda, *The information society as a post-industrial society*, Estado Unidos, World Future Society, 1981. *Cfr*. Trejo Delarbre, Raúl, "*La sociedad de la información. Vivir en la sociedad de la información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital", Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación*,

mente afectadas por una revolución tecnológica, centrada sobre el procesamiento de información, la generación del conocimiento y las tecnologías de la información, internet no solo potencia el desarrollo de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de información —siendo calificada incluso como derecho humano por la Organización de las Naciones Unidas—[3] sino que también supone nuevos riesgos para otros, como el honor y la intimidad. De hecho, en el Informe sobre el Desarrollo Humano 2021-2022 de la ONU en el marco del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),[4] que culmina una trilogía de informes que comenzaron en el 2019 sobre las desigualdades, se considera que el uso de la tecnología es un arma de doble filo, contribuyendo con múltiples niveles de incertidumbre que se acumulan e interactúan, desestabilizando la vida de las personas de maneras sin precedentes, retrotrayéndolas en su nivel de desarrollo. Desde las noticias, los productos y la publicidad que se nos presentan hasta las relaciones que forjamos en línea y en la vida real, nuestras vidas están cada vez más determinadas por algoritmos y, en particular, por la inteligencia artificial, convirtiendo cada aspecto de la vida en datos mercantilizables, lo que plantea interrogantes sobre quién tiene acceso a qué información, especialmente a la información personal sensible, y cómo se utiliza.[5] Téngase presente, ejemplificativamente, que, en 2021, cerca del 60% de los usuarios de algunas regiones del mundo utilizaban plataformas como Facebook y Whatsapp para informarse.[6]

---

núm. 1, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, septiembre-diciembre, 2001.

3 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "*Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*", 29 de junio de 2012, párr. 1.

4 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre desarrollo humano 2021/2022, Nueva York, *https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22sp1.pdf*

5 Zuboff, S., *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*, Nueva York, PublicAffairs, 2019; citado por el Informe mencionado en nota 3.

6 Newman, N., *et al., Digital news report 2022*, Oxford, Universidad de Oxford, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2022; citado por el Informe mencionado en nota 3.

II. Desarrollo

Frente a este progreso tecnológico, es donde el ámbito de protección de la intimidad devino insuficiente, pues, además de la facultad de rechazar invasiones al ámbito privado, resultaba necesario el reconocimiento de un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afectaban a cada sujeto, incluso más cuando se ejerce en el campo de la informática o de las nuevas tecnologías —derecho a la autodeterminación informativa—[7] y así se instrumentó a través del régimen de protección de datos personales.

En general, estos regímenes protectorios se construyeron a partir de principios como una finalidad y obtención legítima y leal de los datos personales, un tratamiento transparente basado en el consentimiento, debiendo ser aquellos que resulten adecuados y necesarios para cumplir la finalidad para la que fue recopilado, mantenerse exactos, completos y actualizados, previendo una categoría especial reforzada en su protección (datos sensibles), cumpliendo con la confidencialidad estipulada o convenida y con la seguridad técnica, administrativa u organizacional pertinente, estipulando expresamente aquellas excepciones basadas en el orden o el interés público, disponiendo de métodos razonables, ágiles, sencillos y eficaces para resguardarlos (acceso, rectificación, cancelación y oposición, identificados como "Derechos ARCO", al que adiciona la portabilidad), de un sistema de responsabilidad nacional y posiblemente transfronterizo ante su incumplimiento y de un órgano de supervisión local independiente.[8]

---

7 Definido como la posibilidad de decidir qué datos queremos proporcionar y cuáles deseamos mantener en reserva, alejados del acceso de los demás. *Cfr*. Basterra, Marcela, *Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la DNPDP*, 2016, *http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/HD.-Comentario-Disposicion-4.09-de-la-DNPDP.pdf*

8 OEA, *Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales*, Washington DC., enero de 2022, *https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Publicacion_Proteccion_Datos_Personales_Principios_Actualizados_2021.pdf*

Al sancionarse los primeros de tales regímenes empezaron a vislumbrarse las diferencias entre el modelo europeo y el estadounidense, discrepancias que hoy también pueden advertirse en países como la República Argentina, en el que normativamente adoptamos el modelo europeo en cuanto a la protección de datos personales pero históricamente, en cuanto a la libertad de expresión, seguimos el parámetro estadounidense, que, aunque con algunos bemoles, también comparten los organismos interamericanos. Tal complejidad se agudiza cuando, por el devenir tecnológico y las limitaciones jurídicas existentes en materia de protección de datos personales, muchos entienden necesario el reconocimiento de una prerrogativa adicional, con el fin de poder controlar la información que se divulga o limitar a las herramientas tecnológicas que tratan los datos personales, como se pretende a través del "derecho al olvido".

Respecto de este derecho, los sistemas codificados y el *common law* se encuentran casi en veredas opuestas. Dejando de lado las cuestiones culturales, que provocan diferentes percepciones tanto sociales como políticas y jurídicas,[9] la propia naturaleza de cada sistema conspira contra la implementación, en idénticas condiciones, de derechos como el presente. Se evidencia en múltiples aspectos y ello se refleja en la resolución adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso *Denegri*,[10] más aún atento las particularidades del mismo.

En el ámbito europeo, este derecho comenzó a delinearse a partir de los principios establecidos en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, actualizado con el Convenio 108+, instrumentos a los que se ha adherido el Estado argentino. Tanto salvaguardando el derecho a la intimidad —primer gran fundamento de este derecho— como, en función de la situación y del soporte donde esté contenida la

[9] Moreno Bobadilla, Ángela, "El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos", *Revista de Comunicación*, vol. 18, núm. 1, enero-junio de 2019, *http://dx.doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13*

[10] CSJN, Autos "*Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas*" (CIV 050016/2016/CS001 – fecha 28 de junio de 2022), Fallos: 345:482.

información que se desea eliminar o desindexar, también protege la honra, la propia imagen o los datos personales, todos ellos derechos fundamentales recogidos en la mayoría de las Constituciones de los sistemas de raíces continentales, resguardados por los organismos locales creados a tales fines y con una amplia evolución jurisprudencial en el ámbito interno de los estados europeos; derechos que, además, están vinculados a la propia personalidad y derivados de la dignidad de la persona como valor superior del ordenamiento jurídico en materia de derechos humanos.

El derecho al olvido digital, más allá de sus múltiples acepciones —como derecho a olvidar, a "ser perdonado" o a las "segundas oportunidades", a la oscuridad digital, a la "caducidad del dato negativo", etc.—, en rigor, debiera denominarse como el *derecho a la desindexación de datos personales online* a través del cual se pretende dejar en el pasado o bloquear el acceso a cierta información personal veraz y legítimamente obtenida que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera pudiera afectar alguno de sus derechos fundamentales;[11] pretensión que se ejerce en el ámbito digital o virtual a fin de evitar se descontextualice la información o se reavive perpetuamente a través de la publicidad y accesibilidad constante que aportan diversos medios y herramientas tecnológicas (plataformas de videos, redes sociales, páginas web, blogs, hemerotecas, etc.), potenciados con la aparición de los motores de búsqueda. Y en este punto vuelven a advertirse diferencias entre los sistemas jurídicos mencionados.

Los Estados Unidos de Norteamérica ha sido pionero en la consolidación del derecho a la intimidad por sobre el resto de los derechos, principalmente en su confrontación con la libertad de expresión, pero, como expone la autora Moreno Bobadilla,[12] si

[11] Principalmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, *cfr*. Lévano-Véliz, Pablo Ernesto, "El derecho al olvido como paradigma en el rol responsable de los medios de comunicación en internet", *Revista Perspectivas*, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre, 2021, pp. 81-91, *https://doi.org/10.22463/25909215.3258*

[12] Moreno Bobadilla, Ángela, "El olvido previo a internet: los orígenes del actual derecho al olvido digital", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 43, IIJ-UNAM, 2020, pp. 199-217, *https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.43.15183*

bien durante finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX la jurisprudencia daba una mayor preeminencia al derecho a la intimidad de los ciudadanos incorporando el "derecho a las segundas oportunidades", llegando a convertirse en un ejemplo para los tribunales europeos, su Suprema Corte cambió el rumbo a finales de los años sesenta, y dio un valor, prácticamente absoluto, al derecho a la información.

La clasificación efectuada por William Prosser,[13] en 1960, al sistematizar los casos de *torts* por violación de la *privacy* tras el artículo de Warren y Brandeis publicado en Harvard Law Review en 1890 que fue recepcionada por las leyes de responsabilidad civil estadounidense, se establecieron límites a la procedencia y viabilidad de las acciones haciendo que la jurisprudencia fuera diversa en la materia. Se determinó que la expectativa razonable de privacidad a proteger mediante las mismas se configura cuando una persona de sensibilidades ordinarias podría haberla sentido o experimentado en el mismo contexto, a veces se lo relaciona con el espacio físico donde la afectación a la privacidad ocurrió, o si la información no es absolutamente secreta, resultando casi improcedente si fue difundida por el propio accionante.

Asimismo, similarmente a nuestro artículo 32 de la Constitución Nacional, la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana protege la libertad de expresión y proscribe expresamente que el Congreso pueda adoptar cualquier ley que la limite, y ello ha servido de fundamento para permitir la protección de la privacidad solo cuando la información no tiene interés informativo o no pertenece al "legítimo interés público", término que, atento la flexibilidad de su conceptualización por la normativa aplicable, ha sido interpretado con extrema amplitud por la Suprema Corte de dicho país. Por último, determinan la procedencia de su protección si la privacidad es merecida, basándose en el contexto de lo difundido (requisito de "información oprobiosa") realizando valoraciones altamente subjetivas y cuestionables para determinar si resulta lo suficientemente ofensiva para una persona razonable.

[13] Prosser, William L., "Privacy", *48 California Law Review,* 1960.

En la República Argentina, la Corte Suprema de la Nación, como da cuenta Del Carril,[14] siguiendo la doctrina estadounidense, tiene una extendida jurisprudencia en defensa del derecho a la privacidad, desde el *leading case* de 1984 *Ponzetti de Balbín* (Fallos: 306:1892) y en muchos precedentes posteriores —por ejemplo, *Sciammaro* (Fallos: 330:3685), *Menem* (Fallos: 324:2895), *Ganora* (Fallos: 322:2139), *Gutheim* (Fallos: 316:703) o *Pando de Mercado* (Fallos: 343:2211)—; no obstante, el espacio resguardado a la intimidad encuentra uno de sus límites en la voluntad de la persona de exponerse públicamente. Repetidamente ha afirmado que

> [...] el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

Pero esta protección decrece, aunque no se suprime, si estamos en presencia de una persona pública, por el interés público comprometido y por el mayor acceso a los medios periodísticos que detenta para replicar las falsas imputaciones.

En su confrontación con la libertad de expresión, encontramos que no solo ha sido resguardada constitucionalmente[15] sino también se ha reforzado en el ámbito regional y en la doctrina

[14] Carril, Enrique H. del, "¿Hacia un derecho al olvido argentino? Reflexiones previas al caso "Denegri". Suplemento Especial 'El derecho al olvido ante la Corte Suprema'", *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de marzo de 2022, pp. 13-17.

[15] Constitución Nacional, arts. 14 y 32. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 19 y 20), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 4), entre otros instrumentos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 de la CN).

judicial,[16] similarmente a los estándares del modelo estadounidense.

Hasta, siguiendo a la ONU, la República Argentina ha reconocido por Ley 26.032 *que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión*, dotándola de todas las prerrogativas y protecciones, adicionalmente a las escasas limitaciones, que conlleva.

Ahora bien, con base en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, especialmente en su nuevo artículo 43, tercer párrafo —incorporado en la reforma de 1994— y en los lineamientos europeos (fundamentalmente de España e Italia junto con la otrora Directiva 95/46/CE), la República Argentina fue el primer país americano en dictar una Ley de Protección de Datos Personales y en ser expresamente reconocido por la Unión Europea por contar con "legislación adecuada" en materia de datos personales (Decisión C 2003 1731).

En tal contexto, conceptualmente, a la fecha, más allá de las diversas valoraciones doctrinarias, en Argentina, solo podría hablarse de "derecho al olvido" si lo entendemos como *cancelación de datos negativos* —al decir de Puccinelli—.[17] En la norma nacional podemos encontrar la previsión genérica del derecho al olvido —aunque no es denominado de dicho modo— para los datos que dejan de ser necesarios o pertinentes a los fines requeridos –que deben ser destruidos—; consecuencia también establecida al cumplirse la prestación contractual de servicios informatizados de datos personales. Los servicios de información crediticia tienen restringidos los datos a archivar, registrar o ceder y deli-

[16] Como, a modo de ejemplo, respecto de la doctrina de la "*real malicia*" se expidió en *Vago* (Fallos 314:1517), *Melo* (Fallos 334:1722), *Campillay c. La Razón, Crónica y Diario Popular* (Fallos 308:789), algunos de los cuales son citados en la sentencia objeto del presente trabajo.

[17] Puccinelli, Oscar R., "El 'derecho al olvido' en el derecho de la protección de datos. Con especial referencia a su vigencia en internet", *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 21, núm. 21, 2016, pp. 235-251, *https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18707/18948*

mitado el plazo de duración de tal archivo o registro y, aunque la Ley no consideró los datos positivos, sí lo hizo la norma reglamentaria, criterios ratificados en su interpretación por nuestra Corte Suprema.

A su turno, en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a la realidad tecnológica existente al momento de su sanción, no incluyó normas sobre protección de datos, aunque refiere precisamente al derecho a la privacidad y al derecho a la libertad de expresión, que son los principalmente involucrados en el ámbito de Internet. Interpretando sus alcances, la Relatoría de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que, *si bien un derecho general al olvido en Internet puede tener cabida en el ámbito europeo, las reglas sobre libertad de expresión vigentes en el sistema interamericano impedirían su aplicación*. En su Informe Anual 2016,[18] expuso que *el derecho internacional de los derechos humanos no protege o reconoce el llamado "derecho al olvido", en los términos delineados por el TJUE en el caso Costeja*.[19] Por el contrario, la Relatoría Especial estima que la aplicación en las Américas de un sistema de remoción y desindexación privada de contenidos en línea con límites tan vagos y ambiguos resulta particularmente problemática a la luz del amplio margen normativo de protección de la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párr. 132). Tanto remover información como desindexar contenidos tienen un efecto limitador en la libertad de expresión en tanto restringen la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por parte de todas las personas, sin consideración de fronteras nacionales (párr. 133). Ahora bien, si un Estado decide adoptar regímenes de protección de datos personales que reconozcan la desindexación a la que se refiere el "derecho al olvido",

[18] Informe Anual 2016 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, titulado "*Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*", aprobado el 15 de marzo de 2017 por la CIDH, *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf*

[19] Sentencia del 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-131/12 "Google Spain S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González", *https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES*

deberán hacerlo de manera absolutamente excepcional. De adoptarse, la legislación sobre desindexación u oposición deberá ser diseñada de manera específica, clara y limitada para proteger los derechos a la privacidad y la dignidad de las personas respetando los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información; distinguiendo entre información y datos personales; estableciendo los casos en los que la acción no procede, particularmente cuando vulnere el derecho a la libertad de expresión sobre asuntos de interés público; y protegiendo la expresión lícita y legítima (párr. 137).[20]

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes vs. Chile*,[21] convirtió en un derecho humano al derecho de acceso a la información a partir de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana, determinando el exacto alcance de este derecho —extendiéndolo a la información de interés público— y delineando las obligaciones que pesan en la materia sobre los países miembros.

Pero la acérrima defensa de la intimidad y el honor que, en el caso europeo, sumado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, habilita un control, incluso privado, de los datos personales y de su tratamiento en internet, resguardado por reglas e interpretaciones jurisdiccionales que le imponen responsabilidad a los sistemas informáticos que indexan documentos almacenados en millones de servidores de páginas web para facilitar al usuario del servicio de búsqueda, su inmediata localización a partir de las palabras que ingrese al buscador y sin exigir la acreditación de perjuicio alguno, se contrapone flagrantemente con la legislación y doctrina judicial argentina.

---

[20] Pautas que se replican en la *Declaración Conjunta sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la Era Digital* suscrita en 2018 por los Relatores Especiales en materia de libertad de expresión de la ONU, OEA y Comisión Africana sobre DDHH y de los Pueblos y el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, al referirse a las amenazas tecnológicas (pto. 5, inc. c), *https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&lID=2*

[21] Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

La libertad de expresión y, específicamente, la libertad de información, como surge de la doctrina norteamericana que inspiró las señeras sentencias argentinas, doctrina reforzada por el Sistema Interamericano,

> [...] comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[22]

Y, cuando se la analiza en términos de información, la libertad de expresión ha sido reconocida como

> [...] piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...]. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.[23]

Por su parte, la conceptualización de lo que se consideraría "interés público" y su sostenimiento en el tiempo conforme los

[22] Corte IDH. OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 30. Receptada por la CSJN en Fallos 306:1892; 310:508, entre otros.

[23] *Ibidem*, párr. 70.

parámetros indicados con la finalidad de habilitar un probable derecho a la supresión o un esquema de control de contenidos, en un sistema jurídico como el argentino, no puede quedar librada a la voluntad de las partes (afectado y empresa) pudiendo configurarse un supuesto de censura previa que riñe con el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que establece el control posterior. Con sustento en tal premisa, la Corte Suprema argentina estableció que la notificación privada solo es válida para ilicitudes manifiestas y groseras, mientras que en los casos dudosos será necesaria la participación de una autoridad judicial o administrativa;[24] aunque luego, en el caso *Denegri*, sostuvo que tampoco un magistrado la detentaría y aquí surge un nuevo interrogante respecto de la calificación y perdurabilidad de dicho "interés público" atento lo dinámico y versátil del concepto jurídico indeterminado en cuestión.

Por último, el sistema de responsabilidad que se ha configurado respecto de los intermediarios de la información, en este caso, los motores de búsqueda evidencian otro punto de inflexión en el que pasamos de la responsabilidad objetiva en el caso europeo a la irresponsabilidad absoluta en el sistema estadounidense.

La República Argentina, ratificando que un sistema de responsabilidad objetiva sería contrario a la libertad de expresión, a partir del precedente "Rodríguez, María Belén", estableció las bases para la atribución de una responsabilidad subjetiva por la actividad de los buscadores, enfatizando que toda restricción o limitación a la libre expresión debe ser de interpretación restrictiva ya que toda censura tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad, lo que reitera en el caso *Denegri*.

III. Conclusiones

Por tanto, siguiendo las pautas y premisas del régimen normativo tuitivo de los datos personales y respetuosa del discurso constitucional y convencionalmente protegido en dos de las principales libertades de nuestro modelo democrático, entiendo que la

[24] CSJN. Fallos: 337:1174.

Corte Suprema argentina, en el caso *Denegri*, esboza un delicado equilibrio entre ambas cuestiones al resolver, en la materia, que, si el cuestionamiento refiere a los datos personales obrantes en internet, deberá instarse su actualización, rectificación o supresión frente a la fuente de origen de tal información, con las muchas limitaciones previstas en la doctrina vigente por la posible afectación de la libertad de expresión y de información[25] y en los términos de la norma que regula la protección de datos personales; pero si refiere al accionar de los motores de búsqueda, quedará constreñido exclusivamente a su actividad de intermediación, debiendo acreditarse, además de la ilicitud del contenido, el daño actual ocasionado al afectado.[26]

Entendimiento que, además, tratándose de cuestiones de "interés público", resultaría protectorio del derecho a la verdad —no solo individual sino de la colectividad—, a la historia y la memoria social o pública —en tanto, como indica la catedrática Mastromarino, *existencia de un contexto plural en donde ningún actor puede reclamar una posición ventajosa—*,[27] todos derechos tan significativos y sensibles para nuestros pueblos latinoamericanos.

[25] Expuestos, además, en Informe Anual 2016 de la Relatoría Especial... *cit.*, párr. 133.

[26] *Ibidem,* párr. 140. En conclusión, la legislación sobre desindexación deberá quedar restringida a aquellos casos en que el solicitante demuestre un daño sustantivo a la privacidad y la dignidad y siempre a través de una orden judicial adoptada en el marco de un proceso respetuoso del debido proceso y en el que puedan ejercer su defensa todas las partes involucradas, incluyendo quien se expresa, el medio de comunicación o editor del sitio web que pudiera verse afectado y los intermediarios. De este modo se evita que sean las empresas privadas que operan los buscadores y otras plataformas a quienes le corresponda analizar y decidir sobre la pertinencia de restringir el acceso a contenidos en línea bajo estos supuestos.

[27] Mastromarino, Anna, *Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado*, Buenos Aires, Astrea, 2023.

Referencias

Basterra, Marcela, *Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la DNPDP*, 2016.

Carril, Enrique H. del, "¿Hacia un derecho al olvido argentino? Reflexiones previas al caso "Denegri". Suplemento Especial 'El derecho al olvido ante la Corte Suprema'", *El Derecho*, Buenos Aires, 15 de marzo de 2022.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

Corte IDH. OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 30.

Lévano-Véliz, Pablo Ernesto, "El derecho al olvido como paradigma en el rol responsable de los medios de comunicación en internet", *Revista Perspectivas*, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre, 2021.

Mastromarino, Anna, *Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado*, Buenos Aires, Astrea, 2023.

Moreno Bobadilla, Ángela, "El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos", *Revista de Comunicación*, vol. 18, núm. 1, enero-junio de 2019.

Moreno Bobadilla, Ángela, "El olvido previo a internet: los orígenes del actual derecho al olvido digital", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 43, IIJ-UNAM, 2020.

Newman, N., *et al., Digital news report 2022*, Oxford, Universidad de Oxford, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2022.

OEA, *Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales*, Washington DC., enero de 2022.

Prosser, William L., "Privacy", *48 California Law Review,* 1960.

Puccinelli, Oscar R., "El "derecho al olvido" en el derecho de la protección de datos. Con especial referencia a su vigencia en internet, *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 21, núm. 21, 2016.

Trejo Delarbre, Raúl, "*La sociedad de la información. Vivir en la sociedad de la información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital*", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación*, núm. 1, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, septiembre-diciembre, 2001.

Yoneji Masuda, *The information society as a post-industrial society*, Estado Unidos, World Future Society, 1981.

Zuboff, S., *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*, Nueva York, PublicAffairs, 2019.

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo II Derechos fundamentales. De la igualdad
se terminó de imprimir en mayo de 2026,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 500 ejemplares.

ESTE VOLUMEN CONTINÚA CON EL ANÁLISIS de los derechos fundamentales en materia de igualdad, abarcando tres dimensiones centrales.

En primer término, se examina el derecho de acceso a la justicia, entendido como condición indispensable para la vigencia del Estado de derecho y para la protección efectiva de los derechos de todas las personas, especialmente de aquellos sectores históricamente en situación de vulnerabilidad. Se enfatiza que dicho acceso debe garantizarse mediante procedimientos imparciales, eficaces y accesibles.

En segundo término, se aborda el principio de Estado laico y los derechos sobre el propio cuerpo, destacando la necesidad de separar el ámbito religioso del ámbito estatal a fin de asegurar la neutralidad del poder público frente a las convicciones individuales. A su vez, se reconoce el derecho de cada persona a tomar decisiones libres y autónomas respecto de su cuerpo, lo que incluye la protección de la integridad física y la autodeterminación personal.

Finalmente, este tomo también analiza la importancia del lenguaje claro, de la libertad de expresión, de los medios de comunicación y de las redes sociales como elementos fundamentales de una democracia plural y participativa. Se sostiene que el uso del lenguaje accesible fortalece la transparencia institucional, mientras que la libertad de expresión, junto con la pluralidad mediática y el acceso a plataformas digitales, constituyen un medio esencial para garantizar el debate público, la circulación de ideas y la formación de una opinión ciudadana informada.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-442-854-2
UNAM
ISBN 978-607-8908-28-8
IECEQ