Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos

Definición de género en el Estatuto de Roma
César Francisco Gallegos Pazmiño

Los Derechos Humanos en la coyuntura de juicios políticos a presidentes democráticamente electos bajo la perspectiva del SIDH
Pamela Araceli Peralta Valiente

Libertad de pensamiento y expresión en el SIDH
Rodrigo Brito Melgarejo

El derecho al voto en prisión desde la perspectiva del TEDH
Wendy M. Jarquín Orozco

Estado regulador, legitimidad y rendición de cuentas
Bolívar Gerardo III Portugal Celaya

Democracia y prevención de la tortura
Ignacio Álvarez Rodríguez

I|D|H
ACADEMIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Vol.3 | No.2 | Año 2020

Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos, Año 2020, Vol. 3, Núm. 2, Julio-Diciembre 2020; pp. 375; 24 cm; Semestral.

i. Artículos doctrinales, ii. Ensayo, iii. Reseñas bibliográficas, iv. Notas legislativas y judiciales, v. Comentarios jurisprudenciales

Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos, Año 3, Núm. 2, Julio-Diciembre 2020, es una revista semestral editada por la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Carretera 57 km. 13. Ciudad Universitaria. Arteaga, Coahuila. Tel: +52 (844) 4 11 14 29, https://www.academiaidh.org.mx/revista-icdh, revista.icdh@academiaidh.org.mx. Editor responsable: Irene Spigno.

Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2022-011415483600-102, Issn: en trámite, No. de radicado: 00006811, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representan en forma alguna la opinión institucional de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado del Centro de Educación para los Derechos Humanos de la Academia Idh.

Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons. Para ver una copia de esta licencia, visite http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/.

Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos

Revista Internacional y Comparada
de Derechos Humanos

International and Comparative
Journal of Human Rights

Directorio / Directory

Luis Efrén Ríos Vega
Irene Spigno
Dirección
Direction

Irene Spigno
José Antonio Estrada Marún
Editores en jefe
Editor in Chief

Juan Francisco Reyes
Coordinación editorial
Editorial Coordination

Sandra Elizabeth Martínez Torres
Diseño editorial y maquetación
Editorial Design & Layout

Ana Daniela García Hernández
Diseño de portada
Cover Design

Vol. III Núm. II

Yessica Esquivel Alonso
Editor científico
Scientific Editor

Karla V. González Briones
Elena Rivera Treviño
Coordinación
Coordination

Jesús M. Martínez Torres
Gustavo A. Zavala Slehiman
Jesús S. Cortez Martínez
Luis R. Galván Ríos
Formateo de textos
Text Formatting

Contacto / Contact:
revista.icdh@academiaidh.org.mx
https://www.academiaidh.org.mx/revista-icdh

Consejo editorial

Jaime Fernando Cárdenas Gracia, Eleonora Ceccherini, José Ramón Cossío Díaz, Sergio Díaz Rendón, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tania Groppi, Marco Olivetti, José de Jesús Orozco, Ilenia Ruggiu, Irene Sobrino Guijarro.

Comité evaluador

Gustavo Aguilera Izaguirre
Lucía Alonso Sanz
Claudia Patricia Alvarado Bedoya
Ignacio Álvarez Rodríguez
Bárbara Anna Stepién
Marcos Andrade Moreno
Janeyri Boyer Carrera
Laura Alicia Camarillo Govea
Juan Camilo Herrera
Felipe Carrera Aguayo
Emiliano Carretero Morales
José Luis Contreras Ramírez
Rodrigo Edmundo Galán Martínez
Ignacio García Vitoria
José Alfonso Herrera García
Antonio Jorge López Rodríguez
Indira Latorre
María Elisa Franco Martín del Campo
Francisco M. Mora Sifuentes
Joaquín A. Mejía Rivera
Luis Felipe Nava Gomar
Gracy Pelacani
Rafael Ramírez Villaescusa
Mauro Arturo Rivera León
Jorge Ernesto Roa Roa
Aloys Rutter Castro
Armando Salas Cruz
Francisco Javier Sanjuán Andrés

Elena Sorda

Equipo editorial

María Guadalupe Imormino de Haro
Juan Francisco Reyes Robledo
Carlos Zamora Valadez

ARTÍCULOS DOCTRINALES

13 **Definición de género en el Estatuto de Roma: persecución ante la Corte Penal Internacional.**
César Francisco Gallegos Pazmiño

49 **Los Derechos Humanos en la coyuntura de juicios políticos a presidentes democráticamente electos bajo la perspectiva del Sistema IDH. Un análisis desde la experiencia de Paraguay.**
Pamela Araceli Peralta Valiente

79 **Libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**
Rodrigo Brito Melgarejo

107 **El derecho al voto en prisión desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**
Wendy M. Jarquín Orozco

147 **La legitimidad democrática del Estado regulador. Mecanismos y prácticas para legitimar la acción regulatoria.**
Bolívar Gerardo III Portugal Celaya

177 **Democracia y prevención de la tortura.**
Ignacio Álvarez Rodríguez

217 **La campaña política populista y su trato a los temas de derechos humanos: una oportunidad disfrazada.**
José Ángel Rodríguez Canales
Juan Pablo Zapata Morín

245 **El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Nacional Electoral, una asignatura pendiente para la reforma electoral en México.**
Juan Antonio Palomares Leal

ENSAYO

283 ***De los Grupos Vulnerables a las Comunidades de Práctica. Un esbozo teórico en clave de Derechos Humanos.***
Diego A. Carrillo Torres
Julia L. A. López Ramos
Gerardo Ballesteros De León

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

311 **Martinico, Giuseppe, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della* Reference Re Secession of Quebec, Turín, G. Giappichelli Editore, 2019, 233 pp.**
Irene Spigno

319 **"The Many Faces of Contemporary International Law of the Sea. Remarks on the monograph", en *Mare nostrum – nuestro mar: Estudios sobre derecho del mar*, Stępień, Barbara Anna y Becerra Ramírez, Manuel (eds.), Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, 403 pp.**
Brygida Kuzniak

NOTAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES

327 | ***Chiafalo v. Washington.***
Juan Francisco Reyes Robledo

335 | **Sentencia SUP-REC-531/2018.**
Adriana Beatriz Salinas Cerrillo

341 | **Sentencia SUP-JE-30/2020.**
Felipe Rodríguez Flores

349 | **Sentencia SUP-REC-91/2020.**
Juan Antonio Corral Reséndiz

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

363 | **Sentencia SUP-REP-594/2018 y acumulados.**
Francisco Duarte Tello

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La presente sección conforma el apartado distintivo de esta revista. Contiene los artículos doctrinales académicamente consistentes que constituyen los temas prioritarios y específicos de la publicación, y cuyo enfoque es el relevante para la misma en términos generales: las perspectivas y tendencias actuales de los estudios sobre derechos civiles y políticos.

Para ser susceptibles a su publicación en la presente sección, los textos enviados son evaluados previamente con la finalidad de verificar que se encuentran en el área de interés del volumen respectivo, acorde a la convocatoria publicada con anterioridad. Posteriormente, dichos textos son sometidos a su revisión anónima por pares conforme a estrictos estándares académicos definidos por las y los editores de la publicación, quienes determinan su publicación definitiva.

Definición de género en el Estatuto de Roma: persecución ante la Corte Penal Internacional.

Gender definition in the Rome Statute: persecution submitted to the International Criminal Court.

César Francisco Gallegos Pazmiño
Estudio Jurídico Integral (I+D)
Orcid: 0000-0001-9349-7658

Fecha de recepción: 31 julio 2020
Fecha de aceptación: 24 agosto 2020

Resumen: El primer caso llevado ante la Corte Penal Internacional en materia de género, el *Fiscal vs. Al Hassan,* marca un hito en el derecho penal internacional. Esto ha abierto un crisol de temas a debatirse, como la definición que ofrece el Estatuto de Roma sobre *género*, ampliamente tratada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, mientras se desarrollan proyectos para nuevos artículos sobre crímenes contra la humanidad. Este trabajo examina la definición y la identifica como motivo de persecución. Como resultado de la delimitación conceptual acordada en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, se concluye que la definición reconocida en el Estatuto de Roma recogió los aspectos sociales de género tanto al momento de la adopción de este cuerpo normativo y dos décadas posteriores.

Abstract: The first case submitted to the International Criminal Court on gender, *Prosecutor v. Al Hassan* marks a milestone in international criminal law. This has opened up a melting pot of topics to be discussed, such as the definition of the Rome Statute on "gender", widely discussed in the International Law Commission, while projects for new articles on crimes against humanity are being developed. This paper examines the definition and identifies it as a reason for persecution. As a result of the conceptual delimitation agreed at the 1998 Rome Diplomatic Conference, it is concluded that the definition recognized in the Rome Statute

collected the social aspects of gender both at the time of the adoption of this law and two decades later.

Palabras clave: *Corte Penal Internacional, Al Hassan, Estatuto de Roma, género, crímenes contra la humanidad.*

Keywords: *International Criminal Court, Al Hassan, Rome Statute, gender, crimes against humanity.*

Sumario: I. Introducción. II. Interpretación de la definición de género en el artículo 7.3. 1. Significado ordinario de los términos. 2. La historia de la redacción. 3. *Género* en el derecho internacional de los derechos humanos. III. Persecución "por motivos de género". 1. Persecución basada en ideas de género socialmente. 2. Fundamentos de género vs. grupos de género. 3. Persecución por intersección de género y otros motivos. IV. Privaciones severas de derechos fundamentales contrarios al derecho internacional. 1. Derechos fundamentales. 2. Violaciones severas a los derechos fundamentales. V. La práctica emergente de la Cpi sobre persecución por motivos de género. VI. Conclusión.

I. Introducción

En 1998, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Cpi) se convirtió en el primer instrumento internacional en enumerar la persecución por *género* como crimen de lesa humanidad, así como en el primero en definir el término *género*. Según esta definición, *género* se refiere a "los dos sexos, masculino y femenino, dentro del contexto de la sociedad" (artículo 7.3). La incorporación del término *género* en el Estatuto de Roma fue una victoria difícil de conseguir para sus defensores. Tuvieron que lidiar con la oposición sostenida de algunos Estados, la Santa Sede y una serie de rganizaciones no gubernamentales (Ong) que asociaron el término *género* con ideas que consideraban transgresivas, como el empoderamiento de las mujeres, la igualdad entre los sexos y el fin de la discriminación contra las personas que son lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, intersexuales o queer (Lgbtiq) (Steains 1999; Oosterveld 2005; Chappell 2008). Estos fueron algunos

de los mismos opositores, con los mismos argumentos, que han estado luchando durante décadas contra lo que perciben como la promoción de ideas transgresivas sobre género en todo el sistema de las Naciones Unidas (Onu) (Otto 2018). A pesar de sus esfuerzos, el término *género* se usa en el Estatuto de Roma, incluso como motivo del crimen de persecución contra la humanidad. De hecho, actualmente, la Cpi es el único tribunal internacional con jurisdicción para enjuiciar el delito de persecución por motivos de *género*. (Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, *Reglamento núm. 2000/15*, 6 junio 2000).

En el momento del vigésimo aniversario del Estatuto de Roma, el 17 de julio de 2018, la Oficina del Fiscal de la Corte (Ofc) aún no había presentado denuncias de persecución por motivos de género más allá del proceso previo al juicio en cualquier caso. Sin embargo, desde que adoptó en 2014 el *Documento de Política sobre Delitos Sexuales y de Género (Política de Género*), la Fiscalía ha comenzado a considerar la persecución basada en el género en algunos de sus exámenes preliminares, alegando que ocurrió en Afganistán (Cpi, *Prosecutor's Afghanistan Request*, 20 noviembre 2017) y analizando posibles actos de persecución por motivos de género en Nigeria (Cpi, *Preliminary Examination Report 2018*, 5 diciembre 2018). Más recientemente, obtuvo la confirmación de un cargo de persecución por motivos de género en el caso *Al Hassan*, el segundo caso en Malí (Cpi, *Al Hassan* Dcc, 2 julio 2019). Este es el primer caso en el que la Fiscalía ha tratado de acusar a un sospechoso de este delito.

Mientras tanto, en un desarrollo paralelo, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Cdi, o La Comisión) ha estado preparando proyectos de artículos sobre crímenes contra la humanidad, que aprobó en su 71ª sesión (abril-agosto de 2019), con la recomendación que se adopten mediante convención en el seno de la Asamblea General a tiempo. En 2015, el Relator Especial de la Coalición que lidera este proceso, Sean Murphy, propuso que la definición de crímenes contra la humanidad en estos proyec-

tos de artículos refleje el artículo 7.3 del Estatuto de Roma (Murphy 2015), incorporando el crimen de persecución por motivos de *género*, así como la definición de *género* en el Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta que el desarrollo de una posible convención sobre crímenes contra la humanidad podría ser una oportunidad para revisar la definición de *género*, 583 Ong de más de 103 países hicieron una presentación ante la Cdi en 2018. Propusieron que se dejara el término *género* indefinido en una futura convención sobre crímenes de lesa humanidad, haciendo hincapié en que ningún otro motivo de persecución se define en el Estatuto de Roma o en los proyectos de artículos (Davis *et al*. 2019). Como alternativa, propusieron que la definición de *género* en una futura convención sobre crímenes de lesa humanidad se revise para reflejar la *Política de Género* de la Ofc que no promueve una *alternativa* a la definición de *género* del Estatuto de Roma, pero más bien desempaqueta esa definición, explicando que: "[...] reconoce la construcción social del género y los roles, comportamientos, actividades y atributos que los acompañan asignados a mujeres y hombres, y a niñas y niños" (Cpi Ofc, Política sobre crímenes sexuales y por motivos de género, junio 2014). La comunicación alegaba además que una nueva convención sobre crímenes de lesa humanidad debería reconocer expresamente otros motivos de persecución, incluida la "orientación sexual, la identidad de género y las características sexuales" (Davis *et al.* 2019). En ningún momento la comunicación aceptó que la persecución por los motivos antes mencionados esté *excluida* según la definición de *género* del Estatuto de Roma. Tampoco argumentó que la definición del Estatuto es incapaz de ser interpretada en el sentido de que el género se construye socialmente como se afirma en la *Política de Género.* Más bien, la preocupación expresada en la presentación fue que la definición del Estatuto de Roma usaba "lenguaje opaco y anticuado" que, si se replicaba, podría malinterpretarse como una combinación de género con sexo biológico (Davis *et al.* 2019).

Las posiciones avanzadas en esta presentación parecen haber tenido un impacto. Se reflejaron en comentarios posteriores de algunos Estados sobre el proyecto de artículos sobre crímenes contra la humanidad, que reconocieron que la definición del Estatuto de Roma podría ser más clara (Comisión de Derecho Internacional, *Comments by Un Experts,* 30 noviembre 2018), una posición que previamente han tomado algunos académicos (Cossman 2002; Philips 2002). Del mismo modo, los 24 expertos de la Onu que hicieron comentarios sobre el borrador de los artículos hicieron eco del lenguaje de la presentación para expresar su *preocupación* de que los borradores de los artículos "adopten la definición de género obsoleta y opaca del Estatuto de Roma" (*Comments by Un Experts).* Estos 24 expertos de la Onu observaron que "las leyes internacionales de derechos humanos reconocen el género como los atributos sociales asociados con ser hombre y mujer", y que 25 años de práctica han demostrado "un amplio reconocimiento del género como una construcción social que impregna el contexto en qué abusos contra los derechos humanos tienen lugar" (*Comments by Un Experts*). Reconocieron que "género *se* entiende como una construcción social" según la definición del Estatuto de Roma[1], pero señalaron que esta definición "nunca ha sido adoptada en ningún instrumento posterior de derechos humanos ni citada en la jurisprudencia del tribunal" (*Comments by Un Experts).* Concluyeron, de manera algo inconsistente: "por lo tanto, instamos a la Comisión de Derecho Internacional a que elimine la definición de género en el artículo 3 del proyecto de convención de crímenes contra la humanidad (ya que ninguna otra categoría de persecución entra en una definición o insista en construcción social de género como es ampliamente reconocido)" (*Comments by Un Experts*).

Lamentablemente, algunos Estados parecen malinterpretar la definición de género en el Estatuto de Roma relacionándola únicamente con el sexo biológico (masculino o femenino), sin reconocer la naturaleza socialmente construida del género (*Comments by Un Experts*). Como resultado de estas consultas, en mayo

[1] Énfasis agregado.

de 2019, la Comisión adoptó un proyecto de artículo que define los crímenes contra la humanidad, que enumera la persecución por motivos de *género* como un acto prohibido, sin definir el término *género* (Onu, *Crimes against humanity*, 15 mayo 2019).

En el contexto de estos desarrollos recientes en la Cpi y la Comisión, este artículo examina de cerca la definición de *género* del Estatuto de Roma. También explora lo que significa *género* como motivo de persecución, una pregunta que se ha abordado hasta cierto punto en estudios previos (Oosterveld 2005 y 2006; Davis 2018; Gray 2019), pero no con tanta profundidad, ni necesariamente con las mismas conclusiones. Se reconoce que puede haber beneficios al elaborar la definición de *género* en una nueva convención sobre crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con la interpretación de la Fiscalía y las definiciones más detalladas de *género* en las leyes y prácticas internacionales de derechos humanos. La Cpi también puede desarrollar la definición del Estatuto de Roma en el artículo 7.3 en su jurisprudencia.

Sin embargo, es fundamental abordar y evitar cualquier interpretación errónea de la definición, como parece haber surgido en algunos comentarios sobre el proyecto de artículos sobre crímenes contra la humanidad. El hecho de que la definición del Estatuto de Roma sea *esquelética* (Oosterveld 2013) no es una base para interpretarlo como equiparar el género con el sexo biológico (masculino o femenino), ignorando el difícil reconocimiento del género como una construcción social lograda por la mayoría de los Estados y caucus de mujeres para la justicia de género en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998. Por el contrario, debido al acuerdo alcanzado en esa conferencia, la definición del Estatuto de Roma no solo permite sino que *requiere* reconocimiento de la naturaleza socialmente construida del género. Por lo tanto, podría aplicarse para enjuiciar cualquier acto de persecución que se base en creencias sobre lo que significa ser *hombre* y *mujer*, incluidos los actos destinados a hacer cumplir las creencias de un perseguidor sobre el comportamiento ideal para hombres y mujeres, respectivamente.

Consciente de la medida en que las personas disfrutan de la igualdad de género difiere en todo el mundo, y que la discriminación contra las mujeres y las personas LGBTIQ es la norma en muchos, si no en todos los países, el artículo también considera brevemente lo que esto significa para considerársele crimen contra la humanidad. Se argumenta que la respuesta en el Estatuto de Roma es clara: la discriminación por motivos de género puede constituir persecución si implica la privación severa de los derechos fundamentales contrarios al derecho *internacional*, incluso si esos derechos no son reconocidos o respetados en el estado pertinente.

Este artículo está dividido en cuatro partes. Después de esta introducción, la Sección 2 se enfoca en la definición de *género* del Estatuto de Roma. Demuestra que, según esta definición, *género* es una construcción social. En la Sección 3, se enfoca el crimen de persecución contra la humanidad y la aplicación de la definición de *género* del Estatuto de Roma a ese crimen. Demostramos que el delito de persecución basada en el género implica la persecución *por motivos de género* (en oposición a *contra un grupo de género*). La sección 4 considera la interacción entre las concepciones locales de las relaciones de género y el delito de persecución por motivos de género. Sostiene que la persecución basada en el género no tiene por qué ser rara o atípica para calificar como un delito bajo el Estatuto de Roma. Como tal, incluso si la conducta relevante está permitida de acuerdo con las leyes o costumbres locales, esto no tiene relación con la jurisdicción de la CPI para procesar esa conducta como persecución por motivos de *género*. La Sección 5 considera el enfoque emergente de la CPI a las denuncias de persecución por motivos de género, teniendo en cuenta el caso *Al Hassan*. Concluye con algunas reflexiones sobre cómo la jurisprudencia de la CPI sobre la persecución por motivos de género podría desarrollarse en las próximas décadas.

II. Interpretación de la definición de género en el artículo 7 (3)

Según el artículo 2.1.a del Estatuto de Roma, la primera fuente de ley aplicable en la Cpi es el propio Estatuto. Por lo tanto, el Estatuto, es el punto de partida para interpretar el término *género*. El artículo 7.3 del Estatuto define *género* de la siguiente manera: "el término *género* se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término *género* no tendrá más acepción que la que antecede". Según la Ofc, esta definición "reconoce la construcción social de género, y los roles, comportamientos, actividades y atributos que los acompañan asignados a mujeres y hombres, y niñas y niños" (Icc Otp 2014). La comprensión de la Ofc de la definición del artículo 7.3 de *género* como una construcción social también es ampliamente apoyada por académicos (Bedont y Hall-Martinez 1999; Copelon 2000; Oosterveld 2005; Grey 2019) y otros expertos, incluidos los 24 expertos de las Naciones Unidas (Onu) que recientemente proporcionaron comentarios sobre esta definición en el contexto del proyecto de artículos sobre crímenes de lesa humanidad (McDougall 2000; *Comments by Un Experts* 2019). Como se detalla a continuación, esta interpretación está confirmada por el texto del artículo 7.3, así como por su historial de redacción.

1. Significado ordinario de los términos

Al interpretar el Estatuto de Roma, es práctica de la Corte aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). En el artículo 31.1 se dispone que "un tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito". El significado corriente de los términos utilizados en el artículo 7.3 demuestra que *género* es un terreno socialmente construido. Esto es evidente al considerar que, en el contexto de cada sociedad con base en sus percepciones y experiencias, tanto a los hombres y a las mujeres se les reconocen expectativas razonadas de lo que significa ser *masculino* y *femenino*; por lo tanto,

sus roles dependen de factores sociales. Como la interpretación de la OFC reconoce correctamente, tales factores incluyen creencias sobre los "roles, comportamientos, actividades y atributos" apropiados para las personas dependiendo de su condición de *hombre* o *mujer*. Estas creencias varían según el tiempo y el lugar, y afectan las oportunidades disponibles para cada persona.

La segunda oración de la definición dice: "El término *género* no indica ningún significado diferente al anterior". Esta oración no restringe ni amplía la definición legal de *género*. Simplemente afirma que la definición en la primera oración del artículo 7.3 se aplica en la CPI, una interpretación que es confirmada por el historial de redacción.

Interpretar la definición de *género* del Estatuto de Roma únicamente como una categoría biológica que comprende hombres y mujeres, como algunos comentaristas han sugerido que es posible, sería absurdo o no "de buena fe" como lo requiere el artículo 31.1 de la Convención de Viena, porque efectivamente ignoraría la frase "dentro del contexto de la sociedad".

2. La historia de la redacción

La historia de la redacción del Estatuto de Roma confirma que el género, tal como se define en el artículo 7.3, es un terreno socialmente construido más que una categoría biológica. El historial de redacción es relevante en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena, que prescribe que "se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31".

Antes de la Conferencia de Roma de 1998, el término *género* apareció en varios de los proyectos de estatutos preparados por el Comité Preparatorio para el Establecimiento de una CPI. El primer ejemplo documentado fue en 1996 cuando varios Estados propusieron que la composición del poder judicial de la Corte "debería

garantizar el equilibrio de género" (Cpi, *Report of the Preparatory Committee,* 1996: párr. 36). El siguiente fue en febrero de 1997, cuando el *género* se incluyó por primera vez como motivo de persecución en el proyecto de Estatuto (este motivo de persecución se puso entre corchetes, lo que indica que no fue aceptado por consenso en ese momento de las negociaciones). El borrador del Estatuto de diciembre de 1997 incluía una propuesta que requería que la Cpi interpretara y aplicara la ley sin "discriminación adversa de ningún tipo, incluida la discriminación basada en el género" (*Preparatory Committee,* 1997). El borrador del Estatuto de abril de 1998 incorporó la última propuesta *Preparatory Committee 1998* donde incluyó disposiciones que reconocen la necesidad de *equilibrio de género* y "experiencia en temas relacionados con la violencia sexual y de género" en el poder judicial, y que requiere que el Fiscal designe asesores con experiencia en "violencia sexual y de género" (Cpi, *Report of the Preparatory Committee,* 1998). Este fue el borrador que formó la base de las negociaciones en la Conferencia Diplomática de Roma.

En la Conferencia Diplomática de Roma, la disposición relativa a los asesores del Fiscal se acordó en las primeras dos semanas (Oosterveld 2005). Un pequeño bloque de Estados presionó en contra de las referencias restantes al *género* porque les preocupaba que incluir el término en esas disposiciones pudiera penalizar la discriminación por orientación sexual o identidad de género (Oosterveld 2005; Steins 1999).[2] Sin embargo, la mayoría de los otros Estados insistieron en que se mantuviera el término *género*. Según Valerie Oosterveld, quien fue miembro de la delegación canadiense durante las negociaciones: "Los países que apoyan el uso del término se comprometieron a garantizar que cualquier definición adoptada refleje que *género* se refiere a interpretaciones

[2] Véase también, por ejemplo, la declaración del delegado para Azerbaiyán, documentada en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional Roma, 15 de junio-17 de julio de 1998 Documentos Oficiales, Vol. II, en 272, § 61.

socialmente construidas de lo que significa ser hombre o mujer" (Oosterveld 2005).

La cuenta de Oosterveld es corroborada por Cate Steains, miembro de la delegación australiana que coordinó las consultas sobre cuestiones de género en las negociaciones. Como recuerda Steains, varios Estados insistieron en que:

> *"[T]he inclusion of the term 'gender' in the Statute must represent an accurate reflection of the current state of international law, and therefore needed to capture sociological aspects rather than mere biological differences. They pointed out that for the preceding decade the United Nations system had consistently used the term 'gender' rather than 'sex', in recognition of the fact that 'gender' encompassed biological and sociological aspects whereas 'sex' referred only to the biological distinction between men and women. This group of countries, accordingly, argued in favor of a broad definition of gender capable of being interpreted to include the socially constructed roles of men and women*" (Steins 1999).

Es decir:

> "La inclusión del término *género* en el Estatuto debe representar un reflejo preciso del estado actual del derecho internacional y, por lo tanto, debe *capturar aspectos sociológicos en lugar de meras diferencias biológicas*. Señalaron que durante la década anterior el sistema de las Naciones Unidas había usado consistentemente el término *género* en lugar de *sexo*, en reconocimiento del hecho de que *género* abarcaba aspectos biológicos y sociológicos, mientras que *sexo* se refería solo a la distinción biológica entre hombres y mujeres. Este grupo de países, en consecuencia, argumentó a favor de una definición amplia de género capaz de ser interpretada para incluir los roles socialmente construidos de hombres y mujeres"[3]

Aquellos Estados que abogan por una definición que refleje que el género es una construcción social se refirieron particular-

[3] Traducción libre.

mente al informe del Secretario General de la Onu de 1996 sobre la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Conferencia de Beijing), que dispone que: "en el uso de las Naciones Unidas, el género se refiere a los roles construidos socialmente por mujeres y hombres que se les atribuyen en función de su sexo" (Bedont y Hall-Martinez 1999).

Ante este apoyo para incluir el término *género* en el Estatuto, el bloque más pequeño marcó de nuevo sus demandas. Indicaron que el término *género* podría permanecer en las disposiciones pertinentes, siempre que se definiera a "los dos sexos, hombre y mujer", en otras palabras, equiparando el término *género* con sexo biológico (Oosterveld 2005). Una vez más, ese esfuerzo fue rechazado y, en la ronda final de negociaciones, las partes establecieron una definición que se refiere expresamente a "los dos sexos, hombre y mujer, *dentro del contexto de la sociedad*" artículo 7.3. Mientras está abierto a la elaboración de los jueces (Oosterveld 2005), la primera oración de la definición del artículo 7.3 acordada en Roma define claramente el género como una construcción social, y va más allá de equiparar *género* con *sexo biológico*.

La segunda oración de la definición dice: "el término *género* no indica ningún significado diferente al anterior". Steains (1999) señaló que esta frase "se incluyó ante la insistencia de las delegaciones *anti-género*, a pesar de los argumentos de las delegaciones *pro-género* que era superflua". De hecho, esta oración es evidentemente superflua: simplemente confirma que la oración anterior define *género* a los efectos de la Cpi.

Por lo tanto, el historial de redacción del artículo 7.3 muestra que las definiciones que buscaban combinar los términos *sexo* y *género* se propusieron en Roma, pero finalmente fueron rechazadas para capturar el aspecto social del género, en línea con la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (*The Fourth World Conference on Women*) y con definiciones anteriores de *género* de la Onu (Oosterveld 2005).

3. Género en el derecho internacional de los derechos humanos

El artículo 21.3 del *Estatuto de Roma* exige que la Cpi interprete y aplique todas las fuentes aplicables, incluidas el Estatuto y los Elementos de los Crímenes (artículo 9), "compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Por lo tanto, es relevante observar que en el derecho y la práctica internacional de derechos humanos, el término *género* ha sido interpretado consistentemente como un terreno socialmente construido más que como una categoría biológica.

Por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para Prevenir y Combatir la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, además del Estatuto de Roma, define expresamente *género* como "los roles, comportamientos socialmente construidos, actividades y atributos que una sociedad dada considera apropiada para mujeres y hombres" (artículo 3.c Convenio de Estambul). El término *género* no se utiliza ni se define en otros tratados internacionales o regionales de derechos humanos. Sin embargo, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las agencias de la Onu que participan en la promoción y protección de los derechos humanos reconocen el término *género* y lo definen como una construcción social.

Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer declaró que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw), en su *Recomendación general núm. 28* (16 diciembre 2010), abarca la "discriminación de género contra la mujer" además de "discriminación basada en el sexo". El Comité explicó que mientras *sexo* significa "diferencias biológicas entre hombres y mujeres", el término *género* se refiere a "identidades, atributos y roles construidos socialmente para mujeres y hombres y el significado social y cultural de la sociedad para estas diferencias biológicas que resultan en jerarquía relaciones entre mujeres y hombres y en la distribución del poder y los derechos que favorecen a los hombres y desfavo-

recen a las mujeres" (Cedaw, *Recomendación General* núm. 33, 23 julio 2015: § 7; *Recomendación General* núm. 25, 2004: pie de página 2; *Recomendación General* núm. 28, 2010).

Los Comités de la Onu contra la Tortura (*Noveno informe anual del Subcomité´ para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 22 marzo 2016: §53; *Comentario General 2*, 24 enero 2008: §22), Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales *(Observación general núm.* 16, 11 agosto 2005: §14), numerosos Relatores Especiales de la Onu, Grupos de Trabajo y expertos independientes *(Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias,* 6 junio 2017: §16-17; *Comments by UN Experts*) y la Oficina del Asesor Especial del Secretario General de la Onu sobre cuestiones de género y promoción de la mujer también han adoptado definiciones de género como una construcción social (*Gender mainstreaming: strategy for promoting gender equality*, agosto 2001).

El género también se define como una construcción social por parte de las agencias de la Onu, incluida la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (*Investigation by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Libya: detailed findings*, 23 febrero 2016: §174), el Alto Comisionado de la Onu para los Refugiados (*Directrices sobre protección internacional no. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 7 mayo 2002:§3), Onu Mujeres (2019), Unicef (2017), Unesco (2003), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (Fao 2004), y la Organización Mundial de la Salud (World Health Organization 2014).

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Idh) sostuvo que el género "se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer

y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas" (*Opinión Consultiva núm. 24,* 24 noviembre 2017: párr. 16). Un estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en 2012 afirma que "la diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social" (OEA, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*, 23 abril 2012).

Por su parte, la Comisión Europea ha definido de manera similar el género como "un concepto que se refiere a las diferencias sociales, en oposición a las biológicas, entre mujeres y hombres que se han aprendido, que pueden cambiar con el tiempo y tienen grandes variaciones tanto dentro como entre culturas" (Comisión Europea 1998). Aunque el término *género* aún no ha sido definido por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ha utilizado este término en una resolución de 2014 que condena la violencia dirigida a las personas debido a su orientación sexual o identidad de género real o imputada (Resolución núm. 275: párr. 2014.). La resolución implica implícitamente que el género no significa sexo biológico, dado que la *identidad de género* se refiere a la expresión de género elegida en lugar del sexo al nacer.

Interpretar que el artículo 7.3 del Estatuto de Roma significa que el género es una categoría *social* más que *biológica,* asegura la coherencia con el derecho y la práctica internacional de derechos humanos.

III. Persecución "por motivos de género"

Después de examinar el significado de *género*, la siguiente pregunta es cómo funciona el género como base para la persecución. La pregunta es importante porque el crimen contra la humanidad de persecución es el único delito en el Estatuto de Roma que usa la palabra *género*. Para efectos del presente trabajo primero se expli-

ca cómo la interpretación anterior se relaciona con el delito de persecución por motivos de género, luego se explica la diferencia entre la persecución *por motivos de género* y no la persecución *a un grupo de género.* Finalmente, se discute la persecución por género y otros motivos de intersección.

1. Persecución basada en ideas de género socialmente

Al aplicar la interpretación anterior del artículo 7.3, se deduce que la persecución por *género* no significa atacar a un grupo porque sus miembros son biológicamente *hombres* o *mujeres*; más bien, significa persecución por razones de ideas socialmente construidas sobre lo que significa ser *masculino* y *femenino*.

Por ejemplo, en relación con los ataques a docentes y estudiantes[4] (*Prosecutor's Afghanistan Request*), sería inexacto concluir que esas víctimas son atacadas simplemente debido a su sexo biológico si la evidencia muestra que los ataques fueron de hecho motivados por una creencia socialmente construida de que solo los hombres y los niños deben ser educados. Otro ejemplo es el asesinato de hombres sobre la base de que su apariencia es demasiado *femenina*, o porque fueron percibidos como homosexuales (Hrgj *et al*. 2017: §48). Nuevamente, sería inexacto decir que estos hombres fueron atacados en función de su sexo biológico si la evidencia muestra que fueron atacados porque desafiaron las creencias de los perpetradores sobre cómo deberían verse y comportarse los hombres y con quién deberían tener relaciones sexuales.

La identificación de estos constructos sociales como la base de la persecución de género expone las actitudes discriminatorias que subyacen en el crimen. Además, requiere que la Corte reconozca formas de persecución que podrían pasar desapercibidas si los *motivos de género* se equipararan con los *motivos de sexo*.

[4] El Tribunal ha conocido denuncias de esta naturaleza en relación con Afganistán.

2. Fundamentos de género vs. grupos de género

Según el marco legal de la Cpi, la persecución puede dirigirse "contra cualquier grupo o colectividad identificable" por diversos motivos, incluidos los de género. Esto queda claro en el artículo 7.1.h. del Estatuto de Roma y es confirmado por los Elementos de Crímenes de la Cpi que abordan cada uno de estos elementos por separado:

1) El perpetrador atacó a dicha persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o atacó al grupo o colectividad como tal.

2) Dicha focalización se basó en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, *de género*, tal como se definen en el artículo 7, párrafo 3 del Estatuto, u otros motivos que están universalmente reconocidos como inadmisibles según el derecho internacional.[5]

Los comentarios sobre el Estatuto de Roma confirman que estos elementos son distintos. Por ejemplo, Powderly J. Hall *et al.* afirman que los *motivos* enumerados en el artículo 7.1.h "tienen la intención de enumerar las razones prohibidas para atacar a un grupo o colectividad específica, no para proporcionar un medio para caracterizar grupos protegidos" (Hall *et al.* 2016: 221). Un ejemplo de esta distinción se puede ver en la decisión de *Ongwen (*Cpi, *II Sala de Cuestiones Preliminares,* 2016), en el que la Sala de Cuestiones Preliminares distinguió entre el motivo de persecución y la identidad del grupo objetivo. Específicamente, descubrió que había razones sustanciales para creer que el *Ejército de Resistencia del Se-*

[5] El artículo 7.2.g del Estatuto de Roma define a la persecución como la "la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad". No hace referencia a los motivos enumerados en el artículo 7.1.h; sin embargo, cuando el artículo 7.2.g se lee junto con el artículo 7.1.h y con los Elementos de los crímenes, está claro que la identidad del *grupo o colectividad* es un elemento separado de los motivos para la focalización.

ñor atacó a ciertos grupos identificables (es decir, residentes civiles de ciertos campamentos de desplazados internos) y que dicha focalización se basó en motivos *políticos* (es decir, estos civiles fueron percibidos estar afiliado al gobierno de Uganda) (Cpi, *II Sala de Cuestiones Preliminares,* 2016: §25, 39, 52 y 65). Desafortunadamente, esta interpretación puede no haberse aplicado en todos los casos de la Cpi, incluida la reciente sentencia *Ntaganda*.[6]

Aplicando esta interpretación, es evidente que el delito de persecución basada *en el género* significa persecución *por motivos de género*, a diferencia de los *grupos de género*. Por lo tanto, no es necesario establecer que el grupo objetivo era un *grupo de género* en el sentido de que sus miembros eran todos de un mismo género, o que el género los distinguía de los perseguidores. Más bien, el Fiscal debe establecer que el autor persiguió a "cualquier grupo o colectividad identificable" basado en construcciones sociales relacionadas con el género.

Por ejemplo, el grupo identificable podría ser partidario de la educación de las niñas, incluidos los hombres y las mujeres. Si este grupo fue atacado debido a la creencia de que solo los niños deben ser educados, tal ataque podría constituir persecución por motivos de género. Para dar otro ejemplo, el grupo identificable podría ser personas transgénero (es decir, personas cuya identidad de género elegida no se correlaciona con su sexo asignado al nacer). Si este grupo fue blanco de perpetradores que creen que las personas que son designadas *masculinas* al nacer deben adop-

[6] En relación con el cargo de posh qersecución por motivos étnicos, la sentencia del juicio de *Ntaganda* se refiere a la persecución de un *grupo étnico*, a saber, el Lendu, en lugar de la persecución por *motivos étnicos*. La Cámara también se refirió al "requisito de que las personas, el grupo o la colectividad objetivo compartan una identidad política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa o de género". Sin embargo, el Estatuto de Roma ni los Elementos de los crímenes imponen tal *requisito*. Bastará con demostrar que los actos relevantes estaban dirigidos a "cualquier grupo o colectividad identificable", y que dicha focalización se basó en uno de los motivos enumerados. Véase sentencia, Ntaganda (ICC-01/04-02 / 06-2359, Sala VI, 8 julio 2019: § 1009). Véanse también §§1012 y 1022.

tar una identidad de género masculina particular, y las personas que son designadas *femeninas* al nacer deben adoptar una identidad de género femenina particular, el delito de género la persecución basada podría aplicarse. Como ilustran estos ejemplos, el grupo víctima no necesita compartir una identidad de género común para que se aplique el delito de persecución por motivos de género. Esto se debe a que el término *género* describe los motivos por los cuales el grupo es víctima, en lugar de la característica de identificación del grupo.

3. Persecución por intersección de género y otros motivos

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido durante mucho tiempo el fenómeno generalizado de discriminación por motivos intersectantes (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 6.1; *Recomendación General núm. 28: § 18; Recomendación General núm. 25*: § 12; Ces, *Observación General núm. 20*: §17). Este fenómeno puede y también debe ser reconocido en el enjuiciamiento del delito de persecución contra la humanidad; de hecho, el Estatuto de Roma no impone ningún obstáculo. Tal enfoque permitiría a la Cpi capturar la realidad de que las víctimas son casi invariablemente atacadas por múltiples motivos (Oosterveld 2006: 86; Oosterveld 2013: 70-71; Grey 2018: 314). Por ejemplo, en el ataque de Srebrenica en 1995, las fuerzas serbias de Bosnia mataron a cerca de 7000 varones musulmanes bosnios en *edad de lucha* (excluyendo a hombres mayores y niños pequeños) (Jarvis 2016: 1-11).

Tal focalización podría considerarse persecución por motivos religiosos, étnicos, de género y de edad que se cruzan y que el Estatuto de Roma permite su reconocimiento y que se afirmó en la reciente sentencia del juicio de *Ntaganda*[7]. También cuencuerda con el compromiso de la Fiscalía en su *Documento de Política sobre*

[7] En relación con los motivos de persecución enumerados en el Estatuto de Roma, el Tribunal observó que "uno de esos motivos será suficiente, aunque una combinación de más de uno puede formar la base para la discriminación". (*Ntaganda*: § 1009).

Delitos Sexuales y de Género para: "Comprender la intersección de factores como el género, la edad, raza, discapacidad, religión o creencias, opinión política u otra, origen nacional, étnico o social, nacimiento, sexo, orientación sexual y otros estados o identidades que pueden dar lugar a múltiples formas de discriminación y desigualdades sociales" (*Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes:* §27).

IV. Privaciones severas de derechos fundamentales contrarios al derecho internacional

La desigualdad de género y la discriminación contra las mujeres y las personas Lgbtiq se practica y acepta ampliamente en la mayoría de los países en diversos grados. En algunos incluso está legalmente instituida. Por lo tanto, algunos comentaristas han cuestionado si la Cpi podría enjuiciar la persecución por motivos de género en sociedades donde la idea de igualdad de género es controvertida o donde la discriminación basada en el género es la norma (Oosterveld 2006: 75; Davis 2018: 554). Como se muestra a continuación, el marco legal de la Cpi requiere una respuesta negativa a esta pregunta. Las violaciones graves de los derechos fundamentales contrarios al derecho internacional pueden equivaler a persecución por motivos de género, independientemente de si dichas violaciones están permitidas de acuerdo con la ley nacional, la doctrina religiosa o las costumbres locales.

Según el artículo 7.2.g del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, por cargos de persecución por todos los motivos, el Fiscal debe establecer que existe una privación severa a los derechos fundamentales de una o más personas, en contravención del derecho internacional. Este elemento es inequívoco. Sin embargo, en ausencia de jurisprudencia sobre persecución por motivos de *género*, vale la pena examinar lo que este elemento requiere del Fiscal. Dados los contextos en los que la Cpi está examinando actualmente las denuncias de persecución por motivos

de género, también es oportuno llamar la atención sobre varios asuntos relevantes para garantizar que este elemento se aplique de manera efectiva.

1. Derechos fundamentales

La primera pregunta es ¿qué es un derecho fundamental? Este término es amplio, abarca una amplia gama de derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y elaborado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y otros tratados como la CEDAW, así como en tratados regionales de derechos humanos (Werle y Jessberger 2014: 373-374).

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en el caso *Kupreškić* reconoció que crear una lista exhaustiva de derechos fundamentales no serviría a los intereses de la justicia (14 enero 2000: §623), y de hecho, los redactores del Estatuto de Roma no proporcionaron un lista exhaustiva. Por lo tanto, en el contexto de la persecución por motivos de *género*, una amplia gama de violaciones de derechos contra cualquier persona o personas está abierta a la consideración de la CPI. Por ejemplo, el Tribunal no se limita a abordar las violaciones *percibidas* como dirigidas desproporcionadamente contra las mujeres, incluida la violencia sexual o las violaciones de la CEDAW. Tales violaciones serán relevantes en muchos casos; sin embargo, *todas* las violaciones de los derechos humanos pueden, teóricamente, basarse en motivos de género siempre que la focalización se base en el *género* como se define en el Estatuto de Roma. Se requiere un análisis de género sofisticado para garantizar que se reconozcan todas las violaciones de los derechos fundamentales que contribuyen o equivalen a la persecución de género.

En particular, el artículo 7.2.g del Estatuto de Roma establece expresamente que "persecución significa la privación intencional y severa de derechos fundamentales *contrarios al derecho inter-*

nacional"[8]. Por lo tanto, el derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, es el marco aplicable para determinar si se han violado los derechos fundamentales. Es irrelevante si las presuntas violaciones están permitidas o incluso requeridas por la ley nacional, o si son ampliamente aceptadas en la sociedad. Este punto merece énfasis en relación con la persecución de género debido a la aceptación generalizada de la discriminación de género en la práctica y en las leyes nacionales.

2. Violaciones severas a los derechos fundamentales

A continuación, es relevante preguntar *qué* violaciones a los derechos fundamentales en virtud del derecho internacional pueden constituir persecución. Nuevamente, el Estatuto es claro en este punto. El grado en que los derechos fundamentales deben ser privados para constituir persecución es estándar en todos los aspectos: la privación debe ser *severa*. Esta prueba debe aplicarse caso por caso, teniendo en cuenta que la persecución no requiere un elemento físico (como un ataque físico violento) (Tpiy, *Tadić,* 7 mayo 1997: §707) y que puede incluir una amplia gama de actos u omisiones, incluso por ejemplo, restricciones a los tipos de profesiones abiertas al grupo objetivo y restricciones en la vida familiar (*Tadić*: § 704).

Para satisfacer esta prueba de *gravedad*, las violaciones pueden evaluarse colectivamente, porque "es el *efecto acumulativo* de todos los actos subyacentes del delito de persecución" lo que determina la gravedad del delito (Tribunal Penal para Ruanda, *Nahimana et al.,* 28 noviembre 2007: §987). Cuando se considera la gravedad de las privaciones de los derechos fundamentales por motivos de género, es necesario realizar un análisis detallado del impacto de género de todas las violaciones de derechos humanos y los daños causados a las víctimas. En *Ntaganda*, la Sala de Primera Instancia aclaró que la comisión de cualquier acto considerado como crimen de lesa humanidad, en principio, resultará en una

[8] Énfasis añadido.

privación suficientemente severa de los derechos fundamentales para alcanzar el umbral de persecución. Por ejemplo, los actos de asesinato, violación y esclavitud sexual pueden constituir actos subyacentes de persecución (*Kupreškić*: §994). Dicho esto, está claro que otros actos que no están enumerados en el artículo 7 del Estatuto de Roma *también* pueden equivaler a persecución, siempre que impliquen privaciones severas de los derechos fundamentales en virtud del derecho internacional.

El hecho de que una violación sea común o incluso omnipresente no la hace menos *severa*. El significado ordinario del término *severo* se refiere a la *gravedad* más que a la *rareza.* De hecho, este es el caso independientemente de los motivos de persecución. Muchos países, por ejemplo, persiguen a las minorías étnicas o religiosas en virtud de las leyes y costumbres nacionales, pero rara vez (si es que lo hacen) los comentaristas argumentan que tales leyes o costumbres constituyen persecución en virtud del derecho penal internacional.

Este es el mismo enfoque adoptado en el derecho internacional de refugiados, que desde hace tiempo reconoce que "la discriminación omnipresente dentro de un país (o globalmente) no debe considerarse como una discriminación 'de nivel inferior' o 'mera', aunque su naturaleza generalizada la haga 'ordinaria'" (Oostervald 2006: 74). Este punto es importante en relación con la persecución por motivos de "género" precisamente porque dicha discriminación, que puede equivaler a persecución, está muy extendida. Por lo tanto, las pautas de 2018 del Gobierno del Reino Unido para las solicitudes de refugio sobre la base de la persecución basada en el género establecen que:

> *"The fact that violence against women is common, widespread and culturally accepted in a particular society does not mean that international protection on an individual basis is inappropriate. FGM [female genital mutilation], for example, is widely practiced in some societies but it is a form of gender-based violence that inflicts severe harm, both mental and physical, and amounts to persecution.*

> *Each case must be considered on its own merits in the light of country policy information*" (United Kingdom Home Office 2018: 2).

Es decir:

> "El hecho de que la violencia contra la mujer sea común, generalizada y culturalmente aceptada en una sociedad en particular no significa que la protección internacional de forma individual sea inadecuada. La MGF [mutilación genital femenina], por ejemplo, es ampliamente practicada en algunas sociedades, pero es una forma de violencia de género que causa graves daños, tanto mentales como físicos, y equivale a persecución. Cada caso debe ser considerado por sus propios méritos a la luz de la información de política de los países".[9]

Advertencias similares sobre la prevalencia de la persecución por motivos de género se encuentran en las directrices emitidas por el gobierno canadiense[10], australiano[11] y sueco[12]. Si bien no es vinculante para la CPI, estas ideas subrayan el punto de que la persecución por género puede ser *severa* incluso si las violaciones

[9] Traducción libre.

[10] El hecho de que la violencia, incluida la violencia sexual y doméstica, contra las mujeres es universal es irrelevante al determinar si la violación y otros delitos específicos de género constituyen formas de persecución (Immigration and Refugee Board of Canada 1996: 16).

[11] "La condición de la mujer en algunas sociedades puede estar restringida y dictada por costumbres legales, sociales o religiosas. Las restricciones variarán desde simples inconvenientes hasta la opresión. Además, se puede imponer una amplia gama de sanciones por desobedecer las restricciones impuestas a las mujeres... En algunas sociedades, ciertos tipos particulares de violencia contra las mujeres pueden ser condenados oficialmente o incluso ilegales, pero de hecho son tan endémicos que las autoridades locales hacen la vista gorda ante su ocurrencia" (Department of Immigration and Multicultural Affairs 1996: §4.9 y 4.12).

[12] "La persecución relacionada con el género a menudo tiene una fuerte conexión con lo legal, social, cultural y tradicional Las disparidades entre el poder relativo de los hombres y las mujeres, siendo las mujeres el partido claramente más débil. En muchas culturas, a los hombres y niños se les otorga automáticamente un estatus social y económico más alto" (Migrationsverket 2001: 3).

son generalizadas, ampliamente aceptadas o generalizadas en el estado pertinente.

Finalmente, se puede observar que la persecución basada en el género a menudo es más visible cuando las personas que transgreden las construcciones sociales de género están sujetas a consecuencias adversas como violencia, encarcelamiento, pérdida de empleo o estigma como castigo por esa transgresión percibida (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 mayo 2015: §21). Sin embargo, en la mayoría de los casos, tales represalias o castigos van precedidos o acompañados de otras medidas opresivas que buscan imponer roles, comportamientos, actividades y atributos basados en el estatus de una persona como hombre o mujer. Dichas medidas (por ejemplo, restricciones a la libertad de expresión, asociación o movimiento) pueden tener un impacto devastador en los objetivos, incluidos los que *cumplen* con las restricciones para evitar castigos o represalias. La Cpi puede considerar caso por caso si tales medidas equivalen a privaciones severas de los derechos fundamentales en virtud del derecho internacional, para garantizar que se aborden todas las formas de persecución y que todas las víctimas puedan acceder a la justicia y la reparación ante la Corte. Esto incluye tomar en cuenta los castigos o represalias por el incumplimiento de las creencias sobre el género, y considerar cómo se relacionan tales restricciones con otras privaciones severas de los derechos fundamentales.

V. La práctica emergente de la Cpi sobre persecución por motivos de género

La Ofc adelantó ejemplos detallados documentados de presuntas persecuciones por motivos de género en su examen preliminar sobre Afganistán. Según la solicitud de la Fiscalía para abrir una investigación sobre esta situación en noviembre de 2017, los talibanes

y los grupos armados afiliados cometieron persecución por motivos de género contra mujeres políticas, servidoras públicas y estudiantes en Afganistán (*Prosecutor's Afghanistan Request* 2017: §115). Específicamente, la Fiscalía alegó que:

> *"Pursuant to the ideology and rules of the Taliban, women and girls have been deliberately attacked by the Taliban and affiliated armed groups to prevent them from studying, teaching, working or participating in public affairs, through intimidation, death threats, abductions and killings. As a result of such attacks, countless other women and girls have reportedly stopped going to school or working due to the attendant climate of fear* (Prosecutor's Afghanistan Request 2017: §116).

Es decir:

> "De conformidad con la ideología y las normas de los talibanes, las mujeres y las niñas han sido atacadas deliberadamente por los talibanes y los grupos armados afiliados para evitar que estudien, enseñen, trabajen o participen en asuntos públicos, mediante intimidación, amenazas de muerte, secuestros y asesinatos. Como resultado de tales ataques, innumerables mujeres y niñas han dejado de ir a la escuela o trabajar debido al clima de miedo".[13]

Sin embargo, la negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar una investigación en esa situación significa que la posibilidad de justicia por estos crímenes es incierta, a la espera del resultado de la apelación por parte de la Fiscalía. La Fiscalía también ha declarado que está analizando posibles actos de persecución por motivos de género en el examen preliminar de Nigeria. Este análisis cubre crímenes presuntamente cometidos contra víctimas masculinas y femeninas por el grupo islamista *Boko Haram* (*Preliminary Examination Report* 2018: §225). Sin embargo, la Oficina no ha solicitado autorización para abrir una investigación sobre esa situación, ni ha dado ninguna indicación firme de que dicha solicitud sea inminente. Por lo tanto, mucho depende del pri-

[13] Traducción libre.

mer intento de la Fiscalía de acusar a un sospechoso del delito de persecución.

El caso *Al Hassan* se refiere a las actividades de dos presuntos grupos islamistas, a saber, Ansar Dine y *Al-Qaeda* en el Magreb Islámico (AQMI) en Tombuctú en 2012-2013. Según el documento que contiene los cargos (DCC), estos grupos cometieron persecución por motivos religiosos y de género. El cargo de persecución basada en el género se relaciona con las medidas tomadas contra la población femenina de Tombuctú, a quienes supuestamente se les prohibió estar a solas con hombres con los que no estaban casadas e interactuar con hombres que no fueran sus esposos ni hermanos. Se les prohibió también reunirse libremente con otras mujeres, o interactuar con estudiantes varones en la escuela y fueron obligadas a cumplir con un estricto código de vestimenta. El incumplimiento de estas normas supuestamente condujo a palizas, azotes o encarcelamiento en una prisión atestada y sobrecalentada en la que presuntamente violaron a varias mujeres (Al Hassan DCC 2019: § 960–968). Además, las mujeres y las niñas en otros espacios fueron presuntamente objeto de violación, esclavitud sexual y actos inhumanos, como el matrimonio forzado (Al Hassan DCC 2019: §969-970).

Como se detalla en el DCC, estos presuntos actos violaron una serie de derechos protegidos por el derecho internacional, incluidos los derechos a la privacidad, integridad física, dignidad personal, libertad de expresión, libertad, salud y un juicio justo; la protección contra toda forma de discriminación y contra la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradante (Al Hassan DCC 2019: §971–972).

De acuerdo con el marco legal de la CPI, el DCC se refiere a la persecución por motivos religiosos y de género (en oposición a los *grupos* religiosos y de género). Es decir, los términos *religioso* y *género* describen las razones de la focalización, en lugar de la identi-

dad del grupo objetivo.[14] Por ejemplo, por el cargo de persecución religiosa, el Dcc describe al grupo objetivo como la población de Tombuctú y su región, a quienes Ansar Dine y Aqmi percibieron que no compartían su ideología ni su visión religiosa (Al Hassan Dcc 2019: §888 y 899-908), y argumentaron que dicha focalización se basaba en motivos religiosos, creencias defendidas por el líder, Ansar Dine, y propagadas por sus miembros (Al Hassan Dcc 2019: §889–892). En cuanto a la acusación de persecución basada en el género, el Dcc describe al grupo objetivo como las mujeres y niñas de Tombuctú y su región (Al Hassan Dcc 2019: §945-946); y argumenta que dicha focalización se basó en motivos de género en el sentido del artículo 7.3 porque era motivado por opiniones discriminatorias sobre los roles y comportamientos apropiados de esta población femenina (Al Hassan Dcc 2019: §948). Dichas opiniones fueron supuestamente evidentes, por ejemplo, en el sermón pronunciado en Tombuctú por un predicador de Aqmi, que declaró que las mujeres deben cubrir todo su cuerpo, usar pañuelos en la cabeza y quedarse en casa (Al Hassan Dcc 2019: §952).

El 30 de septiembre de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó el cargo de persecución por motivos de género, entre otros. Si bien no hay espacio para un examen detallado de la decisión, deben tenerse en cuenta dos puntos. Primero, la Cámara reconoció que las mujeres de Tombuctú se enfrentaron a la persecución *pour mots sexistes*, es decir, sobre la base del *género* como se define en el Estatuto de Roma,[15] en el sentido de que estas mujeres fueron tratadas como "objetos" (Al Hassan Dcc 2019: §700). Esta redacción reconoce que las mujeres de Tombuctú no fueron atacadas simplemente por su sexo biológico, sino por el significado social

[14] Ver Parte 2(B) de este artículo.

[15] Leída sin referencia a las disposiciones circundantes, la frase "*pour motifs sexiste*" podría significar "por razones relacionadas con el sexo". Sin embargo, la versión francesa del Estatuto de Roma confirma en el artículo 7.3 que la palabra *sexo* (*sexe*) significa "*de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contextte de la société*". Esa definición apoya una concepción socialmente construida del género, como explica la Parte 2 de este artículo de la revista.

presuntamente dado a ese sexo por los perpetradores (específicamente, la visión de las mujeres como objetos).[16] En segundo lugar, la Cámara aludió al concepto de interseccionalidad, al reconocer que las mujeres eran perseguidas por motivos religiosos, de género y, además, que aquellas con piel más oscura fueron tratadas peor que aquellas con piel más clara (Al Hassan Dcc 2019: §702). Si bien este análisis de la persecución basada en el género fue breve, es coherente con la interpretación avanzada en este artículo, y sienta las bases para un examen más completo de la acusación en el juicio.

Además de ilustrar los elementos de la persecución basada en el género, este caso podría tocar varios temas planteados en este artículo. En particular, podría abordar la relación entre el derecho y las normas internacionales de derechos humanos y las creencias, costumbres y leyes locales. Por ejemplo, según la Defensa, una cuestión *en vivo* en este caso es "si ciertas prácticas islámicas son compatibles con el derecho penal internacional o equivaldrían a delitos bajo el Estatuto de la Cpi" (Versión pública redactada de la Solicitud de descalificación del Juez Marc Perrin de Brichambaut, Al Hassan 2019). Si la Sala de Primera Instancia está de acuerdo en que esta pregunta es pertinente al caso, puede aprovechar la oportunidad para aclarar que la persecución basada en el género es lo mismo que la persecución por cualquier otro motivo: implica una o más violaciones de los derechos fundamentales en virtud del derecho *internacional.* En ese sentido, es legalmente irrelevante si tales derechos fueron respetados bajo marcos alternativos, incluidas las interpretaciones de las leyes y costumbres del Islam, o cualquier otro sistema de creencias para el caso.

[16] Este hallazgo se basó en evidencia de violencia dirigida especialmente a las mujeres. Por ejemplo, la Cámara se refirió a la evidencia de que las mujeres que violaron el código de vestimenta de los perpetradores de manera menor enfrentaron castigos severos, como ser golpeadas o detenidas por usar una bufanda decorativa. Por el contrario, cuando los hombres violaron el código de vestimenta al usar pantalones largos, la sanción fue simplemente cortar su ropa (Al Hassan Dcc 2019: §698).

VI. Conclusión

El reconocimiento de la persecución por motivos de género en el Estatuto de Roma se ha descrito como un "desarrollo emocionante y potencialmente revolucionario" (Oosterveld 2013: 77). La descripción es adecuada, considerando que el derecho penal internacional nunca antes había reconocido el género como base de victimización (Gray 2019: 95-98). Esto contrasta con la victimización por motivos de raza, religión, nacionalidad y etnia, que se ha reconocido, a través de diversos delitos, desde la década de 1940.[17] La jurisprudencia sobre este nuevo delito puede comenzar a desarrollarse pronto, dado que el caso *Al Hassan*, el primero en incluir un cargo de persecución por motivos de género, ha sido sometido a juicio.

A medida que la jurisprudencia continúa desarrollándose, también se le puede pedir a la Corte que considere la violencia dirigida a las personas que son o son percibidas como Lgbtiq. Dicha violencia es potencialmente procesable mediante una variedad de delitos, incluida la persecución por "otros motivos que son universalmente reconocidos como inadmisibles según el derecho internacional" (Oosterveld 2005: 79; Gray 2019: 313). Además,

[17] La Carta del Tribunal Militar Internacional (adoptada en 1945) se refirió al crimen de lesa humanidad de "persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos", y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (adoptada en 1946) se refirió a "persecuciones por motivos políticos y raciales". La Convención sobre la prevención y el castigo del delito de genocidio de 1948 penaliza ciertos actos cuando se comete con la intención de destruir, total o parcialmente, un "grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal". En 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Onu) adoptó la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, que reconoció el apartheid (definido exclusivamente como la opresión de un grupo racial) como crimen de lesa humanidad. El Estatuto del Tpiy y el Tpir se referían al crimen de genocidio (como se define en la Convención de 1948) y al crimen de lesa humanidad de persecución por "motivos políticos, raciales y religiosos". Además, para todos los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto del Tpir exige pruebas de que los actos pertinentes se cometieron como parte de un ataque "por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos".

el análisis presentado en este artículo sugiere que la persecución basada en la orientación sexual o la identidad de género puede ser acusada de persecución por motivos de *género*, cuando está dirigida contra un grupo o colectivo identificable (por ejemplo, hombres percibidos como homosexuales) debido a una creencia socialmente construida sobre lo que significa ser *hombre* (es decir, que los hombres solo deben tener relaciones sexuales con mujeres). Dicha interpretación ha tenido mucho apoyo en la literatura académica (Oosterveld 2005: 76-79; Gray 2019: 312), y también fue apoyada en la reciente presentación sobre la definición de *género*, mencionada en la introducción de este artículo que fue enviada por 583 organizaciones a la Comisión de Derecho Internacional. Como se observó en la presentación:

> *"While behaviors that transgress gender roles derive from normative conceptions of sexual orientation and gender identity and therefore fall under the umbrella protection of gender, the international community's priority is to also elevate and recognize sexual orientation and gender identity* (SOGI)*, and more recently sex characteristics, as distinct protective classes under international law"* (Davis 2018: p. 5)

Es decir:

> "Si bien los comportamientos que transgreden los roles de género derivan de concepciones normativas de orientación sexual e identidad de género y, por lo tanto, caen bajo la protección general de género, la prioridad de la comunidad internacional es también elevar y reconocer la orientación sexual y la identidad de género, y más recientemente las características sexuales, como clases protectoras distintas según el derecho internacional".[18]

El camino hacia el reconocimiento del *género* en el Estatuto de Roma fue notoriamente difícil. En las décadas intermedias, ha habido mucha discusión sobre esa vía y la definición resultante de *género*. Sin embargo, la CPI recién ahora está comenzando

[18] Traducción libre.

a interpretar este término, luego de la decisión del Fiscal de incluir un cargo de persecución por motivos de género en el caso *Al Hassan*. Los comentarios recientes hechos por organizaciones no gubernamentales y algunos Estados a la Comisión de Derecho Internacional pueden indicar que a pesar de la clara, aunque esquelética, terminología en contrario del artículo 7(3), existe el riesgo de que la definición de género del Estatuto de Roma sea malinterpretada como equiparar *género* con sexo biológico. En este contexto es fundamental afirmar que, como resultado de la definición acordada en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, la definición de *género* captura los aspectos sociales de acuerdo con la práctica ampliamente aceptada en ese momento (y en las dos décadas intermedias). Estos son hechos importantes a los que aferrarse a medida que se intensifica el enfoque en la definición de *género*, evoluciona la jurisprudencia de la CPI sobre la persecución basada en el género, y los esfuerzos avanzan para desarrollar una nueva convención sobre crímenes contra la humanidad.

Bibliografía

Bedont, Barbara y Hall-Martinez, Katherine (1999): "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court", en *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 6, núm. 1, 65–85.

Borger, Julian (2018): "Trump administration wants to remove "gender" from UN human rights documents", en *The Guardian*. Disponible en: «*https://www.theguardian.com/world/2018/oct/24/trump-administration-gender-transgender-united-nations*» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Chappell, Louise (2008): "Women's Rights and Religious Opposition: The Politics of Gender at the International Criminal Court", en *Gendering the Nation State: Canadian Compar-*

ative Perspectives, Abu-Laban, Y. (ed.), University of British Columbia Press, 139–164.

Comisión Europea (1998): 100 palabras para la igualdad. Glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres. Disponible en «*https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7342d801-86cc-4f59-a71a-2ff-7c0e04123*» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Cossman, Brenda (2002): "Gender Performance, Sexual Subjects and International Law", en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* vol. 15, núm. 2, 281-296.

Copelon, Rhonda (2000): "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law", en *McGill Law Journal*, vol. 46, 217–240.

David, Lisa (2018): "Reimagining Justice for Gender-Based Crimes at the Margins: New Legal Strategies for Prosecuting ISIS Crimes Against Women and LGBTIQ Persons", en *William & Mary Journal of Race Gender, and Social Justice*, vol. 24, núm. ¾, 513-558.

Davis, Lisa *et al.* (2018): "Re: The Definition of Gender in the Draft Crimes Against Humanity Convention", 1 diciembre. Disponible en «*https://www.law.cuny.edu/wp-content/uploads/page-assets/academics/clinics/hrgj/New-Final-Submission-Letter-CUNY-MADRE-OutRight-Los-Andes.pdf*», [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Department of Immigration and Multicultural Affairs (1996): *Refugee and Humanitarian Visa Applicants Guidelines on Gender Issues for Decision Makers.*

Fao (2004): *What is gender?,* Building on Gender, Agrobiodiversity and Local Knowledge. Disponible en «*http://www.fao.org/3/y5608e/y5608e01.htm*» [Consultado el 14 septiembre de 2020].

Grey, Rosemary (2019): *Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes in the International Criminal* Court, Cambridge University Press.

Hall, J. Powderly *et al*. (2016): "Persecution", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Triffterer*, Otto y Ambos, Kai (eds.), 3° ed., Beck-Hart-Nomos.

Hrgj *et al*. (2017): *Communication to the Icc Prosecutor Pursuant to article 15 of the Rome Statute Requesting a Preliminary Examination into the Situation of: Gender-Based Persecution and Torture as Crimes Against Humanity and War Crimes Committed by the Islamic State of Iraq and the Levant (Isil) en Iraq*. Disponible en: «*https://www.madre.org/sites/default/files/PDFs/CUNY%20MADRE%20OWFI%20Article%2015%20Communication%20Submission%20Gender%20Crimes%20in%20Iraq%20PDF.pdf*» [Consultado el 16 de septiembre de 2020].

Immigration and Refugee Board of Canada (1996): *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(4) of the Immigration Act: Guideline 4 - Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution.*

Jarvis, Michelle (2016): "Overview: The Challenge of Accountability for Conflict-related Sexual Violence Crimes", en *Prosecuting Conflict-related Sexual Violence at the ICTY*, Brammertz, S. y Jarvis, M. (eds.), Oxford University Press.

McDougall, Gay J. (2000): *Special Rapporteur. Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-Like Practices During Armed Conflict*, Naciones Unidas, 6 junio.

Murphy, Sean D. (2015): *Special Rapporteur*, Naciones Unidas, febrero.

Onu Mujeres (s.f.) *Concepts and Definitions*. Disponible en «*https://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsandefinitions.htm*» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Oosterveld, Valerie (2006): "Gender, Persecution, and the International Criminal Court: Refugee Law"s Relevance to the Crime Against Humanity of Gender-Based Persecution", en *Duke Journal of Comparative and International Law,* vol. 17, 49–89.

Oosterveld, Valerie (2013): "Prosecuting Gender-Based Persecution as an International Crime", en *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches*, De Brouwer, A. *et al.* (eds.), Intersentia.

Oosterveld, Valerie (2005): "The Definition of 'Gender' in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 55-84.

Otto, D. (1996): "Holding up Half the Sky, but for Whose Benefit? A Critical Analysis of the Fourth World Conference on Women", en *Australian Feminist Law Journal*, vol. 6, 7-28.

Philips, Ruth (2019): "Too Close to Home? International Criminal Law, War Crimes and Family Violence", en *Thomas Jefferson Law Review*, vol. 24, 229–238.

Steains, Cate (1999): "Gender Issues", en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute–Issues, Negotiations*, Lee, Roy S. (ed.), 377–80, 357–390.

Swedish Migration Board (2001): *Gender-based persecution: Guidelines for investigation and evaluation of the needs of women for protection,* Swedish Migration Agency, Suecia.

Unesco (2003): *Gender Mainstreaming Implementation Framework Baseline definitions of key concepts and terms*. Disponible en «*http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/BSP/GENDER/PDF/1.%20Baseline%20Definitions%20of%20key%20gender-related%20concepts.pdf*» [Consultado el 14 de septiembre de 2019].

Unicef (2017): *Glossary of Terms and Concepts.* Disponible en «*https://www.unicef.org/rosa/media/1761/file/Gender%20glossary%20of%20terms%20and%20concepts%20.pdf*» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

United Kingdom Home Office (2018): *Gender Issues in the Asylum Claim: Version 3.0*, 10 de abril.

Werle, Gerhard y Jeßberger, Florian (2014): *Principles of International Criminal Law*, 3° ed., Oxford University Press.

World Health Organization (2014): *Gender, Women and Health. What do we mean by 'sex' and 'gender'?* Disponible en «*https://www.legal-tools.org/doc/a33dc3/pdf/*» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Los Derechos Humanos en la coyuntura de juicios políticos a presidentes democráticamente electos bajo la perspectiva del Sistema IDH. Un análisis desde la experiencia de Paraguay.

Human Rights at the juncture of impeachments of democratically elected presidents under the IAHRS perspective. An analysis from the paraguayan experience.

PAMELA ARACELI PERALTA VALIENTE
Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (Paraguay)
ORCID: 0000-0001-5282-8211

Fecha de recepción: 31 julio 2020
Fecha de aceptación: 27 agosto 2020

Si cada diferencia doctrinaria terminara en un juicio político no quiero pensar donde queda la garantía de independencia interna del juez.
(Eugenio Raúl Zaffaroni)

RESUMEN: El proceso de juicio político en el Paraguay ha sido utilizado en contra de la figura del presidente en al menos en cuatro ocasiones. En el ámbito interamericano, se han presentado denuncias de tres ex presidentes de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, las cuales se encuentran en fase previa de estudio o admisibilidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, cabe señalar que el uso del juicio político en la región americana denota un patrón distorsionado o arbitrario conforme a los estándares interamericanos de derechos humanos observados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos previamente desarrollados en informes y sentencias relativas a juicios políticos a operadores de justicia en diferentes niveles, el cual da origen al desarrollo de este trabajo.

Abstract: The impeachment process in Paraguay has been used against the president on at least four occasions. At the inter-American level, complaints have been filed by three former presidents of member States of the Organization of American States, which are in the preliminary stage of study or admissibility by the Inter-American Commission on Human Rights. In this regard, it should be noted that the use of impeachment in the American region denotes a distorted or arbitrary pattern in accordance with the inter-American standards of human rights observed by the Iachr and the Inter-American Court of Human Rights previously developed in reports and judgments concerning impeachment of justice officials at different levels, which gives origin to the development of this work.

Palabras clave: *juicio político, presidente, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido proceso, protección judicial.*

Keywords: *impeachment, president, Inter-American Human Rights System, due process, right to judicial protection.*

Sumario: I. Introducción. II. La figura del juicio político. III. Rol y legitimidad del Sistema Idh en el análisis del juicio político. 1. Observaciones de la Comisión Idh sobre la temática. 2. Interpretación de la Corte Idh. 3. Solicitud de opinión consultiva sobre democracia y derechos humanos en contextos de juicios políticos y resolución de la Corte Idh. IV. Juicio político del presidente Fernando Lugo de Paraguay. 1. Proceso ante la Comisión Idh. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

El juicio político en el Paraguay es un sistema de control que ejerce el Congreso, respetando el principio republicano de separación de los órganos de poder, verdadero amparo de la libertad, la justicia y la seguridad. Este control deviene de la responsabilidad que cabe a los magistrados y otros funcionarios de gobierno de carácter representativo y republicano. Precisamente, este juicio responde al objetivo de hacer efectiva esta responsabilidad y, si hubiera mérito para ello, separar del cargo al enjuiciado en cuestión.

Sin embargo, es susceptible de ser usado de manera indebida en democracias aun poco maduras como las nuestras en América Latina, donde los sistemas políticos son altamente presidencialistas y con tendencia al caudillismo.

En ese sentido, cabe señalar la importancia del sistema democrático y la vigencia del Estado de Derecho para la efectiva protección de los derechos humanos. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87,* 30 enero 1987).

Sobre el punto, existe un cuestionamiento latente de que el juicio político en general y, de manera más reciente aquellos dirigidos en contra de los presidentes, cumplan o no con las garantías del debido proceso en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema IDH). Se debe considerar que varias denuncias relacionadas a juicios políticos se han presentado ante la Comisión IDH y aún se encuentran en etapa de estudio o admisibilidad. Motivo que origina el estudio de la presente investigación.

El presente artículo pretende hacer un estudio sobre el rol y legitimidad de los tribunales internacionales, en concreto de la Corte IDH, previa admisibilidad y recomendaciones sobre el fondo de la Comisión IDH, en el análisis de la figura del juicio político a presidentes en el Sistema IDH con referencia a la evolución de la jurisprudencia pertinente, además de un apartado relativo al caso del ex presidente Fernando Lugo de Paraguay.

La línea de investigación se enmarca en el contexto del principio de legalidad, garantías judiciales y protección judicial en los procesos de juicios políticos contra presidentes, conforme a la interpretación de los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) por parte de la Corte IDH.

Asimismo, se evidenciarán las formas por las cuales las garantías procesales previstas en el Sistema IDH pueden servir como una salvaguarda formal al uso distorsionado del juicio político, que presenta luces y sombras en la cotidianeidad del ejercicio democrático.

II. La figura del juicio político

Históricamente, esta institución surge en Inglaterra y es conocida con el nombre de *impeachment*, que literalmente puede traducirse como "acusación y tiene sus orígenes en el siglo XIV, identificada con la lucha de poder entre la Corona y la Cámara de los Comunes era la encargada de iniciar el proceso, aunque el juicio se llevaba a cabo en la Cámara de los Lores. Las consecuencias podían ser tanto la destitución como la imposición de sanciones penales" (Casañas Levi 2015).

Por otro lado, "[e]l *Good Parliament* de 1376 puso en marcha los primeros casos de *impeachment* contra funcionarios que habían estado vinculados con el gobierno del Rey Eduardo III. En la segunda mitad del siglo XV estos procesos cesaron hasta el siglo XVII, cuando el Parlamento lo revivió como un medio conveniente de deshacerse de ministros impopulares" (Seall Sasiain 1999). Luego de esa época su práctica decayó, en buena medida debido a que el Parlamento, a menudo, había abusado de su poder.

Por otra parte, Estados Unidos de Norteamérica fue el primer Estado en instituir el *impeachment* en el sistema presidencialista. El modelo incorporado en su constitución a través del artículo 2, cuarta sección, refiere que tanto el presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves.

El Senado posee el derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales. Cuando se reúna con este objeto, sus miembros prestan un juramento o protesta.

En los casos de responsabilidades oficiales, el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado de los Estados Unidos; pero el individuo condenado quedará sujeto, no obstante, a que se le acuse, enjuicie, juzgue y castigue con arreglo a derecho.

En cuanto al procedimiento, es el Comité de Asuntos Judiciales el que debe solicitar a la Cámara de Representantes la apertura de una investigación y el debate sobre una posible acusación. Luego se reúne esta Cámara y decide por mayoría simple si hace lugar a la resolución. Después, es el Comité de Asuntos Judiciales el que redacta cada uno de los puntos de la acusación. Una vez que se presenta la acusación, el Senado inicia el juicio constituyéndose en Jurado, mientras que el presidente de la Corte Suprema funge de juez. La destitución del acusado requiere del voto de dos tercios de los senadores presentes.

Al tratar con el concepto del juicio político, se visualiza una diversidad de perspectivas que deben ser analizadas e interpretadas. Por un lado, se encuentra la noción que permite exponer la connotación del elemento político de matiz único que reviste el juicio de referencia, el cual excede el marco de lo jurídico, y por el otro, una arista relativa a la jurisdicción internacional. Dicha visión es interesante, pero aún no lo suficientemente explorada por la doctrina respectiva.

De acuerdo a Bidart Campos, el juicio político es el "procedimiento de destitución que impide mantenerse en su cargo hasta el fin del mandato a los funcionarios que pueden ser sometidos a él" (1994).

Para Quiroga Lavié, el juicio político es el "control que ejercen ambas Cámaras del Congreso sobre los otros dos poderes del Estado con el fin de destituir de sus cargos a los órganos públicos y por las causas que indica la Constitución" (Quiroga Lavié *et al.* 2009: 1129).

Por consiguiente, el principio de imparcialidad en el juicio político se torna de difícil cumplimiento en razón de que el Congreso dirime el proceso en el marco de una discrecionalidad de valoración propia del órgano legislador de carácter político.

A criterio del presente trabajo, el juicio político en el Paraguay es un sistema de control que ejerce el Congreso, respetando el principio republicano de separación de los órganos de poder, verdadero amparo de la libertad, la justicia y la seguridad. Este control deviene de la responsabilidad que cabe a los magistrados y otros funcionarios de gobierno de carácter representativo y republicano. Precisamente, este juicio responde al objetivo de hacer efectiva esta responsabilidad y, si hubiera mérito para ello, separar del cargo al enjuiciado en cuestión.

En palabras de Félix Paiva, el juicio de referencia se encuentra dotado con la característica de juicio de responsabilidad, llamado constitucionalmente juicio político, pues se hace efectiva la responsabilidad política. "La sentencia es meramente política, pues ella no entraña pena propiamente dicha, no conduce a la pérdida de la libertad del individuo ni a la condenación pecuniaria; provoca sólo su remoción del cargo que desempeña o su destitución" (Pettit 2009).

A criterio de Pablo Villalba Bernié, el juicio político se enmarca dentro del orden público, por el temario que protege, pero a su vez consiste en un procedimiento de naturaleza híbrida que no se direcciona hacia ninguno de los sistemas tradicionales. Integra el derecho constitucional e incluso por algunas de sus características debería ser parte del derecho procesal constitucional; aunque la mayoría niega que conforme este bloque procesal, podemos decir que constituye un procedimiento *sui generis,* que aun no encuadrándose dentro de los sistemas tradicionales requiere del respeto a las formas comunes de los distintos juicios. De modo que no puede huirse de la forzosa naturaleza procesal del mismo (Villalba Bernié 2017: 302).

A la luz del último fundamento, cobra mayor fuerza la inclinación de que el juicio político no debe ser alejado de la formalidad procesal que debe revestir tan alta figura de destitución del funcionario estatal, sin perjuicio de la visible connotación política, ya que existen principios básicos tales como el debido proceso y el derecho a la defensa en juicio que tienen el fin de garantizar la sustanciación de su trámite.

A modo de aunar posturas al respecto, Manuel Aragón expresa algunas ideas sobre el control jurídico y el control político. Así, el control jurídico es "aquel necesario para aplicar limitaciones preestablecidas en el ordenamiento y el político no tiene un canon fijo ni predeterminado de valoración, ya que esta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante y las razones son de oportunidad" (Aragón 2002: 136).

Tomando esta caracterización de Aragón y la jurisprudencia interamericana relevante, el juez de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en un voto parcialmente disidente en la sentencia *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sostiene que el juicio político constituye materialmente un control jurídico en cuanto a la función que realiza. "Si bien es cierto que el órgano que lo ejerce y el tipo de faltas que decreta son de naturaleza política, en el ejercicio de dicha función el Congreso debe actuar como un órgano independiente e imparcial, cumpliendo con garantías del debido proceso" (*Tribunal Constitucional [Camba Campos y otros]*, 28 agosto 2013: 115). De ahí que el control ejercido por el Congreso a través del juicio político sea de naturaleza jurisdiccional. Asimismo, esta postura es refrendada por el jurista de derecho constitucional y derechos humanos Héctor Fix-Zamudio (Fix-Zamudio 2011: 190-191).

Por ende, es menester distinguir la naturaleza del órgano con el carácter de la función que ejerce el mismo tratándose del juicio político.

III. Rol y Legitimidad del Sistema Idh en el análisis del juicio político

La Comisión Idh, en su rol de órgano protector de los derechos humanos, se halla abocada al diálogo con los Estados miembros a fin de que éstos adopten medidas progresivas en favor de los derechos en su ámbito interno. Ello en observancia de los estándares internacionales en la materia y sin olvidar sus obligaciones autoimpuestas en uso de su soberanía por medio de la firma y ratificación de la Convención Adh, cuya relevancia recae finalmente en el principio *pacta sunt servanda*, el cual caracteriza a los tratados internacionales.

Por otra parte, la Corte Idh es el órgano encargado de interpretar la Convención Adh, además de dictar sentencias relativas a los derechos humanos y su menoscabo por parte de una acción u omisión del Estado, previo monitoreo y análisis de la Comisión Idh. Por otra parte, dicta medidas provisionales de carácter urgente y emite opiniones consultivas relativas a temáticas generales sobre los derechos de referencia.

En ese sentido, las obligaciones derivadas de las normas internacionales de protección de los derechos humanos tienen carácter objetivo, es decir, son de estructura integral. Estas obligaciones derivan, en algunos casos, del *ius cogens* cuyo concepto deviene de las "normas imperativas de derecho internacional general que tienen un alcance universal y son obligaciones *erga omnes* y, en otros casos, han sido creadas por normas contenidas en tratados internacionales en las que se establecen obligaciones *erga omnes partes*" (Almirón Prujiel 2009: V).

Además, es pertinente señalar la incidencia del control de convencionalidad, que, en palabras sencillas, es la potestad conferida o reconocida a los órganos jurisdiccionales para verificar la congruencia entre actos internos, esencialmente, las disposiciones domesticas de alcance general tales como las constituciones, leyes,

reglamentos con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos en concreto (García Ramírez 2011).

Así lo dispuso la Corte IDH en una sentencia que hace referencia a ese control:

> "los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio control de convencionalidad. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, […] acreditando la idea de que la gran batalla […] se ganará en el ámbito interno, pero no sustituto, el internacional" (Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 24 noviembre 2006: párr. 11).

El control de convencionalidad, entonces, juega una parte primordial en la armonización de la legislación y reglamentación relativa al juicio político en cada Estado miembro de la OEA.

Por otra parte, si bien el juicio político es una herramienta de control democrático al servicio del gobierno e incluido en la legislación de los Estados de estructura republicana Entonces, ¿cuál podría ser la incidencia del juicio político en los derechos humanos, a sabiendas que la Comisión IDH y la Corte IDH tienen como mandato la protección de esos derechos?

Para dilucidar el asunto de referencia es menester desglosar los aspectos formales y materiales concernientes al juicio político en la región americana. Primero, el juicio de referencia debe encontrarse en la legislación interna, así como también la legitimación activa, pasiva, procedimiento, órgano competente para su conocimiento en caso de revisión, entre otros. Los elementos citados precedentemente se hallan vinculados a cuestiones comunes, tales como el principio de legalidad, además de otras las garantías en este sistema de control de alto nivel y la protección por parte de una institución determinada que pone al alcance del involucrado un proceso y una modalidad de interpelación justa ante cualquier indicio de duda en la realización con el juicio político.

Como última pieza de ese rompecabezas, no solo las mencionadas premisas están amparadas por el orden jurídico interno de cada Estado, sino que se hallan comprendidas en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención ADH.

En ese sentido, el siguiente análisis normativo-jurisprudencial se dará en el marco de las denuncias presentadas a la Comisión IDH en contexto de juicio político a presidentes, las cuales se encuentran entre las etapas de revisión inicial y admisibilidad. En la primera se analiza si la petición reúne los requisitos establecidos en el artículo 28 del Reglamento de la Comisión IDH.

En vista del gran número de peticiones sometidas, la evaluación preliminar de una petición puede tomar algún tiempo. Esta etapa finaliza con una decisión de dar trámite o no a la denuncia. En ambos casos, apertura o no apertura a trámite, se notifica a la parte peticionaria. Esta etapa se denomina *en estudio*.

Por otro lado, en la segunda, la Comisión IDH determina si una petición satisface los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención ADH según el procedimiento establecido en los artículos 30 al 36 del Reglamento de la Comisión IDH. Esta etapa inicia con la apertura a trámite mediante la transmisión de la petición al Estado y finaliza con la decisión de la Comisión IDH emitida en un Informe de Admisibilidad o de Inadmisibilidad, que se notifica a ambas partes.

Por consiguiente, el juicio político y su trámite correspondiente es de suma trascendencia a cada derecho consagrado en la Convención ADH para el caso. En el supuesto de su errónea aplicación, el peticionario cuyo derecho fue menoscabado se encuentra facultado a denunciar el hecho en cuestión a fin que este sea observado por la Comisión IDH en el ámbito interamericano de la protección de los derechos humanos, legitimado por su mandato de velar por el cumplimiento de los principios y normativas bajo su disposición.

1. Observaciones de la Comisión IDH sobre la temática

En el artículo 8 de la Convención ADH relativo a las garantías judiciales se encuentra comprendido el derecho a ser oído en un el plazo razonable y ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Asimismo, que la persona goce de la oportunidad de ejercer su defensa y el derecho a recurrir el fallo ante el juzgador.

La Comisión IDH, en su Informe de Fondo núm. 99/11 del caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) de Ecuador*, ha indicado que la figura de juicio político por parte del Congreso "es una forma legítima de control en un Estado de Derecho. Si bien las facultades de control del Congreso, a través del mecanismo de juicio político, no son *per se* incompatibles con la Convención ADH, tales facultades deben ejercerse asegurando la observancia de las garantías del debido proceso" (Comisión IDH, *Miguel Camba Campos y otros, Vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador,* 22 julio 2011: párr. 113).

En el caso *Tribunal Constitucional* los argumentos esgrimidos por parte de la Comisión IDH durante el proceso contencioso ante la Corte IDH resaltaron que el juicio político no puede emplearse para ejercer presiones, lo cual debilitaría el sistema democrático de gobierno. Su carácter especial dota de atribuciones excepcionales al Congreso, sin perjuicio de la necesaria observancia de las debidas garantías judiciales y de imparcialidad (Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú,* 31 enero 2001: párr. 64 d).

En ese orden de ideas, la Comisión IDH prosigue su análisis relativo al problema de imparcialidad subjetiva del Congreso, ya que este podría tener una convicción formada respecto del caso, prescindiendo de las alegaciones de la defensa. Aunado a lo anterior, la Comisión IDH reflexiona sobre las implicancias de esas garantías en favor del acusado: ser oído antes de la decisión, participar en forma efectiva en todo el proceso, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas y notificaciones oportunas y conforme a la ley,

acceso a la información que consta en el expediente, posibilidad de controvertir los elementos probatorios, obtener asesoría legal y tener la oportunidad de impugnar la decisión.

Para ampliar el alcance jurisprudencial, la Comisión IDH resalta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que las garantías del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos también se aplican a los procedimientos donde se determinen los derechos fundamentales y las cargas u obligaciones de las personas, e igualmente ha establecido que aun en el ejercicio de los poderes discrecionales por parte del Estado, pues dichos poderes deben ejercerse, en todo caso, conforme a la legalidad. Las garantías del debido proceso propias de los procesos judiciales se han expandido al ámbito de cualquier proceso o procedimiento que afecte los derechos de una persona; al ejercer potestades discrecionales el Estado debe actuar conforme a la legalidad, siguiendo los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y siempre se debe respetar el debido proceso. En especial, en los procedimientos sancionatorios las potestades deben ser absolutamente regladas y conforme al debido proceso (Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*: párr. 64 d).

En el Informe de Fondo núm. 65/11 del caso *Quintana Coello de Ecuador*, la Comisión IDH aludió a la independencia del Congreso en el procedimiento del juicio político al observar en primer lugar que, la atribución de ciertas funciones judiciales o administrativo-disciplinarias deben estar claramente establecidas en la ley (Comisión IDH, *Hugo Quintana Coello y otros, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador,* 31 marzo 2011: párr. 117). Así por ejemplo, es común en diversas constituciones que se prevean regulaciones especiales para asegurar la observancia de las garantías de independencia e imparcialidad en el actuar del poder legislativo en carácter de juzgador de altos funcionarios sometidos a juicios políticos.

En relación con la garantía de imparcialidad, la Comisión IDH considera que pueden concurrir una serie de elementos

que afectarían la imparcialidad del Congreso. En este sentido, se advierte el peligro de la falta de motivación al valorar la conducta, idoneidad y desempeño del acusado o el análisis de supuestas faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, lo cual podría responder a las diferentes mayorías políticas logradas en distintos momentos en el seno del Congreso. Asimismo, en los debates parlamentarios se desprende la relevancia o falta de ella otorgada al respeto de las formalidades para la destitución de magistrados, como así también la parcialidad y finalidad política del actuar de los diputados.

Por consiguiente, en virtud de los estándares internacionales aplicables, en todo proceso de separación del cargo de jueces deben mediar las garantías del debido proceso, con independencia de la denominación del trámite en la legislación interna.

En ese espíritu, la Comisión IDH tuvo a bien recomendar "la adopción de medidas de no repetición, incluyendo las medidas necesarias para que la normativa interna y la práctica obedezcan a criterios claros y aseguren garantías de plazo suficiente y la determinación de las causales de enjuiciamiento político, conforme a las normas establecidas en la Convención ADH (Comisión IDH, *Miguel Camba Campos y otros, Vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador* 2011: párr. 139).

Por ende, si el Poder Legislativo se encuentra facultado para ejercer funciones jurisdiccionales en casos de destitución de jueces, ello no puede constituir un control político de la actividad judicial, basado en criterios de discrecionalidad o conveniencia política, sino que debe consistir en un control jurídico, en cumplimiento irrestricto de los principios de legalidad y las garantías del debido proceso.

Tal es así que, el juicio político debe atender al derecho de defensa del acusado, ya que el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el pro-

ceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

Según ha afirmado la Comisión IDH, en su Informe de Fondo núm. 72/17 del caso *Eduardo Rico de Argentina*, el principio de legalidad del artículo 9 de la Convención ADH tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica (Comisión IDH, *Eduardo Rico de Argentina*, 5 julio 2017: párr. 114).

Prosigue así la Comisión IDH, haciendo referencia al deber de motivación que se traduce en la *justificación razonada* que permite al juzgador llegar a una conclusión. Dicha garantía guarda relación intrínseca con el principio de legalidad, pues partiendo de que las causales disciplinarias deben estar establecidas en el marco normativo del Estado conforme a los estándares antes descritos, por tanto, se toma lo argumentado en la sentencia *Lopez Lone y otros vs. Honduras* "la argumentación de un fallo debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión" (Comisión IDH, *Eduardo Rico de Argentina*: párr. 116).

En el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, los argumentos esgrimidos por parte de la Comisión IDH durante el proceso contencioso ante la Corte IDH hicieron alusión a que las causales de enjuiciamiento y remoción tales como *infracciones constitucionales o legales* no ofrece estándares de determinación suficientes y deber ser descriptas con mayor claridad.

Al respecto, la falta de certeza respecto de las causales de separación del cargo de los magistrados, además de fomentar dudas, puede dar lugar a actuaciones arbitrarias de abuso de poder, con repercusiones directas en los derechos al debido proceso y a la legalidad (Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*: párr. 64 k).

El artículo 25 de la Convención ADH relativo a la protección judicial hace mención al derecho de toda persona al acceso de un recurso idóneo, eficaz, sencillo y rápido con el objeto de tutelar los derechos que le fueron menoscabados ante jueces o tribunales competentes.

En cuanto a los argumentos de fondo en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Comisión IDH expresó que la calificación de un proceso de juicio político como un *hecho no justiciable* no impide que el órgano jurisdiccional revise el proceso de destitución y su apego a derecho. La negación del derecho a una tutela judicial efectiva acorde al artículo 25 de la Convención ADH confluye entonces en vista a la falta de acceso a un recurso sencillo y rápido.

La Comisión IDH, en aras de realzar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos relativo a juicios políticos, sostuvo en su Informe de Fondo núm. 99/11 del Caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos) de Ecuador*, "la instancia de revisión previamente establecida que se debe incluir en el proceso de referencia y así, revestir las garantías adecuadas de imparcialidad, independencia y diseño institucional acorde con la naturaleza del recurso" (Comisión IDH, *Miguel Camba Campos y otros, Vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador*: párr. 127).

2. Interpretación de la Corte IDH

En ese sentido, a propósito de la figura del juicio político y su vinculación con la protección de derechos humanos, la Corte IDH se ha pronunciado a través de su jurisprudencia en cuatro ocasiones y actualmente tiene un proceso con el Estado de Paraguay en trámite.

Si bien el análisis que esa Corte ha realizado versa sobre juicios realizados a operadores de justicia tales como magistrados de Corte Suprema o equivalentes, nada obsta a que su desarrollo jurisprudencial tenga como destinatario a otro tipo de funcionario estatal como por ejemplo un presidente. A este punto es el que se refiere

el presente trabajo y el cual percibe que, en un futuro no muy lejano, tal situación será sometida a la Corte IDH.

La Corte IDH ha indicado que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención ADH, se refiere al "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, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlo" (Corte IDH, *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, 13 octubre 2011: párr. 116).

Al respecto, las consideraciones de la Corte IDH en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú* versaron sobre el límite a la actividad estatal que representan los derechos humanos, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder. Esto es aún más importante "cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos" (Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*: párr. 68).

Prosigue así, la Corte mencionando que, si bien el artículo 8 de la Convención ADH se titula *garantías judiciales*, "su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*: párr. 69).

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, la Corte IDH estima necesario recordar que "toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que

dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete" (Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*: párr. 77).

Por otra parte, la Corte IDH cita el Caso *Baena Ricardo*, en cuya sentencia explica que "la justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención ADH en el caso de sanciones disciplinarias y no penales" (Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*: párr. 129). Permitir a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

Aunado a lo anterior, el Juez Ferrer MacGregor en un voto parcialmente disidente en la sentencia *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* señaló también que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Además, reiteró que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones *de carácter materialmente jurisdiccional*, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención ADH (Corte IDH, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador:* párr. 49).

En la sentencia *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* la Corte IDH no encontró que en abstracto el mecanismo de juicio político fuere contrario a la Convención ADH. No obstante, "la imparcialidad exige que el juez que interviene se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia

de imparcialidad" (Tribunal Edh, *Pullar vs. Reino Unido,* 10 junio 1996: párr. 27).

El Juez Ferrer MacGregor en un voto parcialmente disidente en la sentencia *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* resalta que el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Adh, es uno de los principios que presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. Así también, el reconocido juez cita la sentencia *Ricardo Canese vs. Paraguay* (31 agosto 2004) en la cual la Corte Idh ha precisado que el principio de legalidad se extiende a la materia sancionatoria administrativa (Corte Idh, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*: párr. 112).

Al respecto del artículo 25 de la Convención Adh, en la sentencia *Tribunal Constitucional vs. Perú* fue establecido que "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión" (Corte Idh, *Tribunal Constitucional vs. Perú*: párr. 89).

Bajo esta perspectiva, esa Corte ha señalado en la misma sentencia que para que el Estado cumpla con sus obligaciones derivadas de la Convención Adh no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. El Tribunal ha establecido reiteradamente que la existencia de este tipo de garantías constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Adh, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.

Asimismo, la Corte Idh consideró que los actos del proceso de destitución llevado a cabo por el Congreso, se hallan sometidos a normas legales que deben ser puntualmente observadas y pueden ser objeto de una acción o recurso judiciales en lo que concierne

al debido proceso legal. Este control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo.

Cabe mencionar que, el propio Tribunal Constitucional peruano en el proceso jurisdiccional interno del presente caso, aludió a que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso, equivalente a lo que en doctrina se denomina *political questions* o cuestiones políticas no justiciables, pero también es cierto que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado democrático de derecho o el debido proceso material, es un hecho inobjetable que este colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Constitución Política del Estado.

En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte IDH ha establecido en su sentencia *Ivcher Bronstein vs. Perú* y reafirmado en *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* que para que tal recurso efectivo exista, "no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla" (Corte IDH, *Tribunal Constitucional [Camba Campos y otros] vs. Ecuador*: párr. 228).

Por tanto, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello

puede ocurrir, por ejemplo, "cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia" (Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia,* 4 febrero 2000: párr. 58).

Por lo tanto, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. La Corte IDH ha indicado reiteradamente la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

3. Solicitud de Opinión Consultiva sobre democracia y derechos humanos en contextos de juicios políticos de la Comisión IDH y la resolución de la Corte IDH

En el mes de octubre del año 2017, la Comisión IDH formuló a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre juicios políticos, democracia y derechos humanos. Esto, con relación al panorama político general de la región americana y los sucesos ocurridos a los ex presidentes de los Estados de Paraguay, Brasil y Honduras hace unos años. Cabe mencionar que estos se encuentran denunciados por vulneraciones a los derechos humanos en contexto de juicios políticos ante el mencionado órgano y los mismos se encuentran pendientes de pronunciamiento de admisibilidad.

En primer término, los temas abordados fueron el alcance de las garantías del debido proceso que resultan exigibles en esos juicios realizados por el Poder Legislativo contra presidentes democrática y constitucionalmente electos, la aplicación del derecho a la protección judicial y la necesidad o no de un control judicial sobre el procedimiento y resultado en el mismo contexto.

También la Comisión IDH consultó de qué manera se puede asegurar que el alcance y la implementación en la práctica del control

judicial referido y que este no implique un riesgo respecto del principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en una democracia.

Asimismo, se hizo mención a cuál sería la aplicación el principio de legalidad en razón a las causales previamente establecidas y claramente delimitadas para activar juicios políticos, la naturaleza de esas causales fundadas y la incidencia de los derechos políticos en una dimensión individual al enjuiciado o colectiva respecto a los electores que votaron.

Como corolario de la consulta, la Comisión IDH hizo alusión a las salvaguardas que deben existir, tanto en la regulación como en la práctica, para prevenir el uso distorsionado y arbitrario de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra presidentes democrática y constitucionalmente electos.

En ese sentido, la Comisión IDH vio la necesidad de solicitar a la Corte IDH el esclarecimiento de aspectos tales como la observancia del debido proceso en el juicio político, la verificación de las causales invocadas y la eventual sanción de destitución, ambas susceptibles de revisión y control ante el órgano jurisdiccional; incluso, a pesar de que las constituciones nacionales de ciertos Estados pudieran señalar que la procedencia del juicio político o su resultado no son objeto de revisión judicial y que constituyen cuestiones políticas no justiciables.

En fecha 29 de mayo de 2018, la Corte IDH dictó por cinco votos a favor, un voto disidente y una abstención de participación en el período de sesiones en cuestión, la resolución sobre derechos humanos y juicios políticos no haciendo lugar al pedido de la Comisión IDH de interpretar el tema de referencia.

En ese sentido, para dicho análisis interpretativo plasmado en una opinión consultiva de carácter general, la Corte IDH hizo mención que en los Estados parte de la OEA existe una pluralidad de diseños constitucionales que regulan las figuras de *impeachment*

y de juicios políticos, así como diversas modalidades del proceso a ser seguido en cada país con sustanciales variaciones, que dificultan significativamente reducir a un mínimo común los estándares interamericanos que darían respuesta a las preguntas planteadas por la Comisión IDH (Corte IDH, *Resolución sobre solicitud de opinión consultiva relativa a democracia y derechos humanos en contextos de juicios políticos*, 29 mayo 2018: párr. 14).

No obstante, la Corte IDH estimó que se encontraría mejor situada para garantizar los derechos humanos que podrían estar en juego y examinar la compatibilidad del ordenamiento jurídico de los Estados respecto de la Convención ADH y el *corpus juris* interamericano en general, realizando un escrutinio caso por caso a través de su jurisdicción contenciosa.

En ese sentido, es criterio del presente artículo que, en efecto, una opinión consultiva de la Corte Idh no puede posicionarse ante casos concretos que se encuentran en proceso ante la Comisión IDH —teniendo en consideración que la propia Comisión IDH fue la que solicitó la opinión de referencia—.

No obstante, siguiendo esa posición, se estima necesario que el estándar devenga de una sentencia de la Corte Idh ya que la coyuntura del juicio político a presidentes es un tema pendiente del Sistema IDH que deberá ser desarrollado caso por caso para sentar la jurisprudencia correspondiente.

IV. Juicio político del Presidente Fernando Lugo de Paraguay

El presidente Fernando Lugo asumió su mandato en fecha 15 de agosto de 2008, en unas elecciones democráticas de amplia participación ciudadana y tras años de una larga hegemonía política-partidaria de la Asociación Nacional Republicana que sentaba nuevas bases en la política paraguaya.

No obstante, debido a presuntas irregularidades durante su administración —alegadas por diversos grupos políticos— el día 22 de junio de 2012 fue cesado de su cargo de presidente de la República por la vía del juicio político a cargo del Congreso.

Las causales del juicio político en su contra radicaron en la responsabilidad por el enfrentamiento entre campesinos y policías llevados a cabo en la ciudad de Curuguaty, responsabilidad por alentar la ocupación de tierras en la región de Ñacunday, culpabilidad por la existencia reinante de inseguridad en el Paraguay, responsabilidad por apoyar un acto político de jóvenes de izquierda en un cuartel militar y culpabilidad por suscribir el protocolo de Montevideo, Ushuaia II sobre compromiso democrático, el cual no tenía el apoyo del Congreso.

La acusación en el presente juicio fue formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Finalmente, fue confirmado dicho procedimiento por la Cámara de Senadores con mayoría absoluta de dos tercios, declarando así al presidente Fernando Lugo culpable y al sólo efecto de separarlo de su cargo.

Durante el proceso para llevar a cabo su destitución, Fernando Lugo resaltó la falta de una normativa más detallada. Es menester resaltar que solo el artículo 225 de la Constitución Nacional legisla la figura del juicio político con causales genéricas de mal desempeño y delitos comunes.

Al margen del artículo constitucional, luego de la acusación el proceso en sí es reglamentado al momento por la Cámara de Senadores para cada juicio político en Paraguay, lo cual genera reglas de juego diferentes para juicios de la misma naturaleza desde el inicio de la era constitucional del Paraguay.

Esto sufrió un cambio en el año 2019 con el juicio político realizado al Contralor de la República José García en el cual la resolución de procedimiento para el juicio de referencia por parte de la Cámara de Senadores será aplicable para los juicios de misma

naturaleza de aquí en adelante —dicho tema deberá ser analizado en el próximo juicio en razón a la prelación normativa que establece el artículo 137 de la Constitución Nacional y otras cuestiones de índole constitucional—.

Otro punto argumentado fue que el insuficiente plazo otorgado para su defensa, ya que solo tuvo 5 horas hábiles para preparar sus alegatos y en el orden del día de la sesión de la Cámara de Senadores que obraba en el lugar de cada legislador el día del juicio político ya indicaba la destitución —sin haberse aún realizado el mencionado juicio—.

Por lo expuesto, fueron visibilizadas las violaciones a la defensa en juicio garantizada en el artículo 16 relativa a la defensa en juicio de la Constitución Nacional y a las garantías judiciales consagrada en el artículo 17 sobre derechos procesales de la misma normativa. Así también la disposiciones de la Convención ADH, del cual el Paraguay es Estado signatario y ratificante.

En ese sentido, en el ámbito de la jurisdicción interna Fernando Lugo presentó dos acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, una en contra de la Resolución núm. 878/12 de la Cámara de Senadores, que estableció el procedimiento para la tramitación del juicio y otra en contra de la Resolución núm. 881/12 de la Cámara de Senadores por la cual fue destituido.

Ambas acciones no tuvieron acogida favorable de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay y por tanto fueron rechazadas *in límine* bajo la tesitura de *cuestión política no justiciable* argüida por el pleno de esa Corte en referencia a los juicios políticos, así como el respeto del sistema de pesos y contrapesos atribuible a la independencia de poderes del Estado, sin siquiera conciliar los estándares interamericanos en materia de derechos humanos.

1. Proceso ante la Comisión IDH

En fecha 2 de enero de 2013, el ex presidente Fernando Lugo presentó una denuncia ante la Comisión IDH por los hechos acaecidos sobre el juicio político de referencia.

El peticionario Fernando Lugo alegó las violaciones de los artículos 8 sobre garantías judiciales, 23 sobre derechos políticos, 24 sobre igualdad ante la ley y 25 sobre protección judicial, todos ellos consagrados en la Convención ADH.

Al respecto, el petitorio del mismo consistió en someter en primer lugar el caso a la Corte IDH. Asimismo, solicitó a la Corte IDH —el procedimiento correcto es aquel dirigido a la Comisión IDH— y al Estado paraguayo su reposición al cargo, el pago de haberes caídos, así como los gastos ocasionados en el juicio político y en este procedimiento, así como las indemnizaciones por daño a su honor y reputación.

Como tercer y último punto el peticionario solicitó se sirva realizar una audiencia pública, con asistencia de los representantes del Estado paraguayo y de la parte peticionaria, en la próxima sesión ordinaria de la Comisión IDH. La solicitud de referencia nunca fue otorgada hasta la fecha y, es menester agregar, en total acierto ya que en ningún caso en estudio se celebran audiencias.

Recién en fecha 22 de junio de 2015, la Comisión IDH da inicio al trámite correspondiente poniendo a la denominada petición 35-13 *en estudio* y traslada la denuncia al Estado paraguayo.

No obstante, a lo largo de los años, con idas y vueltas de observaciones del peticionario y del Estado de Paraguay, en el año 2020 la denominación *en estudio* que se encontraba en la ficha procesal de la citada petición ante la Comisión IDH pasó al estadio de *admisibilidad* sin notificación alguna a las partes o informe de por medio —el cual seguro no tardará en hacerse presente—.

En ese sentido, es probable que las peticiones *ut supra* mencionadas al inicio de este trabajo como las de Brasil y Honduras sigan la misma suerte y en un futuro no muy lejano se visualicen las observaciones pertinentes por parte de la Comisión IDH.

Al margen de la petición presentada, en fecha 27 de enero de 2017, Fernando Lugo también presentó ante la Comisión IDH una solicitud de medida cautelar —MC 46-17—que versó principalmente sobre la demanda presentada en fecha 10 de noviembre de 2016 por un partido político denominado Asociación Nacional Republicana ante el Tribunal Superior de Justicia Electoral por motivos de propaganda engañosa y prohibida de parte del potencial candidato a la presidencia Fernando Lugo —ex Presidente y senador— ante las elecciones presidenciales del 2018, para así vedarlo de la contienda electoral.

En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia Electoral de Paraguay se pronunció haciendo lugar a lo peticionado por la Asociación Nacional Republicana mediante Acuerdo y Sentencia núm. 3 del 16 de diciembre de 2016.

Fernando Lugo no dudó sobre el punto y presentó dos recursos judiciales. Uno de ellos fue el recurso de aclaratoria sobre el Acuerdo y Sentencia núm. 33 del Tribunal Superior de Justicia Electoral ante ese mismo órgano. Y el otro fue una acción de inconstitucionalidad en contra del Acuerdo y Sentencia núm. 33 del Tribunal Superior de Justicia Electoral ante la Corte Suprema de Justicia.

El peticionario Fernando Lugo alegó las violaciones de 23 sobre derechos políticos, 24 sobre igualdad ante la ley y 25 sobre protección judicial de la Convención ADH.

En el petitorio fue requerido al Estado paraguayo que sin dilación adopte y mantenga cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Así también que el Estado paraguayo levante los efectos

de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia Electoral contra el peticionario.

Sin embargo, en fecha 5 de enero de 2018, la Comisión IDH, previo estudio del escrito del peticionario y la respuesta estatal, notificó a las partes del cierre del expediente correspondiente a la solicitud de medida cautelar. Éstas sólo se otorgan en casos urgentes de daño irreparable a derechos como la vida y la integridad.

Por lo tanto, solo la petición 35-13 relativa a Fernando Lugo es la que se encuentra en admisibilidad y pendiente de su informe correspondiente por parte de la Comisión IDH.

V. Reflexiones finales

El juicio político es una herramienta propia del Estado, pero no puede saltarse las normativas tanto internas como interamericanas que hacen al Estado de Derecho, por medio de la democracia y los derechos humanos un estandarte omnipresente al respeto y protección de todas las personas.

El Estado tiene el deber de remover todo obstáculo para que las personas gocen de los derechos humanos que le son reconocidos por los instrumentos internacionales firmados y ratificados por los Estados parte como es el caso de la mayoría de los Estados americanos y la República del Paraguay sin duda alguna.

Desde la primera sentencia relativa a juicios políticos la Corte IDH sentó una marcada postura sobre la exigibilidad del respeto al debido proceso legal en todo tipo de procesos, incluido el llevado a cabo en la rama legislativa, y no sólo en los que se desarrollan en sede judicial.

Si bien es notable la diversidad de diseños constitucionales de los Estados americanos y su forma de regulación del juicio político, no es aceptable la endeble argumentación estatal relativa a la afec-

tación del principio de separación de poderes al respecto del juicio político. Cada poder en el ámbito de sus atribuciones haría lo propio en temas como un plazo razonable para ejercer la defensa, deber de motivación y argumentación e implementación de facto de la instancia recursiva efectiva e idónea, entre otras garantías.

Sobre la justiciabilidad de las sanciones impuestas por el Congreso en el juicio político, la argumentación de *cuestiones políticas no justiciables* no tiene cabida debido a la competencia materialmente jurisdiccional del Poder Legislativo sobre la cuestión, tal como lo hace notar la Corte IDH.

Otro punto fundamental que debe ser atendido por los Estados americanos miembros luego de la exposición de casos ante el Sistema IDH y la experiencia paraguaya es la regulación de los supuestos para la procedencia del juicio político realizados por el Congreso contra presidentes democrática y constitucionalmente electos. Los mismos deben estar reglamentados de forma clara y expresa en la ley, acorde a trabajado por la jurisprudencia de la Corte IDH.

Las garantías que se deben respetar en todo procedimiento de juicio político deben ser señaladas en las normativas internas de los Estados y este debe promover un recurso idóneo y efectivo con el fin de que exista un medio de revisión por otro órgano estatal.

En vista de dar mayor seguridad jurídica a la persona que está siendo juzgada mediante un juicio político, en el procedimiento deben ser contemplados ciertos elementos, como los principios de defensa, contradicción, separación de fases del proceso, audiencia pública, separación del órgano instructor y decisor, período de prueba, plazos razonables y conocimiento de las causales de acusación. Tales principios se hallan en cualquier tipo de juicio, y, por ende, el juicio político no debería ser la excepción.

En uso de la literatura popular, generalmente atribuida a Esopo, es menester recordar la fábula de la rana y el escorpión. En ella un escorpión le pide a una rana que lo ayude a cruzar el río, pro-

metiendo no hacerle ningún daño, puesto que, si lo hacía, ambos morirían ahogados. La rana accede, subiéndolo a sus espaldas, pero cuando están a mitad del trayecto el escorpión pica a la rana. Esta le pregunta incrédula: *¿Cómo has podido hacer algo así? ahora moriremos los dos*, ante lo que el escorpión responde: *no he tenido elección; es mi naturaleza*.

La moraleja, para el caso que nos ocupa, demuestra una dualidad entre los poderes del Estado: en la presente situación el Poder Ejecutivo *versus* el Poder Legislativo y la complicidad del Poder Judicial con sus colegas del Congreso —en la situación paraguaya—. Esto es de lo que cada Estado debe salvaguardar con relación al proceso de acceso a la justicia, en el cual cada persona es titular de derechos.

Bibliografía

Almirón Prujiel, Elodia (2009): *Aplicación de las resoluciones emanadas de órganos internacionales de Derechos Humanos y su eficacia en el derecho interno*, Corte Suprema de Justicia – División de Investigación, Legislación y Publicaciones, Asunción.

Aragón, Manuel (2002): *Constitución, democracia y control*, Unam, Ciudad de México.

Bidart Campos, Germán (1994): *Tratado de derecho constitucional,* Tomo II, Ediar, Buenos Aires.

Casañas Levi, José (2015): "Consideraciones preliminares sobre el juicio político", en *Revista Jurídica* núm. 24, Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Disponible en: «*https://py.lejister.com/index.php*» [Consultado el 20 de mayo 2020].

Fix-Zamudio, Héctor (2011): *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa/ Unam, Ciudad de México.

García Ramírez, Sergio (2001): "El control judicial interno de convencionalidad", en Revista Ius núm. 8, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Disponible en: «*http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007*» [Consultado el 30 de julio 2020].

Quiroga Lavié, Humberto *et al*. (2009): "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, Santa Fe. Disponible en: «*https://sosunnedrch.files.wordpress.com/2014/05/quiroga-lavic3a9-benedetti-cenicacelaya-derecho-constitucional-argentino-tomo-ii.pdf*» [Consultado el 8 de junio 2020].

Pettit, Horacio (2009): "La auténtica naturaleza del juicio político", en *Abc* Color, 21 septiembre.

Seall-Sasiain, Jorge (1999): "Las inmunidades, el desafuero y el juicio político, en la Constitución de 1992", en *Revista Jurídica,* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Disponible en: «*https://py.lejister.com/index.php*» [Consultado el 13 de mayo 2020].

Villalba Bernié, Pablo (2017): "Juicio político y sentencia constitucional", en *Biblioteca de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional - Derecho Procesal Constitucional*. Disponible en: «*https://py.lejister.com/index.php*» [Consultado el 15 de junio 2020].

Libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Freedom of thought and expression in the Inter-American Human Rights System.

Rodrigo Brito Melgarejo
Universidad Nacional Autónoma de México
Orcid: 0000-0003-0786-1543

Fecha de recepción: 30 abril 2020
Fecha de aceptación: 6 julio 2020

Resumen: Este artículo aborda la importancia que tiene la libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la forma en que las decisiones que toman sus órganos de garantía han influido en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

Abstract: This article addresses the importance of freedom of thought and expression in the Inter-American Human Rights System and the way in which the decisions taken by its guarantee bodies have influenced the decisions of the Mexican Supreme Court.

Palabras clave: *libertad de pensamiento y expresión; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; diálogo judicial; discurso público; límites a la libertad de expresión.*

Keywords: freedom *of* thought *and* expression; Inter-American human rights system; judicial dialogue; public speech; limits *to* freedom *of speech.*

Sumario: I. La importancia del Sistema Interamericano en la defensa de los derechos humanos. II. La libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano. 1. El doble carácter de la libertad de pensamiento y expresión. 2. Las formas de expresión protegidas en el Sistema Interamericano. a. Los asuntos de interés público y los discursos políticos. b. Medios de comunicación y personas que ejercen el periodismo. c. La protección de los discursos que expresan la dignidad e identidad de las personas. 3. Límites y restricciones. a. Definición de los límites a la libertad de expresión en una ley formal y material. b. Objeto imperioso. c. Necesidad de la restricción. d. Límites a la libertad de expresión incompatibles con la Convención Americana. 4. Los discursos no protegidos por la libertad de expresión. III. La influencia del Sistema Interamericano en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. IV. Retos y perspectivas.

I. La importancia del Sistema Interamericano en la defensa de los derechos humanos

Para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Idh), existe una nueva forma de interpretar y aplicar los derechos humanos a partir de la ratificación de los diversos instrumentos normativos que lo integran. La coexistencia de normas que contienen derechos en el ámbito interno y el interamericano ha hecho que la manera de entender la protección de los derechos humanos cambie radicalmente, pues se han edificado dos regímenes paralelos que conviven y se unen a través de un influjo recíproco que encuentra entre sus fundamentos la idea de que la emergencia de problemas que en su evolución, pero, sobre todo, en su solución posible, tienen una dimensión y una naturaleza que supera los confines estatales, muchas veces impone a los actores que participan en este escenario buscar respuestas en criterios que no sólo se encuentran en las normas nacionales.

Surge entonces la necesidad de un intercambio de ideas en el marco del Sistema Idh que favorece la circulación de principios comunes y, al mismo tiempo, dota a esos principios de una fuer-

za expansiva que les permite convertirse en referentes aplicables, bajo ciertas condiciones, en los Estados nacionales. Esta situación provoca una dicotomía caracterizada por planteamientos que parecieran contraponerse, pero que dado el contexto actual, conviven dotando de cierta complejidad a los sistemas jurídicos, Por un lado, existen elementos ideológicos, religiosos, históricos, económicos, climáticos, geográficos, sociológicos y culturales que determinan una identidad nacional sobre la que se construyen normas e instituciones que regulan la vida de las personas; pero por otra parte, los seres humanos, debido a las concurrencias que se presentan en el mundo jurídico, van acogiendo cada vez con mayor fuerza una concepción universal de la idea de justicia y, en consecuencia, consideran difícil justificar la existencia de respuestas diversas a problemas idénticos (Canivet 2009: 214 ss.). La dicotomía planteada ha provocado un aumento en el interés por la forma en que se aplican e interpretan los derechos a nivel regional y, en consecuencia, el papel que juegan los órganos que forman parte del Sistema IDH se ha revalorizado.

Como señala Armin von Bogdandy, si se compara la situación actual con la de cien años atrás, "[S]e observa que casi todos sus elementos constitutivos han cambiado: la evolución del Estado-nación en el marco del proceso de globalización, el espectacular desarrollo del derecho internacional y, sobre todo, la introducción de disposiciones constitucionales al papel del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internacionales" (Bogdandy 2014: 16-17). Por ello, cuando se reflexiona sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, más que atender a la contraposición entre monismo y dualismo, debe acudirse a la base conceptual que se construye a partir de la idea de pluralismo jurídico. De acuerdo con los planteamientos de von Bogdandy, en América Latina ha surgido una nueva doctrina orientada hacia un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, categorizado bajo distintas nociones como *redes horizontales de colaboración, interconstitucionalidad, metaconstitucionali-*

dad recíproca, red de constituciones, influjos y lecturas similares, normativismo supranacional, transconstitucionalismo, etcétera (Bogdandy 2014: 18-20).

Por esos motivos, conocer la forma en que se ponen en acción los derechos humanos en el marco del Sistema IDH es un elemento fundamental para fortalecer, parafraseando a Giancarlo Rolla, la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica (Rolla 2002: 86-92). Este texto, en consecuencia, busca, a través de una revisión sobre la forma en que se regula y aplica la libertad de pensamiento y expresión en el ámbito interamericano, demostrar el gran influjo que tienen las sentencias dictadas en el Sistema IDH en la actuación de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional. Para alcanzar este objetivo, se estudiarán algunos ejemplos sobre la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha empleado las decisiones de la Corte Interamericana al resolver algunos casos controvertidos y que imponían la necesidad de interpretar los contenidos del texto constitucional practicando operaciones de control de la convencionalidad. Hecho esto, se señalarán algunos de los retos y las perspectivas que el diálogo entre cortes implica tanto para el sistema regional como para los Estados nacionales.

II. La libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano[1]

El sistema de carácter regional que ofrece una mayor protección a la libertad de pensamiento y expresión es, según lo ha señalado buena parte de la doctrina, el Sistema Interamericano de protección de los derechos. Las disposiciones contenidas en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 4 de la Carta Democrática Interamericana, contemplan una serie de garantías que no encuentran parangón en alguno de los demás sistemas regionales e incluso tampoco en el sistema universal. La razón es, quizá, que las normas del Sistema Idh fueron pensadas en buena medida teniendo como finalidad evitar las restricciones a la libre circulación de opiniones, ideas e información. De hecho, como se ha señalado en la Relatoría Especial para la libertad de expresión, el alto valor que se otorga a este derecho en el Sistema Idh tiene sus bases en los conceptos de autonomía y dignidad de las personas, así como en el valor instrumental de esta libertad para poder ejercer los demás derechos y su función esencial dentro de los regímenes democráticos (Comisión Idh 2010: 3-5).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias, ha reflejado esta visión al señalar a la libertad de expresión como la piedra angular en la existencia de una sociedad democrática. Para quienes han integrado este órgano jurisdiccional, esta libertad es indispensable para la formación de la opinión pública y *conditio sine qua non* para que "[L]os partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse

[1] Este apartado retoma las ideas que el autor expresó en el texto sobre "Libertad de pensamiento y expresión" publicado en el volumen V de *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, editado en el año 2016 por la Cámara de Diputados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Senado de la República, el Instituto Nacional Electoral, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam y Miguel Ángel Porrúa.

plenamente" (Corte Idh, *Opinión consultiva 5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 70). Es, finalmente, una "[C]ondición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada" (Corte Idh, *Opinión Consultiva 5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 70).

Los planteamientos de la Corte hacen evidente que la protección de este derecho es fundamental en las sociedades modernas, pues, como indica Bustos Gisbert (2005: 532) "[S]u lesión o restricción injustificada implica no sólo la limitación del derecho fundamental de uno o más ciudadanos, sino también efectos negativos en la creación y mantenimiento de una institución esencial del sistema democrático: una opinión pública libre". La libertad de pensamiento y expresión no es, en consecuencia, un derecho cualquiera, sino uno que ocupa un lugar de privilegio en los sistemas dedicados a la protección de los derechos. Esto debido a que a través de la libertad de expresión no sólo se facilita la toma de conciencia sobre los demás derechos y libertades, sino también funciona como una herramienta de particular importancia para su preservación y consolidación. Es por esta razón que el nivel de respeto de la libertad de pensamiento y expresión puede servir como un termómetro para medir la vigencia de otros derechos humanos como la libertad de conciencia y religión, el derecho a la participación, la libertad de asociación, el derecho a la educación, etcétera (Gómez Gamboa 2015: 76-77).

La libertad de pensamiento y expresión es entonces un elemento fundamental en las democracias pues hace posible que las personas piensen el mundo desde su propia perspectiva y se comuniquen con los demás para construir, por medio de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada individuo tiene derecho a adoptar, sino también el modelo de sociedad en el cual desea vivir (Comisión Idh 2010: párr. 7-8).

1. El doble carácter de la libertad de pensamiento y expresión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado de forma recurrente que la libertad de expresión tiene dos dimensiones. La primera es de carácter individual e implica que nadie puede ser menoscabado arbitrariamente o impedido de manifestar su propio pensamiento. La segunda, por su parte, es de carácter social y se relaciona con el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte Idh, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 febrero 2001: párr. 46; "*La última tentación de Cristo*" *[Olmedo Bustos y otros] vs. Chile,* 5 febrero 2001: párr. 64; *Kimel vs. Argentina*, 2 mayo 2008: párr. 53; *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 septiembre 2006: párr. 75).

La dimensión individual, según lo señalado por la Corte Idh, no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, pues comprende también, de forma inseparable, el derecho a emplear cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios (Corte Idh, *Opinión consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 31). La Corte Interamericana ha establecido también que cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos proclama que la "[L]ibertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas 'por cualquier… procedimiento', está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles" (Corte Idh, *Opinión Consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985: párr.31). De esta forma, una restricción de las posibilidades de divulgación representará directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Por lo que respecta a la dimensión social de este derecho, la Corte ha considerado que la libertad de expresión "[E]s un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos" (Corte Idh, *Opinión Consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 32); pero, además, el órgano jurisdiccional interamericano ha indicado que "[E]l 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" (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13 noviembre 1985: párr. 32). Por lo que, 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" (Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 32). Estos planteamientos de la Corte IDH evidencian que las dimensiones individual y social de la libertad de expresión son efectos naturales de la comunicación y se tornan necesarios para que ésta pueda ser efectiva en una sociedad democrática.

2. Las formas de expresión protegidas en el Sistema Interamericano

El artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la libertad de expresión comprende "[L]a 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". Es evidente entonces que este derecho se encuentra protegido en todas sus formas y manifestaciones dentro del Sistema IDH, pero, como lo ha indicado la Relatoría Especial para la libertad de expresión, tanto al interior de la Comisión IDH como en la propia Corte de San José se han desarrollado argumentos importantes sobre algunas de ellas que se encuentran protegidas por distintos instrumentos regionales (Comisión IDH 2010: párr. 21-29). Entre esas formas de expresión se encuentra: a) el derecho a escribir, es decir, a expresar oralmente, en el idioma que cada persona escoja, sus pensamientos, informaciones, ideas u opiniones (Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* 2 julio 2004: párr. 109); b) el derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente sus pensamientos, ideas, informaciones u opiniones en el idioma que cada persona elija (Corte IDH , *López Álvarez vs. Honduras* , 1 febrero 2006: párr. 164); c) el derecho a buscar, recibir y a acceder a ideas, expresiones, información y opiniones de toda índole (Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión); d) el derecho a difundir expre-

siones habladas o escritas de ideas, pensamientos, informaciones u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número de destinatarios posible (Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay,* 31 agosto 2004: párr. 78; *Palamara Iribarne vs. Chile,* 22 noviembre 2005: párr. 73); e) el derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar esa información y a distribuirla (Comisión IDH, *Caso 11.221 Tarcisio Medina Charry*, 7 abril 1998: párr. 77), y f) el derecho que tienen todas las personas al acceso a la información sobre sí misma contenida en bases de datos o registros públicos o privados, con el correlativo derecho a actualizarla, rectificarla o enmendarla (*Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*: párr. 33).

Es necesario señalar, sin embargo, que si bien todas las formas de expresión están protegidas en principio por el artículo 13 del Pacto de San José, algunos discursos reciben en el Sistema IDH una protección especial debido a la importancia que tienen para el ejercicio de los demás derechos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia (Comisión IDH 2010: párr. 32).

a. Los asuntos de interés público y los discursos políticos

La Corte Interamericana ha protegido especialmente los discursos políticos y aquellos que se refieren a asuntos de interés público ya que "[E]n los sistemas democráticos y pluralistas, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública" (Comisión IDH 2010: párr. 33). Para la Comisión Interamericana, tanto la gestión pública como los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto, pues de esta manera se contribuye al logro de un nivel más alto de participación ciudadana (Comisión IDH 2010: ss.). Por esta razón, en el debate sobre asuntos de interés público debe existir también una mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones de los ciudadanos, de manera que no sólo se protegen las expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también aquellas

que "[C]hocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población" (Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, 2 mayo 2008: párr. 88).

Lo anterior hace evidente que "[T]ratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual 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" (Corte IDH, *Palamara Iribarne vs. Chile,* 22 noviembre 2005: párr. 84). Consecuentemente, el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a las expresiones relacionadas con asuntos de interés público y, de la misma manera, las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, en virtud de la naturaleza pública de las funciones que cumplen o esperan cumplir, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica (Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* 2 julio 2004: párr. 125).

Se evidencia de esta forma que la gran importancia que tienen las discusiones relacionadas con asuntos de interés público implica una protección reforzada del derecho de acceso a la información y del derecho que tienen los directivos de medios de comunicación y los periodistas que laboran en ellos de investigar y difundir los temas que puedan ser de interés para la sociedad (Comisión IDH 2010: párr. 37-38).

b. Medios de comunicación y personas que ejercen el periodismo

La Corte IDH, al referirse a la situación que enfrentan los medios de comunicación y los periodistas en el ejercicio de su libertad de expresión, ha indicado que "[E]l procesamiento de personas, incluidos periodistas y comunicadores sociales, por el mero hecho de investigar, escribir y publicar información de interés público, viola la libertad de expresión al desestimular el debate público so-

bre asuntos de interés para la sociedad y generar un efecto de autocensura" (Comisión IDH 2010: párr. 38). En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha puesto especial atención no solamente en el derecho que las personas que trabajan en los medios de comunicación tienen para transmitir información, sino también en su deber de hacerlo a fin de satisfacer plenamente el derecho de los ciudadanos a recibirla (Corte EDH, *De Haes & Gijsels vs. Bélgica*, 24 febrero 1997). De hecho, la Corte Europea, al tratar específicamente la libertad de prensa, ha referido que las limitaciones al ejercicio de este derecho deben interpretarse de manera especialmente restrictiva para evitar que un medio de comunicación deje de cumplir su papel de *perro guardián (watchdog)* de la democracia (Corte EDH, *Thorgeir Thorgerson vs. Islandia,* 25 junio 1992 y *Bladet Tromsoo & Stensaas vs. Noruega*, 20 mayo 1999). De esta forma, como indica Rafael Bustos Gisbert (2005: 541) "[E]l interés general despertado o en el que se enmarca el mensaje transmitido será el determinante en la decisión acerca de si eventuales restricciones al derecho son aceptables en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos".

c. La protección de los discursos que expresan la dignidad e identidad de las personas

Otro tipo de discurso que goza de una protección especial dentro del Sistema IDH es aquel que refleja la dignidad o identidad personal de quien se expresa. La jurisprudencia dictada por la Corte IDH, por ejemplo, ha puesto especial atención la manera en que grupos étnicos y minoritarios usan su lengua, pues ésta es considerada como uno de los elementos de mayor importancia dentro de la identidad de una etnia pues, además de ser uno de los elementos que permiten diferenciar de la población en general a los integrantes de los pueblos indígenas, garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura (Comisión IDH 2010: párr. 53-55; Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras, 1* febrero 2006: párr. 169). Además de estas formas discursivas, reciben también un nivel especial de protección los discursos religiosos y aquellos que ex-

presan la identidad de género o la propia orientación sexual, pues expresan un elemento integral de la identidad y dignidad personales (Comisión IDH 2010: párr. 56).

3. Límites y restricciones

Por su propia naturaleza, la libertad de expresión no es absoluta y puede restringirse, especialmente cuando interfiere con el ejercicio de otros derechos. El artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece ciertos límites al ejercicio de este derecho que no solamente considera legítimos, sino también necesarios en una sociedad democrática. Pero para que esos límites sean acordes con los fines que persigue el Pacto de San José, deben presentarse algunas condiciones que se agrupan en un test de tres pasos concebido por la Corte Interamericana. Los pasos que forman parte de este test implican una revisión de las limitaciones a la libertad de expresión en la que deberá determinarse que éstas: a) han sido definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; b) se encuentran orientadas a lograr alguno de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y c) sean necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, pero también estrictamente proporcionada a la finalidad que se persigue y, finalmente, idónea para lograr el objetivo que se pretende alcanzar (Comisión IDH 2010: párr. 66-67).

a. Definición de los límites a la libertad de expresión en una ley formal y material

La primera condición para que los límites al ejercicio de la libertad de expresión se consideren en consonancia con los fines que persigue la Convención Americana, como ya se señaló, es que éstos se establezcan en una ley tanto en sentido formal como material. Este requisito brinda seguridad jurídica a las personas que ejercen su libertad de expresión, ya que los límites que ésta puede encontrar deben estar previstos en una "[N]orma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órga-

nos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Parte para la formación de las leyes" (Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-6/86,* 9 mayo 1986: párr. 38).

Esta determinación ofrecida por la Corte IDH en su *Opinión Consultiva Oc-6/86* (9 mayo 1986) evidencia que la idea de ley no podrá interpretarse como una *autorización general* para que cada vez se establezcan más restricciones a la libertad de expresión que se agregarían a los límites permitidos en la regulación particular que la rige en cada Estado. Lo que se pretende con ella, por el contrario, es establecer una condición adicional con la finalidad de que las restricciones puedan ser consideradas legítimas. Esta idea implica, consecuentemente, evitar el ejercicio arbitrario del poder, por lo cual no podría admitirse que la expresión *leyes* se interpretara como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues de esta forma se admitiría que derechos tan importantes como la libertad de expresión pueden "[S]er restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general" (Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-6/86,* 9 mayo 1986: párr. 17, 22 y 26). Por ello, las leyes que establecen algún tipo de limitación a la libertad de expresión deben serlo en sentido formal y material, además de dictarse por razones de interés general y con el propósito para el que han sido aprobadas. Asimismo, las restricciones tendrán que establecerse de forma previa, expresa, precisa y clara, ya que las "[N]ormas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión" (Comisión IDH 2010: párr. 69-71).

b. Objetivo imperioso

La siguiente condición para que una restricción al ejercicio de la libertad de expresión se considere legítima es que con ella se plantee alcanzar alguno de los objetivos imperiosos determina-

dos de forma taxativa en el Pacto de San José. Esto significa que los límites a la libertad de expresión deben tener como fin asegurar el respeto a la reputación, a los derechos de los demás o proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (Corte Idh, *Claude Reyes y otros, vs. Chile,* 19 septiembre 2006: párr. 90). Los aquí descritos son los únicos objetivos autorizados para restringir la libertad de expresión, ya que con ellos se pretende alcanzar intereses públicos que, "[P]or su importancia, prepondereren claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza" (Corte Idh, *Opinión Consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 46).

c. Necesidad de la restricción

La tercera condición para considerar legítimos los límites a la libertad de expresión es que los Estados demuestren que éstos son necesarios en una sociedad democrática, lo que implica que se orienten a la satisfacción de un interés público de carácter imperativo. La Corte Interamericana, a través de su jurisprudencia, ha señalado en este sentido que, cuando existan varias opciones para alcanzar ese objetivo, deberá escogerse aquella que restrinja en menor medida el derecho protegido. Lo anterior evidencia que no será suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno, pues para que una restricción sea compatible con los contenidos de la Convención, debe justificarse atendiendo a objetivos colectivos que no limiten más de lo estrictamente necesario la libertad de expresión (Corte Idh*, Opinión Consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985).

d. Límites a la libertad de expresión incompatibles con la Convención Americana

En la Convención Americana también contempla disposiciones de las que se desprende que ciertas limitaciones a la libertad de expresión son incompatibles con sus fines. El artículo 13.2, por ejemplo, establece de manera expresa que la libertad de expresión sólo puede sujetarse a responsabilidades ulteriores y no

a censura previa. Con esta disposición se pretende evitar que el poder público pueda, de alguna forma, impedir la circulación libre de información, ideas, opiniones o noticias. De hecho, la Corte Interamericana, al interpretar los contenidos de este artículo, ha señalado de manera clara que prácticas como la censura previa, el secuestro, la prohibición de publicaciones o cualquier otro procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control gubernamental, conlleva "[U]na violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática" (Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-5/85,* 13 noviembre 1985: párr. 54). En este sentido, la Corte IDH ha señalado que pueden considerarse ejemplos de censura previa:

> "La incautación de libros, materiales de imprenta y copias electrónicas de documentos; la prohibición judicial de publicar o divulgar un libro; la prohibición de un funcionario público de realizar comentarios críticos frente a un determinado proceso o institución; en relación con publicaciones en *internet,* la orden de incluir o retirar determinados enlaces (*links),* o la imposición de determinados contenidos; la prohibición de exhibir una película de cine, o la existencia de una disposición constitucional que establece la censura previa en la producción cinematográfica" (Comisión IDH 2010: párr.148).

La única excepción que contempla el Pacto de San José por lo que se refiere a la censura previa, es que los espectáculos públicos puedan ser sometidos a ésta, pero sólo a través de una ley y con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Más allá de este caso, no pueden censurarse de manera previa los contenidos que se comunican, pues hacerlo supondría, según se ha señalado en el Sistema IDH, una forma de supresión radical de la posibilidad de expresar el pensamiento que podría afectar "[D]rásticamente el derecho de otras personas a tomar conocimiento de las ideas de terceros" y, en tal

sentido, generaría nuevas violaciones que van más allá del emisor del mensaje (García y Gonza 2007: 33).

Sin embargo, no debe olvidarse que la libertad de expresión puede sujetarse de manera legítima a controles ulteriores si lo que se pretende es "[E]xigir a quien ejerce ese derecho la responsabilidad que corresponda en función del desbordamiento, la desviación, el exceso, el abuso —en suma, la ilicitud— en que incurra con tal motivo" (García y Gonza 2007: 36). Las causales que dan lugar a la responsabilidad ulterior no deben limitar, por su parte, el alcance pleno de la libertad de expresión más allá de lo estrictamente necesario o convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (Corte Idh, *Palamara Iribarne vs. Chile,* 22 noviembre 2005: párr. 79).

Otro aspecto que es necesario tomar en cuenta es que los límites que se imponen a la libertad de expresión no pueden discriminar o producir efectos discriminatorios, pues esto abriría la puerta a que pudieran perpetuarse los prejuicios y podría fomentar la intolerancia, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 24 del Pacto de San José.[2] La Corte Idh ha indicado en este sentido que un trato diferenciado por razón de la pertenencia de una persona a un medio de comunicación que tenga una línea editorial crítica o independiente, puede estar comprendido en la categoría prohibida de trato diferenciado por *opiniones políticas* determinada por el artículo 1.1 del Pacto de San José. Otro ejemplo que evidencia las limitaciones a la libertad de expresión que pueden ser discriminatorias, es la prohibición que se impuso en un centro de reclusión a los integrantes de un grupo étnico a fin de que no hablaran su propia lengua, Este hecho constituyó, para la Corte Interamericana, una abierta violación al artículo 13 de la Convención (Comisión Idh 2010: párr. 94-95).

[2] Este precepto señala lo siguiente: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Es importante también hacer notar que, según lo determinado por el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la libertad de expresión no puede restringirse por medios o vías indirectas 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 de ideas y opiniones. Estos supuestos, contenidos expresamente en el Pacto de San José, no son limitativos, sino simplemente se proyectan como ejemplos de las afectaciones que se pueden dar a este derecho, que aunque quizá de manera menos evidente, también obedecen al propósito de reducir o evitar la expresión del pensamiento y en todo caso producen ese resultado. Se trata, en consecuencia, de "[A]cciones u omisiones que traen consigo la inhibición del sujeto, como consecuencia de la intimidación, la obstrucción de canales de expresión o la 'siembra' de obstáculos que impiden o limitan severamente el ejercicio de aquella libertad" (García Ramírez y Gonza 2007: 42).

En la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión se señala al respecto que las presiones indirectas o interferencias sobre expresiones, opiniones o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, así como la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión (párr. 5). En dicho instrumento se indica también que la

> "[U]tilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley" (Declaración de principios sobre la libertad de expresión: párr. 13).

Además, en la Declaración se indica también que los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente, por lo cual cualquier tipo de presión directa o indirecta dirigida a silenciar su labor informativa debe considerarse incompatible con la libertad de expresión (Declaración de principios sobre la libertad de expresión: párr. 13).

4. Los discursos no protegidos por la libertad de expresión

Como ya se ha señalado, en principio todas las formas de expresión humana se encuentran protegidas en el Sistema IDH de acuerdo con lo señalado en el artículo 13 de la Convención. Sin embargo, cierto tipo de discursos se encuentran excluidos del ámbito de cobertura de la libertad de expresión en virtud de las prohibiciones contempladas en el Pacto de San José (Comisión IDH 2010: párrafo 57). Estas prohibiciones, excluyen de protección a los discursos relacionados con la propaganda a favor de la guerra, la 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. Estas formas de discurso o expresión, como señala Castilla Juárez, dado que busca que otros derechos humanos sean violados, no deben gozar de ninguna protección, pues esto no podría ser compatible con la Convención Americana ni admitido por la Organización de los Estados Americanos (Castilla Juárez 2011: 54).

III. La influencia del Sistema Interamericano en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ya se ha dicho que los parámetros que se dictan en el Sistema IDH tienen una gran influencia en los tribunales nacionales. Las determinaciones que se toman tanto en la Comisión IDH como en la Corte de San José son una guía fundamental para los operadores jurídicos al momento de tomar sus decisiones, aun cuando

los problemas que resuelven no hayan sido abordados de manera profunda a nivel supranacional. Son varios los temas en que las pautas que se dictan por parte de los jueces y comisionados interamericanos sirven como hoja de ruta para resolver casos novedosos, complejos o aquellos en los que se hace necesario un análisis de proporcionalidad.

El caso de los discursos de odio en México, por ejemplo, refleja esa influencia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomando en cuenta los estándares interamericanos sobre los discursos que incitan a la discriminación, la hostilidad, el odio o la violencia, ha señalado que este tipo de discursos se caracterizan por "[E]xpresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social" (Scjn, *Amparo Directo en Revisión 2806/2012,* 6 marzo 2013) y la problemática social que estos discursos engloban, radica en que mediante las expresiones de menosprecio e insulto que contienen, los mismos generan sentimientos sociales de hostilidad contra personas o grupos.[3]

Por tanto, a decir de la Corte, la diferencia entre las expresiones en las que se manifiesta un rechazo hacia ciertas personas o grupos y los discursos de odio, consiste en que

> "[M]ientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones

[3] Sobre este tema una referencia obligada es el libro de Spigno, Irene, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milán, Giuffrè, 2018. En esta obra, a través del método comparativo, se ofrecen datos, planteamientos y reflexiones críticas muy importantes que derivan en interesantes construcciones teóricas sobre los discursos de odio y la matriz ideológica que los caracteriza.

> de violencia en todas sus manifestaciones" (Scjn, *Amparo Directo en Revisión 2806/2012,* 6 marzo 2013).

Consecuentemente, los discursos de odio "[V]an más allá de la mera expresión de una idea o una opinión y, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas" (Scjn, *Amparo Directo en Revisión 2806/2012*, 6 marzo 2013).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha señalado, al resolver el *Amparo Directo en Revisión 4865/2018 (*30 octubre 2019), que en una sociedad democrática y multicultural es posible que la libertad de expresión cuando de discurso de odio se trata, puede ser restringida en aras de la seguridad de todos, la prohibición de discriminación y el respeto a la igualdad y dignidad de las personas. Este amparo se presentó debido a que una persona que trabajaba como jefe de facturación en una empresa acudió a la empresa en que trabajaba ostentando, en su primer día de labores, un tatuaje visible en el cuello con una cruz esvástica. Ese mismo día, personal de la empresa le llamó para comentarle que otros integrantes de la organización se habían quejado por ese tatuaje debido a que eran judíos y se sentían ofendidos, agredidos o violentados. Además, también se hizo saber a esta persona que el dueño de la empresa también era judío y tenía convicciones muy definidas sobre ese tema. Por estas razones se pidió a dicha persona que ocultara su tatuaje o que lo borrara para que pudiera permanecer en el puesto; sin embargo, la respuesta a esta solicitud fue negativa. Ante esa situación, se rescindió su contrato, previa liquidación, y quien se desempeñaba como jefe de facturación firmó la renuncia y el finiquito respectivos.

Esta persona, que aludió frente a los tribunales que había sido despedido por un acto de discriminación derivado del hecho de portar un tatuaje, pidió una indemnización por esta circunstancia y, después de pasar por diversas instancias procesales, su caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El máximo tribu-

nal del país, en consecuencia, tuvo que discernir dos aspectos fundamentales para dictar sentencia. El primero era si el símbolo de la cruz esvástica entrañaba un mensaje que podía ser discriminatorio por razones étnico-religiosas por constituir una expresión de odio, en particular, hacia la comunidad judía. El segundo punto que tuvo que resolver la Corte fue si la portación de un tatuaje visible con ese símbolo, en el contexto de un centro de trabajo donde laboran personas que se identifican a sí mismos como miembros de la comunidad judía, goza de protección constitucional para efecto de no admitir como válida la negativa del ente patronal de permitir que la persona se desempeñe en dicho centro laboral portando dicho tatuaje, o si no tiene cabida dicha protección.

Al resolver estas cuestiones, la Suprema Corte señaló que el marco constitucional, convencional y legal aplicable en México constata claramente la existencia de una tutela consolidada y unánime en la protección contra cualquier expresión de odio racial o de odio sustentado en el origen étnico o nacional o en la religión que pudiera incitar a la violencia o a la discriminación de una persona o un grupo de personas. Por tanto, refiriendo los contenidos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determinó que no sólo deben permitirse las restricciones a la libertad de expresión de carácter explícito consagradas en el artículo 13 de ese ordenamiento, sino también proceden restricciones a otros derechos humanos en virtud de lo establecido en los artículos 30 y 32.2 de la propia Convención. Consecuentemente, acepta, tomando en consideración el criterio sustentado por la Corte IDH en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (31 agosto 2017), que pueden existir restricciones válidas a la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales. De esta forma, la Corte determina que el uso de la imagen de la suástica en un tatuaje exhibido en un específico contexto de presencia de personas de origen hebreo o religión judía que están en necesaria interrelación con la persona que porta el símbolo, no se queda en la categoría de un discurso ofensivo y oprobioso ya de por sí discriminatorio y exento de protección constitucional, sino que transita al carácter de discurso de odio, porque representa

un claro referente de una doctrina política que menosprecia la dignidad humana de dichas personas por motivos raciales.

Por lo tanto, para la Suprema Corte, si un tatuaje corporal visible de una cruz suástica se exhibe en un contexto laboral de personas miembros de la comunidad judía, sí se actualiza una restricción a la protección constitucional y convencional del ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de libre desarrollo de la personalidad, que el Estado puede restringir y buscar su erradicación como imperativo tutelado en la Constitución y el derecho internacional, a través de la prohibición de discriminación. Para determinar que esta restricción es legítima este órgano jurisdiccional realiza un análisis de razonabilidad en los términos establecidos en el Sistema Idh y, así, refuerza la idea de que la prohibición de los discursos de odio tiene como finalidad proteger a la democracia como elemento fundamental en los Estados. De hecho, la Corte ha señalado en varias ocasiones que el vínculo entre ésta y la libertad de pensamiento y expresión es tan fuerte que, si la última no es respetada, el ejercicio de diversos derechos puede verse condicionado. No debe olvidarse que la libertad de pensamiento y expresión, además de tutelar un bien jurídico individual de carácter fundamental en los Estados democráticos, constituye un presupuesto esencial para poner frenos a la actuación arbitraria de quienes gobiernan y, con ello, asegurar las condiciones propias de una sociedad libre.

Ideas como ésta, repetidas de manera continua en el Sistema Idh, han ejercido un influjo importante en los órganos jurisdiccionales al tratar temas con los que no se habían enfrentado. En el momento de resolver el *Amparo Directo en Revisión 1434/2013* (Scjn, 22 octubre 2014),[4] la Suprema Corte, al determinar si el derecho a la

[4] Los hechos que dieron origen a este amparo están relacionados con la sanción que impuso la Procuraduría Federal del Consumidor a una empresa productora de puré de tomate, pues publicó en su página *Web* los resultados de un estudio contenido en la *Revista del Consumidor* aun cuando el artículo 44 de la Ley Federal de Protección al Consumidor señala que los resultados de las investigaciones, encuestas y monitoreos publicados por la Procuraduría no pueden ser utilizados

libre expresión comprende el discurso comercial, lo que primero que hace es referir que, en el Sistema IDH , existe la "[P]resunción de que todas las formas de expresión, independientemente de su contenido, se encuentran protegidas por el artículo 13 de la Convención" (SCJN, *Amparo Directo en Revisión 1434/2013,* 22 octubre 2014). De hecho, el máximo tribunal del país, desde que resolvió el *Amparo Directo 16/2012* (SCJN, 11 julio 2012) señaló de manera expresa que, en la línea de la Corte Interamericana, existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo, que se explica por la necesidad de garantizar que no haya personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público. Es con estos argumentos que la Corte señala que, por mandato constitucional, deben entenderse protegidas todas las formas de expresión; sin embargo, esto no es óbice para que, al realizar su análisis, los integrantes de este órgano jurisdiccional señalen que la publicidad goza de una protección atenuada.

Atendiendo a las finalidades que se persiguen en las sociedades democráticas a través de la defensa de la libertad de expresión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, considerando los estándares establecidos por la Corte Interamericana, que la existencia de la presunción señalada y el carácter de protección reforzada que merece esta libertad, no impide considerar que las expresiones pueden merecer un nivel distinto de protección, pues la libertad de expresión se relaciona con diferentes valores que no pueden ser reducidos a un solo principio y el discurso comercial no maximiza dichos valores de la manera que lo hacen otras formas de comunicación.

Bajo esta perspectiva, la Corte señala que, dado que resultan más peligrosas las restricciones a la expresión del discurso político que las expresiones comerciales, el estudio de constitucionalidad para determinar si una restricción a estas últimas puede vulnerar

por las empresas o proveedores con fines publicitarios o comerciales. Ante esta situación, la empresa acudió a los tribunales argumentando que dicha disposición violaba su libertad de expresión.

la libertad de expresión puede justificadamente ser más laxo o atenuado. En consecuencia, al abordar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor que restringían cierto tipo de discurso comercial, los ministros decidieron que lo pertinente no era hacer un test de escrutinio estricto, sino un test de constitucionalidad intermedio, pues en el análisis de las restricciones al discurso comercial no es necesario que el fin que se persigue con la restricción sea constitucionalmente imperioso, que exista una fuerte relación medio a fin, y que sea la única opción para alcanzar dicho fin, sino que basta que la intervención sirva a un importante objetivo del Estado, que exista una relación substancial o relevante entre el medio y el fin, y sea una opción razonable y no excesiva, en comparación con otras alternativas igualmente idóneas.

La Corte entonces, tomando en cuenta el tipo de discurso, los sujetos involucrados y el contexto en el que se presentó el caso que se sometió a su consideración, evidencia que el análisis de constitucionalidad puede tener un carácter diferenciado incluso tratándose del mismo derecho. Las referencias que la Suprema Corte hace a la jurisprudencia interamericana al plantear su análisis en estos casos dan muestra de que, aun cuando los temas que abordan los tribunales constitucionales no hayan sido tratados de manera directa por la Corte de San José, las pautas dictadas por ese órgano jurisdiccional juegan un papel fundamental en la construcción de estándares a nivel nacional que, al ser adoptados en diversos Estados del continente, forman un patrimonio constitucional que a su vez nutre al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

IV. Retos y perspectivas

El recorrido hecho hasta aquí demuestra que, en el Sistema Idh, los órganos de garantía han adoptado varios criterios que, después de varios años, siguen, en buena medida, vigentes. Dichos criterios

han nutrido a los sistemas nacionales que, a su vez, por medio de reinterpretaciones surgidas de casos concretos, han ofrecido nuevas perspectivas en la conformación de principios comunes en el ámbito interamericano. De esta forma los sistemas nacionales y el sistema regional se nutren de manera recíproca, no sólo a través de planteamientos relacionados con el fondo de casos que se han vuelto paradigmáticos, sino incluso en algunas decisiones en las cuales la libertad de pensamiento y expresión ha sido tratada a través de *obiter dicta*, en relación con el uso de la lengua, la libertad de opinión, los procesos electorales, etcétera (Bertoni 2019: 429-430).

Quedan, sin embargo, algunos temas a los que no se han enfrentado los órganos regionales y que generalmente generan tensiones con el derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica. Entre estos temas pueden mencionarse, como lo señalan Bertoni, Salazar y Zelada, el uso arbitrario y discriminatorio de la publicidad oficial; la distribución arbitraria de frecuencias radioeléctricas para instalar estaciones de radio o televisión; la concentración de la propiedad de los medios de comunicación; la publicidad de encuestas en tiempos de campaña electoral; los discursos de odio e incitación a la violencia y las particularidades de la aplicación del artículo 13 de la Convención ADH a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet (Bertoni 2019: ss.). Sin embargo, como ya se ha visto, en ocasiones los principios generales dictados en el ámbito interamericano sirven como pautas en los sistemas nacionales para resolver este tipo de cuestiones y, con ello, se genera una espiral que contribuye a nutrir el sistema regional una vez que éste ha influido en los órganos jurisdiccionales de cada país para mejorar la protección de los derechos. El reto es, por tanto, que cuando se pongan sobre la mesa, estos temas se traten aplicando en su justa dimensión los principios que rigen en materia de derechos humanos y se desarrollen estándares que hagan posible el efectivo cumplimiento de las disposiciones que forman parte del Sistema IDH.

No se trata solamente de reiterar los criterios existentes, sino de desarrollar nueva jurisprudencia sobre las cuestiones que afectan el pleno ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el hemisferio (Bertoni 2019: ss.). Por tanto, es indispensable el compromiso de todos los actores que participan en el sistema con la defensa de los derechos humanos, pues no debe olvidarse que, mediante interpretaciones reduccionistas o restrictivas se pueden poner en peligro los avances que se han dado a través de los mecanismos de exigibilidad que existen en el ámbito interamericano. De ahí la necesidad de "[F]omentar una doctrina y una jurisprudencia emancipadora en el campo de los derechos humanos, inspirada en la prevalencia de la dignidad humana y la aparición de un nuevo derecho público marcado por la condición de un Estado abierto en un sistema jurídico multinivel" (Piovesan 2014: 78).

Bibliografía

Bertoni, Eduardo (2019): "Artículo 13: Libertad de pensamiento y expresión", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario Segunda Edición*, Steiner Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), Konrad Adenauer Stiftung-Corte Constitucional de la República de Colombia, Bogotá.

Bogdandy, Armin von (2014): "*Ius constitutionale commune latinamericanum.* Una aclaración conceptual", en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos,* Fix Fierro, Héctor; Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Unam, México.

Bustos Gisbert, Rafael (2005): "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática", en *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Canivet, Guy (2009): "La pratica del diritto comparato nelle corti supreme", en *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Markesinis, Basil y Fedtke, Jörg (coords.), Il Mulino, Bolonia.

Castilla Juárez, Karlos A. (2011): *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

Comisión IDH (2010): *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,* Organización de Estados Americanos, Washington, D.C.

García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra (2007): *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Corte Interamericana de Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos, Distrito Federal, México.

Gómez Gamboa, David (2015): *Hacia la construcción del* ius constitutionale commune *en América Latina en materia de libertad de expresión e información*, UNAM-IIJ, México.

Piovesan, Flávia (2014): "*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos", en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos,* Fix Fierro, Héctor; Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), UNAM, México.

Rolla, Giancarlo (2002): *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM-IIJ, México.

Spigno, Irene (2018): *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milán.

El derecho al voto en prisión desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

The european court of human rights and the right to vote in prison.

Wendy M. Jarquín Orozco
Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Orcid: 0000-0002-1531-2678

Fecha de recepción: 22 junio 2020
Fecha de aceptación: 2 agosto 2020

"Si ha de privarse a un individuo de algún derecho, ello ha de apuntar a una aspiración legítima". (Hirst vs. Reino Unido, párrafo 16).

Resumen: En febrero de 2019, el Tepjf emitió la sentencia en la que se reconoce el derecho a votar en prisión preventiva bajo el amparo del principio de presunción de inocencia. La decisión se inserta dentro de una línea jurisprudencial inclusiva en cumplimiento de la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad y progresividad, quedando pendiente un avance hacia el reconocimiento del voto pasivo de dichas personas o del activo de las condenadas. En ese sentido, este artículo incide en la necesidad de que, con este enfoque inclusivo, nos cuestionemos sobre la razonabilidad de continuar restringiendo el voto en prisión. Para esto se analizan dos sentencias emitidas por el Tribunal Edh (*Hirst vs. Reino Unido y Scoppola contra Italia*).

Abstract: At february 2019, the Tepjf issued a ruling recognizing the right to vote to people in custody pending trial, under the protection of the principle of presumption of innocence. The decision is inserted within an inclusive jurisprudential line in compliance with the obliga-

tion to promote, respect and guarantee human rights in accordance with the principles of universality and progressiveness, nowadays we are looking forward it is a need to their recognition of passive suffrage, and the right to vote of convicted people. In this sense, this article approaches the need, in this inclusive focusing, to question the reasonableness of continuing to restrict voting in prison. For this, two judgments issued by the Echr (*Hirst v. United Kingdom and Scoppola v. Italy)* are analyzed.

Palabras clave: *voto en prisión, sufragio universal, inclusión, razonabilidad de la restricción, proporcionalidad de la restricción.*

Keywords: *Right to vote in prison, universal suffrage, inclusion, reasonable restriction, proportionality.*

Sumario: I. Introducción. II. Reseña histórica del reconocimiento del derecho al voto en el Consejo de Europa. III ¿Es posible justificar la incapacidad electoral por motivo de prisión? IV. Pronunciamientos del Tribunal Edh. 1. Caso *Hirts vs. Reino Unido*, sentencia de 6 de octubre de 2005. 2. Caso *Scoppola vs. Italia*, sentencia de 22 de mayo de 2012. V. *Excursus*: la sentencia Sup–Jdc–352/2018 del Tepjf. 1. Caso controvertido. 2. ¿Cuáles eran los precedentes del Tepjf en relación al voto en prisión? 3. Decisión y efectos de la sentencia VI. Conclusiones.

I. Introducción

El tema que vamos a abordar es de gran actualidad en México en vista de que en febrero de 2019 la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Tepjf) dictó la sentencia en el expediente *Sup–Jdc–352/2018 y acumulado* (20 febrero 2019), en la que tuteló el derecho al voto activo de las personas en prisión preventiva. La decisión partió de una interpretación evolutiva e integradora del artículo 38, fracción II de la Constitución[1] con el principio que consagra la presunción de inocencia

[1] Artículo 38 Constitución mexicana: "Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: […] II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión".

mientras no se declare la culpabilidad por sentencia emitida por el juez de la causa.[2]

Como podemos observar, el caso alcanza únicamente a una parte de la población privada de libertad, no obstante, se ha de destacar su relevancia para el avance de una justicia electoral inclusiva y vanguardista en materia de la integración político–social de los grupos vulnerables.

En el derecho comparado, se ha debatido sobre esta idea de inclusión, así encontramos que algunos países no tienen restricciones en cuanto al ejercicio del voto no solo activo, sino también pasivo de las personas en prisión preventiva, y en muchos casos también se permite el sufragio activo de las personas sujetas a una sentencia condenatoria. Tal sería el caso de España, donde este derecho se ejerce a través del denominado voto por correo.

Las restricciones que se introducen en el derecho al voto son restricciones al *principio de sufragio universal* y sobre esto precisamente se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) en los asuntos que se exponen en esta investigación. Se trata de un par de sentencias emblemáticas que han abordado la cuestión del voto en prisión.

La primera sentencia que abordó directamente el problema de la prohibición general del voto de los sentenciados fue *Hirst vs. Reino Unido* (2005), que marcó el estándar europeo para la interpretación del artículo 3 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo (Coe-

[2] Artículo 20, apartado B, fracción I Constitución mexicana: De los derechos de toda persona imputada: B. I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Y a nivel convencional: artículo 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 14.2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH).

llo Garcés 2017: 84), y posteriormente el criterio fue concretado en la sentencia *Scoppola vs. Italia* (2012).

Los puntos torales de estos pronunciamientos fueron: por un lado, el reconocimiento de que las restricciones al derecho al voto son excepciones del principio de sufragio universal; y, por el otro, que el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los Estados parte para introducir esas restricciones está sujeto a límites que encuentran sus fronteras en el fin legítimo que se persiga y en su proporcionalidad.

Reconoce entonces el Tribunal Europeo la posibilidad de introducir la prohibición del voto —en estos casos solo se pronuncia del activo—, pero entiendo que hizo falta un estudio que abordase la cuestión desde la perspectiva de la razonabilidad de dichas causas de incapacidad electoral, en el sentido de poder encontrar argumentos que justifiquen hoy día estas restricciones.

Los Estados democráticos deben priorizar todas las medidas que permitan eliminar las barreras que tradicionalmente han impedido la vinculación político–social de las personas en prisión, desde una perspectiva de integración y de respeto por su dignidad como seres humanos. Pues el reconocimiento de su ciudadanía es, sin lugar a duda, la condición esencial para facilitar su retorno a la comunidad.

II. Reseña histórica del reconocimiento del derecho al voto en el Consejo de Europa

Antes de entrar en el fondo de las sentencias del Tribunal Edh considero conveniente hacer un breve repaso histórico respecto al reconocimiento del derecho al voto a nivel del Consejo de Europa. Así encontramos que el Convenio Europeo para la protecciónde los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio Edh) de 1950 no recogió el derecho al voto que protege

la participación democrática de los miembros de una comunidad política en la formación de la voluntad del Estado (Pérez Alberdi 2013: 339).

Sorprende tal exclusión siendo la democracia un punto neurálgico de la protección y desarrollo de los derechos y del mantenimiento de la justicia y de la paz[3], no obstante, se argumentó que la misma se debía a la resistencia de sustituir la verdadera vocación del Convenio EDH por la labor de definir las estructuras políticas que debían tener los Estados firmantes. Es decir, que se quería evitar la interpretación de que el Convenio EDH pretendía imponer un determinado sistema de representación parlamentaria.

Así se tuvo que esperar hasta la adopción del Protocolo I de 1952[4] para que se incorporara la obligación de los Estados de organizar elecciones libres, debiendo decir que en dicho instrumento también se incorporó el derecho de propiedad y educación.

Es decir, que en su versión original solo se incorporó *una especie de garantía institucional de las elecciones libres, mas no un derecho subjetivo a las mismas*. Así se deriva de la simple interpretación literal del precepto cuyo contenido es: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo" (artículo 3 del Protocolo adicional al Convenio EDH). Como podemos observar se excluyó el uso de la palabra derecho que sí se estableció para el reconocimiento de la propiedad y de la educación.

Lo que se contenía en un primer momento era una obligación o compromiso por parte de los Estados y esta fue la lectura que en un inicio dio la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos. Esto dio pie a la inadmisión de gran parte de los recursos

[3] Así se establece en el preámbulo del Convenio EDH.

[4] Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. París, 20 de marzo de 1952.

que se interponían alegando la vulneración del artículo 3 del Protocolo Adicional y a la posibilidad de excluir de la elección a ciertas categorías de ciudadanos, entre ellos, los condenados a penas privativas de libertad (Pérez Alberdi 2013: 342).

Ahora bien, el paso hacia el reconocimiento del *derecho a elecciones libres* se fue dando a golpe de las decisiones de la Comisión, que fue evolucionando hasta definir al *sufragio como universal*, lo que dio pie para considerar que el compromiso de los Estados de celebrar elecciones libres implica el reconocimiento de la universalidad del sufragio, abriendo, de esta forma, las puertas para estudiar si se había cumplido con la obligación estatal en las demandas individuales en las que se alegaba la privación de aquel (Pérez Alberdi 2013: 342). Esto es, se abrieron las puertas para analizar la legitimidad de las causas de *incapacidad electoral*.

En este sentido, debemos reconocer que el sufragio universal no se agota en la celebración de elecciones periódicas, sino que el voto representa el medio por el cual la voluntad de los individuos se transforma en la voluntad del Estado, lo que permite realizar los valores democáticos de la igualdad, libertad y de pluralismo político (Presno Linera 2012: 119).

Fue en la decisión del caso *W, X, Y y Z vs. Bélgica*, de 30 de mayo de 1975 —este asunto versaba sobre el establecimiento de la edad mínima para ser candidato al Senado— cuando la Comisión Edh admitió la dimensión subjetiva del artículo 3 del Protocolo Adicional, es decir, reconoció que el texto recoge un derecho individual que garantiza: el derecho de voto activo y el derecho a presentarse como candidato (Ruíz Robledo 2018: 282).

El Tribunal Edh hizo suyo los argumentos de la Comisión una década después, en el asunto *Mathieu–Mohin y Clerfayt vs. Bélgica* –sentencia de 2 de marzo de 1987–. En esta resolución, el Tribunal concluyó que, conforme a una interpretación sistemática del artículo 3 del Protocolo Adicional en relación al contenido del Convenio Edh, el primero reconoce el derecho al voto, el de-

recho a presentarse como candidato en las elecciones al órgano legislativo y el derecho a ejercer el cargo para el que ha sido electo (Tribunal EDH, *Mathieu–Mohin y Clerfayt vs. Bélgica*, 2 marzo 1987: párrs. 50 y 51).

Asimismo, expresó que los derechos de participación política no son absolutos y que pueden ser sometidos a mayores restricciones que los otros derechos del Convenio EDH. Esto, en razón del reconocimiento de un amplio margen de apreciación a los Estados miembros (Pérez Alberdi 2013: 344).

Sin embargo, consideró que estas restricciones no pueden ser arbitrarias ni afectar el contenido mínimo que, en el caso del derecho a *elecciones libres*, se traduce en el respeto de la libre expresión del pueblo en la elección del órgano legislativo, lo que implica asegurar la integridad electoral a fin de determinar la voluntad del pueblo.

Finalmente, esta interpretación fue respaldada por el Protocolo núm. 11 al Convenio EDH [5] que recogió el término de *derecho de elecciones libres* para el artículo 3 del Protocolo 1.

III. ¿Es posible justificar la incapacidad electoral por motivo de prisión?

El Tribunal EDH habiendo reconocido la posibilidad de someter a restricciones el ejercicio de los derechos de participación política, es necesario cuestionar la razonabilidad de dicha privación desde la perspectiva de los ideales democráticos[6], y si, en los Estados que la implementan, la misma debe operar de manera automática

[5] Protocolo núm. 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio. Firmado en Estrasburgo, el 11 de mayo de 1994.

[6] Cuando hablo de razonabilidad me refiero a que reconociendo que los derechos tienen un contenido y límite, es necesario justificar esas restricciones, esto es,

—en todos los casos— o si se debe establecer un parámetro de diferenciación. Para lo cual es preciso dilucidar si dicho parámetro debe basarse en la gravedad del delito —que podría interpretarse como el criterio utilizado por el Tribunal EDH— o en la naturaleza del mismo.

Coello Garcés haciendo alusión a la dogmática contractualista como fundamento clásico de la privación de los derechos de las personas en prisión, manifiesta que la causa de la pena ha encontrado asidero en la ruptura del contrato social, lo que acarrea la pérdida de la libertad y la suspensión de los derechos (2017: 87). Esto se traduce en la imposición de la muerte civil como consecuencia irrefutable del acto consciente y deliberado de haber cometido un delito.[7]

En este sentido, Rousseau expuso que: "todo malhechor, al atacar el derecho social, hácese por sus delitos rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar las leyes, y hasta le hace la guerra […]. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado" (1975: 74).

La lógica entonces consiste en que a la ruptura del pacto social le corresponde la enajenación del delincuente, su marginación y escarnio público, lo que es completamente contrario a la función de la prisión y a los propios principios sobre los que asienta el Estado democrático de derecho.[8]

es necesario revisar si las razones que hay detrás de dichas decisiones se ajustan o no a la razón.

[7] En el caso *Hirst vs. Reino Unido*, el gobierno argumentó que los presos sentenciados han violado el contrato social, las reglas básicas de la sociedad, y ello podría ser observado como la pérdida –temporal– del derecho de tomar parte en las decisiones del gobierno y en las que les afectan directamente (Tribunal EDH, *Hirst vs. Reino Unido*, 6 octubre 2005: párr. 50).

[8] En este sentido, el artículo 10, párrafo 3 PIDCP establece que la finalidad de la prisión es la "reforma y la readaptación social"; en el mismo tenor el artículo 5, párrafo 6 Convención ADH preceptúa que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad "es la reforma y la readaptación social de los condenados".

En relación a la finalidad de la pena, y en específico de la enajenación del derecho al voto como medida retributiva o de castigo, se ha argumentado que la misma promueve la responsabilidad cívica y el respeto por la ley, que este es un método de control de la criminalidad, que se debe proteger *la pureza de las urnas* y evitar el voto subversivo o rebelde, o que el hecho de permitir que los presos voten es costoso y poco práctico (Dhami 2009: 126). Es entonces cuando debemos cuestionarnos sobre la razonabilidad de estos objetivos que han sido consagrados en algunas legislaciones nacionales.[9]

Respecto al fortalecimiento del imperio de la ley, Mandeep Dhami expone que la privación del voto como parte de la restricción de la libertad socaba el respeto a la ley como consecuencia directa de que se excluya en la elaboración de las mismas a este segmento de la población; asimismo sostiene que no existen pruebas que demuestren que esta incapacitación alcance un efecto disuasorio o preventivo de la comisión de futuros delitos, en la medida en la que "las personas rara vez son conscientes de esta consecuencia [privación del voto], y es poco probable que encuentren en ello un factor de disuasión suficiente (sobre todo cuando no son disuadidos con largas penas de cárcel)". Expone que se ha demostrado que los países en los que se imponen incapacitaciones civiles como penas accesorias a una condena, no necesariamente tienen un menor índice de criminalidad (Dhami 2009: 126–127).

Coincido en que es bastante cuestionable sostener el argumento de que la marginación político–social, como parte del castigo, pue-

[9] El voto de las personas en prisión no ha tenido un desarrollo homogéneo en los distintos sistemas normativos, sino que existe un amplio abanico en donde cada Estado determina si lo concede o no. Entre los países que prohíben el voto en prisión tenemos: Australia en donde se prohíbe a las personas condenadas a penas de prisión de 5 años o más; Nueva Zelanda, Bulgaria, Estonia, Hungria, Eslovaquia, Armenia, Reino Unido, no lo permite a las personas sentenciadas. Incluso hay países en los que se prohíbe votar a las personas después de cumplida la condena, ejemplo algunos estados de los Estados Unidos de América, entre ellos, Florida y Kentucky.

da tener una conexión racional con el fortalecimiento del imperio de la ley, tomando en cuenta que su legitimidad deviene precisamente de su formulación popular —que se cimienta en el mismo derecho al voto— y de la posibilidad que puedan tener todos los segmentos de la sociedad de decidir en la formación del orden jurídico y en la definición de las políticas estatales.[10] Quizá suceda todo lo contrario, y esta política de distanciamiento social lo que cause sea una erosión a la legimitidad del Parlamento y al respeto del imperio de la ley.

Y más allá aún, se debe destacar la falta de conexión racional entre la privación del voto con el alcance de la finalidad de la pena privativa de libertad, que no es otra que la rehabilitación o reinserción social. Lo que implica el reconocimiento y respeto de la dignidad y derechos que las personas en prisión poseen en su calidad de seres humanos, y la integración como un hecho y no como una remota esperanza, para lo que resulta imprescindible que aquellas se vean comprometidas con los valores sociales elementales para alcanzar la convivencia en democracia.

Esta asunción de valores debe hacerse a través del ejercicio del derecho que por antonomasia sirve de vehículo de vinculación con los intereses de la sociedad en la que nos integramos. Las elecciones, por un lado, enfatizan que todos somos parte de la misma comunidad y que nos interesa mantener vínculos y trabajar por el bien común y, por el otro, permiten que nos identifiquemos como ciudadanos útiles, responsables y confiables. Despojar a las personas en prisión de esta posibilidad podría derivar en que se asuman en una posición de ciudadanos de segundo nivel y que no tengan ningún interés en eliminar la distancia social con la comunidad (Dhami 2009: 131).

Como vemos, en nada contribuye con el objetivo rehabilitador el hecho de alienar a este segmento de la población de sus

[10] En este caso se niega la posibilidad de poder combatir las políticas penales que les afectan.

compromisos sociales y de los intereses del bien común, basándonos en criterios legitimadores subjetivos como la pérdida de la confianza y del interés social o en criterios retributivos que sigan manteniendo con vida la concepción del Estado–vengador.

Por el contrario, necesitamos fortalecer la autoestima de las personas sujetas a prisión, sus vínculos y sentido de pertenencia con la comunidad y su compromiso con los valores democráticos, en otras palabras, es imprescindible trabajar por la inclusión de todos los sectores sociales.

Dicho lo anterior, considero importante destacar que las políticas criminales que limitan los derechos políticos de una parte de la población chocan frontalmente con los principios democráticos, entre ellos, la igualdad y la justicia al afectar en la mayoría de los casos a grupos minoritarios o en situaciones de desventaja —el caso de los indígenas en Australia o en Canadá—, y al ser considerada como un castigo injusto y desproporcionado en la mayor parte de los casos, por su aplicación general y prolongada que incluso puede trascender al cumplimiento de la condena (Dhami 2009: 130).

En este sentido encontramos la decisión adoptada por la Suprema Corte de Canadá en el caso *Sauvé vs. Canadá.* En esta decisión se derogó el artículo 51 de la Ley de Elecciones de Canadá de 1985, que prohibía el voto en prisión a las personas que cumplían una pena privativa de libertad de 2 o más años.

La Suprema Corte encontró que dicha legislación era contraria a los artículos 1 y 3 de la Carta de Derechos y Libertades que reconocen lo siguiente:

> "Artículo 1: La Carta canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma, con sujeción únicamente a restricciones razonables prescritas por la ley y que se puedan justificar plenamente en una sociedad libre y democrática.

> Artículo 3: Todo ciudadano de Canadá tiene derecho a votar en las elecciones legislativas federal y provinciales" (Carta Canadiense de los Derechos y Libertades)[11].

Importa destacar que el Alto Tribunal decidió que los límites de los derechos no solo requieren estar regulados en la ley y cumplir con el principio de legitimidad, sino que además deben resistir un examen de proporcionalidad o una conexión racional entre la restricción del derecho y los objetivos perseguidos.

Así, con relación al objetivo de promover la responsabilidad cívica y el respeto por el Derecho, encontró que negar el derecho al voto en prisión produce más bien un detrimento por el respeto a la ley, en la medida en la que su legitimidad deriva directamente del derecho a votar. Negar el voto es perder un importante medio para inculcar los valores democráticos y la responsabilidad social a esta parte de la población; además de atentar contra los principios democráticos de inclusión, igualdad y de participación, y contra la dignidad de las personas.

Con relación al objetivo de imponer un castigo apropiado, señaló que el Gobierno canadiense no ofreció una argumentación razonable de por qué debía permitirse esta enajenación como una forma legítima de castigo.

Finalmentte, alegó que ni los registros ni el sentido común apoyan el argumento de que la privación del voto en prisión desincentiva el crimen o, por su parte, rehabilita a las personas privadas de libertad (Coello Garcés 2017: 29–31).

Esto es, que no se encontró una aspiración legítima en los objetivos perseguidos por la restricción.

Poco más podría decirse sobre la difícil tarea de encontrar razones sólidas que justifiquen la restricción del voto en prisión o, por su parte que justifiquen la idoneidad, adecuación o propor-

[11] Traducción de la autora.

cionalidad de la medida. Sin embargo, muchos Estados siguen perpetuando dicha restricción, ya sea de manera genérica e indiscriminada —lo que ha sido catalogado como arbitrario y desproporcionado por el Tribunal EDH— o en atención a la duración de la condena o al tipo de delito cometido[12]. Incluso en algunos Estados se prolonga la prohibición más allá del fin del periodo en prisión.

En alguno de estos países el criterio que permite seguir manteniendo una medida decimonónica, como la privación de los derechos de participación política, se basa en la gravedad del delito cometido o en su naturaleza

Este último parece haber sido el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el asunto *Argüelles y otros vs. Argentina* (sentencia de 20 de noviembre de 2014). En este caso, los demandantes —miembros de las Fuerzas Aéreas— habían sido condenados a pena de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por la comisión del delito de asociación ilícita, con los agravantes de defraudación militar y falsificación.[13]

Con relación a la vulneración de los derechos políticos derivada de la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua,[14] la Corte decidió que la misma era conforme al artículo 23 Convención ADH entre otras, por las siguientes razones:

[12] En la sentencia *Hirst vs. Reino Unido* —sentencia de la Gran Sala—, se reconoció que en ese momento 18 países miembros del Consejo de Europa permitían el voto en prisión; en 13 países se prohibía el voto —incluyendo a Reino Unido—; en 12 países se podía limitar el derecho al voto dependiendo del delito cometido o de la duración de la condena.

[13] En la demanda se alegaba la vulneración de los derechos de libertad personal y a la presunción de inocencia, derechos de las garantías judiciales, el principio de legalidad y de los derechos políticos.

[14] La pena de inhabilitación absoluta perpetua incluye una privación de derechos de naturaleza laboral —privación de empleo y cargos públicos—, electoral —privación del derecho a votar y ser votado— y previsional —suspensión del goce de jubilación o retiro— (Corte IDH, *Argüelles y Otros vs. Argentina*, 20 de noviembre de 2014: párr. 229).

1) Se ajusta al principio de legalidad por estar prevista en la legislación nacional.[15] La revisión de este requisito llevó a analizar si, conforme a las condiciones y circunstancias que autorizan la restricción a un derecho humano, esto se encontraba establecido claramente en la ley y si la norma que disponía la restricción lo hacía en sentido formal y material.

2) La finalidad de la medida restrictiva alcanza el supuesto de "condena, por juez competente, en proceso penal", del artículo 23 párrafo 2 Convención ADH.

3) Con relación a la necesidad social imperiosa y a la proporcionalidad, entendió que la medida fue aplicada ante la comisión de delitos económicos perpetrados en contra de las Fuerzas Aéreas y del erario, ajustándose al plazo de 10 años que determina la ley.

La justificación de la restricción entonces parece estribar en la naturaleza del delito que se castiga: *delitos económicos en contra del Estado*, con el objetivo de resguardar un determinado bien jurídico que en este caso es "el interés público al restringir la participación electoral de los condenados por determinado período" (Corte IDH, *Argüelles y Otros*: párr. 230).

La misma postura adoptó el Juez Costa quien en su voto disidente a la sentencia adoptada en *Hirst vs. Reino Unido* entendió que, si bien no se podría cuestionar la legitimidad de la finalidad de la limitación del derecho al voto de las y los prisioneros, sí podían exteriorizarse dudas acerca de su racionalidad. De este modo, expresó que, si bien era perfectamente concebible que una persona que hubiera sido sentenciada por la comisión de un delito electoral fuese privada durante algún tiempo de sus derechos políticos, por existir una conexión lógica y natural entre el acto impugnado y el fin de la pena, no podía sostenerse lo mismo para cualquier tipo de delito sujeto a una sentencia de prisión.

[15] Estaba prevista en el artículo 19 y 20–ter del Código Penal argentino.

Concuerdo con dicha postura al entender que quizá los delitos electorales sean el único supuesto en que pueda encontrarse una proporcionalidad para introducir la prohibición, al tratarse de conductas que por su misma naturaleza socaban los cimientos propios de la democracia. En este caso sí existiría una relación entre la suspensión de los derechos políticos con el delito por el que se impuso la condena, conexión que no se justifica en el resto de casos.

IV. Pronunciamientos del Tribunal Edh

1. Caso Hirst vs. Reino Unido*, sentencia de 6 de octubre de 2005*

Este fue el primer caso en el que el Tribunal Europeo tuvo ocasión de abordar directamente el derecho del voto de las personas en prisión, fijando el criterio de interpretación del artículo 3 del Protocolo Adicional.

El demandante Sr. Hirst fue condenado a cadena perpetua por asesinato. Estando en prisión demandó ante la Corte Superior de Reino Unido el derecho al voto de los prisioneros para las elecciones de 2001, argumentando que la sección 3 de la Ley de Representación Popular de 1983 —que le impedía votar en las elecciones parlamentarias o locales— era incompatible con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

La sección 3 de la Ley de Representación Popular establece que: "La persona sentenciada por el tiempo que permanezca recluida en prisión para compurgar su sentencia […] se encuentra legalmente impedida para votar en cualquier elección parlamentaria o local".[16]

[16] Este precepto recogía sin mayor debate el contenido de la anterior Legislación de Representación Popular de 1969 y de la Ley de Decomiso de 1870, lo que refleja la asunción de políticas tradicionales que consideran que las personas en prisión deben ser sometidas a una muerte cívica. La Ley de Representación Popular fue reformada en el año 2000 y permitió el voto activo de las personas

La demanda del Sr. Hirst fue desestimada a nivel nacional, por lo que el caso llegó al Tribunal EDH. En la revisión del caso, la Sala —de la cuarta sección— del Tribunal determinó que la supresión del derecho al voto impuesta a los prisioneros era desproporcionada al privar de este derecho a un gran número de personas, de forma automática y con independencia de la duración de la sentencia o de la gravedad del delito.

Además, los resultados eran anómalos, pues dependían de los tiempos electorales, haciendo que algunos presos sí sufrieran la privación del derecho al sufragio y otros no. Esto es, que la restricción operaba únicamente si el período en prisión coincidía con un proceso electoral.

Finalmente, destacó que la inhabilitación para votar debe considerarse, en todo caso, como una parte de la condena, por lo que, en las circunstancias del demandante, quien ya había completado la parte de su condena vinculada al castigo y la disuasión, la prohibición no tenía justificación lógica.

En esta sentencia se lanzó la duda de si son justificables en los tiempos modernos las restricciones para los presos en cuanto al voto, asimismo, se cuestionó sobre quién debe decidir sobre esta restricción: si el legislador o los tribunales.

Sobre la primera cuestión ya se ha expresado que hoy día resulta una labor complicada justificar estas políticas restrictivas que chocan con los ideales democráticos y con el estado actual de los derechos humanos, no obstante, muchos Estados siguen manteniendo la prohibición por lo que se deberá estar a los criterios que salven alguna razonabilidad y proporcionalidad. Con relación a la segunda interrogante, ya la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho al adoptar el "Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral" se ha pronunciado sobre la pertinencia de que la suspensión

en prisión preventiva y con enfermedades mentales (Tribunal EDH, *Hirst:* párrafos 22–24).

de los derechos políticos se lleve a cabo a través de una decisión judicial que examine las situaciones particulares de cada asunto.[17]

La Sala determinó que no existía evidencia de que el legislador de Reino Unido hubiera realizado una ponderación de los intereses en conflicto que serían, por un lado, el derecho subjetivo del condenado a participar en los asuntos públicos de su comunidad y, por el otro, los intereses que asisten al Estado que podrían ser la prevención del delito, el respeto por el imperio de la ley o el fortalecimiento de la responsabilidad cívica.

Es decir, que la Sala entendió que no existían indicios de que se hubiera evaluado la proporcionalidad de la restricción y de que la privación general y automática de las personas condenadas contara con una justificación razonable, sino que todo parecía apuntar a que se trataba del cumplimiento de una tradición histórica.

Finalmente decidió que la supresión del voto a las personas en prisión *era desproporcionada* por lo que el caso fue turnado al estudio de la Gran Sala a petición del gobierno británico.[18]

a) Decisión de la Gran Sala

El Tribunal Europeo, en la sentencia de la Gran Sala, expresó que en el siglo XXI ya no se puede pensar en el derecho al voto como un privilegio o concesión, pues en los tiempos modernos

[17] En el inciso d) del artículo 1 se establecen la regla del sufragio universal y sus excepciones.

[18] El gobierno argumentó que la decisión no había tomado en cuenta el margen de discrecionalidad de los Estados contratantes para determinar las condiciones para el ejercicio del voto, y el hecho de que la medida resultaba proporcional porque afectaba únicamente a las personas que habían cometido delitos merecedores de una reclusión inmediata, no afectando a los que estuvieran sujetos a multa, libertad bajo caución, detenciones por desacato judicial o por incumplimiento de multa, ni tampoco afectaba a las personas en prisión preventiva.

todo Estado democrático debe estar a favor de la inclusión (Tribunal Edh, *Hirst*: párrafo 59).[19]

Desde luego quedo atrás aquel tiempo del sufragio censitario en donde el voto pertenecía únicamente a individuos selectos, hoy día el sufragio universal se ha convertido en un principio básico de la democracia, y como se dijo en *Mathieu–Mohin y Clerfayt vs. Bélgica:* en un derecho fundamental.[20]

Dicho lo anterior, la Gran Sala del Tribunal pasó a considerar que este derecho al voto consagrado en el artículo 3 del Protocolo I no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones y a un *amplio margen* de discrecionalidad de los Estados.

[19] El sufragio no nació universal, sino que ha tenido límites desde sus inicios al negar a unos sectores el derecho al voto, pero poco a poco se ha ido transitando hacia una forma de democracia más incluyente. Así sucedió con la superación del voto censitario —que en México lo encontramos en la Constitución centralista de 1836, en la que se exigía una renta mínima anual de por los menos 100 pesos y se suspendían los derechos de ciudadanía a los sirvientes domésticos o a las personas que no sabían leer y escribir—, también vimos avances con el reconocimiento del voto a la población afroamericana en los Estados Unidos de América, o en el voto de las mujeres que en México se reconoce en la reforma constitucional de 1953 y se hizo efectivo en las elecciones federales de 1955.

[20] "En cuanto a la naturaleza de los derechos que de esta manera confirma el artículo 3, el criterio de la Comisión ha evolucionado. De la idea de un derecho «institucional» a la celebración de elecciones libres (resolución de 18 de septiembre de 1961 sobre la admisión a trámite de la demanda núm. 1.028/61, X vs. Bélgica, Anuario del Convenio, volumen 4, p. 339), se ha pasado al concepto de «sufragio universal» (véase especialmente la resolución de 6 de octubre de 1967 sobre la admisión de la demanda núm. 2.728/66, X vs. la República Federal de Alemania, ibidem, vol. 10, p. 339); y después, como consecuencia, se ha hablado de derechos subjetivos de participación: el «derecho de voto» y el «derecho de presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento» (véase, especialmente, la resolución de 30 de mayo de 1975 sobre la admisión a trámite de las demandas núms. 6.745 y 6.746/76, W, X, Y y Z vs. Bélgica, ibidem, vol. 18, p. 245). El Tribunal ha estado de acuerdo con esta última concepción" (Tribunal Edh, *Mathieu–Mohin y Clerfayt*: párrafo 52).

La utilización de la expresión de amplio margen de lo que habla es de un margen de maniobra, donde el Tribunal siempre mantiene la última palabra sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo Adicional, que se traducen en: la no afectación de la esencia de los derechos en juego —que *es la libre expresión del pueblo* en la elección de su Parlamento— y en que toda restricción supere el examen de la finalidad legítima y de la proporcionalidad.

Es decir, que siendo aceptables las restricciones que se puedan imponer —sin que con ello se afecte a la esencia y efectividad del derecho al sufragio—, lo que no se puede admitir es la prohibición absoluta del derecho al voto a cualquier prisionero en cualquier circunstancia.

El Tribunal abordó el caso de los prisioneros partiendo del principio básico de que las personas encarceladas continúan disfrutando de un modo general de todos los derechos fundamentales garantizados en el Convenio, salvo del derecho a la libertad —esto se justifica por la peligrosidad del delincuente— y excepcionalmente de otros derechos cuando se pongan en peligro los objetivos de seguridad.[21] Los prisioneros no pierden los derechos por su estatus de persona detenida (Tribunal Edh, *Hirst:* párrs.69 y 70).

El Tribunal habló del estándar de tolerancia que impide la privación automática de los derechos basada en lo que pudiera ofender a la opinión pública, argumentando que dicho estándar no excluye que en ciertas circunstancias se puedan restringir los derechos políticos, ejemplo: en caso de que una persona haya abusado de una posición política, o cuando se haya actuado en contra del Estado de Derecho (Tribunal Edh, *Hirst*: párrs. 70 y 71).

[21] El ingreso a un centro de reclusión trae aparejada la suspensión de algunos derechos, pero esto no obsta para que las personas recluidas conserven el núcleo duro de sus derechos humanos (Giacomello 2016: 31). Con relación a la privación de la ciudadanía surge la interrogante sobre si la restricción de la libertad personal por cualquier delito debe implicar la privación de la libertad política (Zavala Pérez 2019: 443).

La postura fue que "el solo hecho de que a alguien se le imponga una pena que lo prive de ciertos derechos no implica que se le puedan restringir, de manera automática, otros que no se refieren directamente a las circunstancias personales o no tienen relación con el delito que se cometió, como sería el caso del derecho al voto. Lo que se acentúa en el caso de los presos que aún no reciben una sentencia firme" (Coello Garcés 2017: 84).

b) Los criterios del fin legítimo y proporcionalidad

El Tribunal Europeo en esta sentencia retomó los argumentos utilizados en *Mathieu–Mohin y Clerfayt* (párr. 52) en lo relacionado a los dos criterios básicos que debe cumplir una restricción de derechos, que son: el *fin legítimo y la proporcionalidad*.

Con relación a los fines se argumentó que, a diferencia de otras disposiciones de la Convención, el artículo 3 del Protocolo Adicional no indica cuáles son los fines que debe perseguir una restricción del derecho al sufragio[22]. Por lo que pueden ser compatibles un amplio ramo de finalidades.

Entendiendo que, aunque el fin primario de la limitación de los derechos político–electorales podría haber sido la idea de la sanción o castigo, debía considerarse como implícito el incentivo para prevenir la delincuencia y formar una responsabilidad cívica y que no existían razones para considerar que los mismos son incompatibles con la Convención (Tribunal Edh, *Hirst:* párrs. 74–75).

Esto es, que los jueces no tuvieron dudas sobre la legitimidad de los fines perseguidos por la restricción, pero como ya se expresó, considero que las dudas en esta materia se mueven en el plano de la razonabilidad en la medida de analizar si las soluciones que busca-

[22] Sí se establecen límites a las restricciones en los artículos 8 al 11 de la Convención Europea, que regulan el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, y la libertad de reunión y asociación.

mos a los conflictos existentes están ajustadas a la razón (Martínez y Zuñiga Urbina 2011: 200).

Con relación a la proporcionalidad de la medida, entendió que esta exige un vínculo suficiente entre la sanción, la conducta y las circunstancias del individuo.

Del estudio del caso y de la decisión de la Sala, la Gran Sala concluyó que:

La medida era desproporcionada al estar formulada en la ley como una prohibición general que opera de manera automática. Es general porque no distingue entre las personas que tienen una pena de libertad breve y quienes son acreedores de penas largas o perpetuas, estableciendo que "incluso en el caso de los delincuentes que se encuentran presos por delitos lo suficientemente graves para recibir una sentencia expedita, la restricción del voto tiene que ser dictada explícitamente por un juez, pues no existe un vínculo directo y automático entre los hechos de cualquier caso concreto y la limitación de ese derecho" (Coello Garcés 2017: 110).[23]

Agregando que, aunque el margen de discrecionalidad de los Estados es amplio, tienen que cumplir con una serie de principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Concluyendo que la restricción prevista por el ordenamiento jurídico de Reino Unido respecto al voto de los presos es general, automática e indiscriminada, al afectar a todos los presos sentenciados a penas privativas de libertad con independencia de la duración de la condena, de la naturaleza o gravedad del delito y de las circunstancias indivi-

[23] En *Frodl vs. Austria*, el Tribunal estableció que cualquier decisión sobre la privación del derecho al voto debe ser tomada por un juez, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el vínculo entre el delito cometido y las cuestiones relativas a las elecciones y las instituciones democráticas (Tribunal EDH, *Frodl vs. Austria*, 8 de abril de 2010: párrs. 34–35).

duales, lo que le hace desproporcionada e incompatible con el Convenio Edh.[24]

Esto es, que el Tribunal Edh no negó que se puedan restringir los derechos políticos de las personas en prisión, sino que estimó que lo que no puede hacerse es la adopción de medidas automáticas que no tomen en cuenta la duración de la condena, la gravedad de la infracción cometida o las circunstancias personales del indndividuo, siendo esto lo que sobrepasa el margen de apreciación aceptable (Presno Linera 2012: 148).

La Gran Sala dejó a la discreción del Estado demandado la decisión sobre las medidas a adoptar para hacer compatible su legislación con el artículo 3 del Protocolo Adicional, bajo el argumento de que las autoridades nacionales están en mejores circunstancias para evaluar las necesidades y condiciones locales.

Finalmente, se debe decir que Reino Unido no cumplió la sentencia emitida en este caso, lo que dio lugar a que se emitieran una serie de pronunciamientos posteriores de condena por dicho incumplimiento. Entre ellos, la sentencia *Greens y M.T. vs.Reino Unido* del 2010,[25] en la cual se condenó a dicho Estado por no implementar lo señalado en *Hirst vs. Reino Unido* y por continuar

[24] Se sostuvo 12 votos contra 5 que había una violación al artículo 3 del Protocolo Adicional.

[25] En este caso, el Tribunal Edh aplicó el procedimiento de sentencia piloto a la luz de la prolongada demora en la implementación de lo resuelto en *Hirst vs. Reino Unido* (2005) y por el importante número de solicitudes recibidas por dicho incumplimiento. Este procedimiento permite que el Tribunal pueda identificar la existencia de problemas estructurales subyacentes a las violaciones e indicar las medidas o acciones específicas que debe tomar el Estado demandado para remediarlos (Tribunal Edh, *Greens y M.T. vs. Reino Unido*, 23 de noviembre de 2010: párrafos 104–107). A partir de la adopción de una sentencia piloto se garantiza el principio de subsidiariedad, en la medida en la que se permite que el Estado demandado pueda resolver los casos individuales que surjan del mismo problema estructural a través de medidas internas o de soluciones amistosas con los demandantes, para ello el Tribunal puede aplazar el examen de causas similares hasta que el Estado las resuelva, pero si este no adopta las me-

violando el artículo 3 del Protocolo Adicional,[26] estableciendo que dicho país estaba obligado a presentar una propuesta legislativa para modificar su legislación en un plazo de seis meses, lo que tampoco se cumplió.

2. Caso Scoppola vs. Italia*, sentencia de 22 de mayo de 2012*

En este caso, el solicitante Sr. Scoppola había sido condenado a cadena perpetua por el asesinato de su esposa e intento de asesinato de uno de sus hijos. Lo que se tradujo en la prohibición para ejercer cargos públicos y la pérdida permanente del derecho al voto.

Esta decisión se basó en la aplicación de los artículos 28, 29 y 133 del Código Penal italiano, que establecen:

> "Artículo 28 (prohibición del cargo público): La prohibición del cargo público puede ser de por vida o temporaria. En el caso de una prohibición de por vida del cargo público, a menos que la ley disponga lo contrario, la persona condenada será privada de: (1) el derecho a votar o presentarse a elección en cualquier organismo electoral y todos los demás derechos políticos.
>
> Artículo 29 (sentencias que implican la prohibición de un cargo público): Una sentencia a cadena perpetua o a prisión de más de 5 años implicará una prohibición de por vida del cargo público para la persona condenada, la sentencia de prisión por no menos de 3 años implicará una prohibición de 5 años del cargo público".

Asimismo, el artículo 133 establece que el tribunal deberá tomar en cuenta la gravedad del delito valorando la naturaleza, tipo, medios, objeto, tiempo y lugar de la acción, la gravedad del daño

didas necesarias y continúa violando la Convención, entonces el Tribunal puede reanudar el examen de las demandas pendientes.

[26] Al momento de emitir la sentencia piloto en el caso *Greens y M.T. vs. Reino Unido* se estimó que existían aproximadamente 2500 solicitudes con una denuncia similar, de las cuales alrededor de 1500 estaban pendientes de decisión. El número seguía creciendo con cada elección previéndose un incremento si se consideraba que existían aproximadamente 70 000 personas en prisión en Reino Unido (Tribunal Edh, *Greens y M.T*: párr. 111).

causado, el nivel de intención y grado de culpa, la propensión a reincidir, el carácter del delincuente, entre otros.

En este caso, la Gran Sala también realizó el examen sobre los fines legítimos y la proporcionalidad de la medida. Respecto a los primeros, declaró —al igual que en el caso *Hirst vs. Reino Unido*— que se habían perseguido fines legítimos. Con relación a la proporcionalidad, examinó que la privación del derecho al voto había sido el resultado de la exclusión del demandante del derecho de acceder a un cargo público, lo que constituye una pena adicional establecida en el artículo 29 del Código Penal, que se impone a cualquier individuo al que se le condena a cadena perpetua o a una pena de prisión de 5 años o más.

Encontró que, en Italia, a diferencia de Reino Unido, las disposiciones legales definen las circunstancias en las que las personas pueden ser privadas del derecho al voto y que el legislador ha mostrado preocupación por ajustar la aplicación de la medida a las circunstancias particulares del caso, tomando en cuenta factores, tales como: la gravedad del delito cometido y la conducta del delincuente.

La medida, entonces, no se aplica a todas las personas condenadas a penas de prisión, sino únicamente a las condenadas a una pena de 3 años o más.

Concluyendo que el sistema italiano, a diferencia del de Reino Unido, no tiene un carácter automático, general e indiscriminado en la medida en que la restricción del voto no puede imponerse en el caso de delitos menores, y en el supuesto de condenas con privación permanente se puede recuperar el derecho en caso de rehabilitación.

Como vemos el criterio implantado en esta sentencia es que sí cabe privar del derecho al voto a los reclusos, pero no de manera indiferenciada, sino que debe hacerse en atención a la gravedad del delito, lo que entiendo se traduce en seguir manteniendo viva

la idea del castigo o retribución. La pregunta que queda latente es si puede existir una justificación razonable y proporcional que vaya más allá de dicha concepción.

V. *Excursus*: La sentencia Sup–Jdc–352/2018, del Tepjf[27]

1. Caso controvertido

Los hechos del caso se circunscribieron a la demanda presentada por dos indígenas tsotsiles que alegaron haber sido apresados por la Procuraduría General de Justicia de Chiapas en el año 2002, sin que se les haya dictado sentencia. La demanda se presentó en junio de 2018, con lo cual se sumaban aproximadamente 16 años de estar en prisión preventiva lo que a todas luces resulta un dato alarmante.

Señalaron como agravio principal la vulneración de su derecho a votar, con base en dos argumentos: por un lado, que desde su ingreso al centro penitenciario se les retiró la credencial para votar con fotografía y,[28] por el otro, que pese a no haber sido condenados por sentencia, la autoridad administrativa electoral no había dictado las medidas para permitirles votar en las elecciones federales y locales.[29]

[27] Y acumulado Sup–Jdc–353/2018.

[28] Con relación a la credencial para votar con fotografía encontramos que el Tepjf ya se ha pronunciado en el sentido de que la misma no solo funciona como un instrumento electoral, sino que en México constituye el principal medio de identificación, imprescindible para realizar una serie de transacciones y actos jurídicos, y para garantizar el derecho a la identidad de las personas, incluyendo a las que se encuentren suspendidas en sus derechos político–electorales. En la sentencia Scm–Jdc–1050/2019, emitida por Sala Regional Ciudad de México, se decidió que el Instituto Nacional Electoral debía implementar medidas que permitan garantizar el derecho a la identidad de las personas suspendidas en sus derechos político–electorales, cuestión que fue cumplida mediante Acuerdo Ine/Cg62/2020.

[29] A esto se sumaron los agravios de no haber sido informados de los motivos de su detención en su lengua originaria, haber sido sometidos a torturas y la precariedad de la vida en prisión.

Los demandantes pertenecían a dos grupos vulnerables, al ser personas privadas de libertad que se autoadscriben como indígenas, con lo cual se exigía un estudio riguroso del caso a fin de otorgar una mayor protección jurídica ante una posible interseccionalidad de la discriminación.

El problema planteado requería determinar si efectivamente había existido una vulneracion del derecho a votar, para lo cual era indispensable analizar la restricción establecida en el artículo 38, fracción II de la Constitución Federal. Y así encontramos que Sala Superior llevó a cabo una interpretación constitucional principialista a fin de procurar la inclusión de las personas en prisión preventiva, cumpliendo de esta forma con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad y progresividad.

La tesis de la sentencia es que conforme a una interpretación sistemática y evolutiva del mencionado artículo 38, fracción II con los arts. 1; 20, apartado B, fracción I y 35, fracción I de la Constitución; y con los artículos 14, párrafo segundo y 25 PIDCP; 8 y 23 Convención ADH: *las personas en prisión preventiva tienen el derecho a votar porque se encuentran amparadas por el principio de presunción de inocencia.*

El artículo 25 PIDCP establece que el ejercicio de los derechos políco–electorales debe hacerse sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra circunstancia, y sin distinciones indebidas, y el artículo 23, inciso 2 Convención ADH posibilita la restriccion de dichos derechos y oportunidades por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.[30]

[30] Llama la atención de que se mantengan causas de exclusión por razones de instrucción lo que me hace recordar el voto censitario en donde se excluía del ejercicio de los derechos políticos a las personas que no sabían leer y escribir; o por capacidad mental, cuando la Convención sobre los Derechos de las

Como podemos ver, el estándar interamericano no incluye la restricción de los derechos de las personas procesadas, pero no condenadas penalmente, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que Sala Superior debió haber aplicado dicho inciso 2 del artículo 23 Convención ADH en un ejercicio de control de convencionalidad de la Constitución,[31] sin embargo, hay que recordar que en la contradicción de *tesis 293/2011*, la SCJN estableció que cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

La declaración de esta sentencia alcanza únicamente a una de las dimensiones del derecho al voto recogida en el artículo 35, fracción I de la Constitución, que es el voto activo para elegir libremente y en condiciones de igualdad a nuestros representantes. Por tanto, queda pendiente una decisión en la que el pronunciamiento vaya más allá, pienso quizá en el voto pasivo de las personas en prisión preventiva o en el reconocimiento del voto activo de las personas sujetas a una condena.

Sala Superior reconoció que esta sentencia marcaba un hito en México pues implicaba el reconocimiento de la ciudadanía a las personas en prisión preventiva abriendo la puerta a su participación en la vida democrática, en un Estado inclusivo que se toma

Personas con Discapacidad (2006) y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (2014) han establecido que los Estados Partes deben garantizar que las personas con discapacidad puedan votar y ser elegidas en igualdad de condiciones que las demás y que la capacidad de adoptar decisiones no puede justificar que se excluya a las personas con discapacidad del ejercicio de los derechos políticos, incluidos el derecho al voto o el derecho a presentarse como candidatas en las elecciones.

[31] "[El TEPJF] en múltiples ocasiones se ha servido del artículo 23 de la Convención ADH, que regula los derechos políticos. Lamentablemente al aplicarlo, el Tribunal no ha desarrollado suficientemente su entendimiento respecto de la fase final del inciso 2 de dicho artículo […] en lugar de aplicar la frase final del artículo 23, inciso 2, de la Convención ADH en los casos de personas sujetas a proceso penal, pero sin condena firme, el TEPJF, en diversas ocasiones, ha analizado este tema desde la presunción de inocencia" (Dulitzky 2019: 429–430).

en serio la universalidad del voto. Como se expresó en páginas anteriores, la apertura del voto va aparejada con el sentimiento de pertenencia a la comunidad, reforzando los vínculos sociales y el compromiso de este segmento de la ciudadanía con el bien común.

Lo contrario, esto es, el desconocimiento del derecho al voto conlleva a la estigmatización y marginación de un grupo social lo que se traduce en la invisibilidad y segregación, afectando directamente al principio de la universalidad del sufragio, que si bien es cierto, admite excepciones, las mismas deben estar sujetas a un examen de razonabilidad y de proporcionalidad.

La suspensión automática de la ciudadanía genera desigualdad en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas en prisión peventiva, imposibilitándolas de participar en el debate político, y lo que es peor aún, de la posbilidad de decidir sobre las políticas que le afectan de manera directa, como son las penitenciarias. Todo ello con base en la privación de la libertad (Tepjf, Sup–Jdc–352/2018: 13).

No debemos olvidar que la vida en prisión conlleva una situación de especial vulnerabilidad y de "violación sistemática de los derechos humanos", así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en América Latina.

En este informe se revelan las serias deficiencias estructurales que afectan gravemente a los privados de libertad, que van desde el hacinamiento, los altos índices de violencia, el uso de la tortura y de la fuerza, o el abuso de la prisión preventiva —como se produjo en los hechos que dieron origen a la sentencia en comento—. Ante esta realidad, es necesario dar voz y voto a las personas directamente afectadas a fin de que puedan participar en la creación y modificación de políticas que mejoren la situación de vida dentro de las cárceles.

2. ¿Cuáles eran los precedentes del TEPJF con relación al voto en prisión?

Como señala Ríos Vega, la aplicación de la regla del artículo 38 CPEUM por auto de formal prisión dio lugar a un debate entre la SCJN y el TEPJF sobre la interpretación de la privación del sufragio. Así, la primera versión interpretativa puede calificarse como categórica al considerar que la suspensión de los derechos políticos de las personas en prisión opera de modo automático a partir del momento del auto de formal prisión. Esta postura se adoptó inicialmente por la Primera Sala de la Suprema Corte y se reiteró posteriormente en la decisión sobre la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, resueltas el 28 de mayo de 2009.

La segunda versión calificada como particularista, asumida en la contradicción de tesis 6/2008–PL —con fundamento en el criterio Pedraza Longi que se relata a continuación— considera que la restricción del sufragio activo solo opera cuando la persona se encuentra en prisión preventiva al existir una imposibilidad material para ejercer sus derechos político–electorales (Ríos Vega 2014: 31–32).[32]

[32] La contradicción de tesis tuvo lugar a partir de la denuncia de la posibilidad de contradicción de criterios entre el emitido por Sala Superior del TEPJF en la tesis XV/2007 y el de la Primera Sala de la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 29 /2007. En esta sentencia, que dio lugar a la jurisprudencia 33/2011 (22 agosto 2011), se determinó que la previsión del artículo 38 fracción II de la Constitución no podía entenderse como una prohibición absoluta, sino que debía ser interpretada conforme al principio de presunción de inocencia y el derecho a votar, es decir que se reconoció que estos dos preceptos de la Constitución que constituyen derechos fundamentales debían ser interpretados de manera congruente. De esta forma, se llegó a la conclusión de que solo podían suspenderse los derechos políticos de una persona procesada cuando estuviera privada de libertad en la medida en la que en estos casos se presentaba una imposibilidad material o un impedimento para el ejercicio de dichos derechos. Esto es, que en un ejercicio de interpretación por adición se entendió que la lectura de la restricción establecida en el artículo 38 fracción II, debía ser la siguiente: El derecho al voto se suspende por el dictado de auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado este efectivamente privado de su libertad.

Dentro de esta línea particularista, Sala Superior había venido emitiendo una serie de precedentes sobre las condiciones que debían cumplirse para restringir los derechos político–electorales de la ciudadanía sujeta a proceso. Estos criterios fueron las sentencias dictadas en los juicios Sup–Jdc–85/2007 (20 junio 2007) (Caso Pedraza Longi), Sup–Jdc–2045/2007 (29 junio 2007) (Caso García Zalvidea) y Sup–Jdc–98/2010 (13 mayo 2010) (Caso Orozco Sandoval).

Los dos primeros asuntos consistían en que a los actores se les había denegado la credencial para votar con fotografía, ya que en los archivos de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, constaba que tenían suspendidos sus derechos de ciudadanía en virtud de auto de formal prisión.

Lo interesante a destacar es que Sala Superior acogió la pretensión de los actores al considerar que:

1) La restricción de los derechos de ciudadanía establecida en el artículo 38, fracción II Cpeum no puede considerarse absoluta ni categórica.

2) La propia Constitución reconoce en el artículo 133 que existe una Ley Suprema de la Unión, integrada por distintos cuerpos normativos, entre ellos, la misma Constitución, las leyes generales y los tratados internacionales, por lo que si los derechos previstos en la primera norma son susceptibles de ser ampliados, es válido acudir a los tratados cuando otorguen una protección más amplia.

Con este argumento queda claro que el Tepjf aplicaba el control de convencionalidad y el principio pro persona, antes de la reforma constitucional del año 2011.

3) Con base en el reconocimiento de la aplicación directa de los tratados internacionales, en los casos en los que amplíen la esfera de libertades de los gobernados, Sala Superior recurrió, por un

lado, al artículo 25 del PIDCP que, como ya se dijo, establece que las restricciones a los derechos político–electorales no deben ser indebidas, así como al alcance normativo del mismo fijado en la Observación General 25 del Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, en el sentido de que "a las personas a quienes se prive de libertad, pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan el derecho a votar" (TEPJF, SUP–JDC–85/2007 y SUP–JDC–2045/2007: 7).

Por otro lado, acudió al principio de presunción de inocencia que, como ya estudiamos *supra*, está reconocido tanto en la legislación nacional e internacional como:

> "un derecho atribuible a toda persona por el cual debe considerarse, *a priori*, como regla general, que su actuación se encuentra de acuerdo con la recta razón y en concordancia con los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un órgano jurisdiccional no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido proceso" (TEPJF, SUP–JDC–85/2007 y SUP–JDC–2045/2007: 8).

Con fundamento en lo anterior se consideró que los derechos solamente podían limitarse a partir de razones justificativas del impedimento legal para ejercerlos, poniendo como ejemplo la edad o la nacionalidad (requeridas para obtener la ciudadanía), o la existencia de una condena por juez competente.

Hasta aquí podríamos entender que los criterios se habían pronunciado en el sentido de permitir el voto en prisión preventiva ya que los actores, si bien estaban sujetos a proceso, no habían sido condenados, pero el sentido no fue precisamente ese, sino que el *quid* del asunto fue el hecho de que aquellos enfrentaban el juicio en libertad, habiendo sido esta la variable que decidió el sentido de las resoluciones en estudio: *la libertad condicional.*

Así se resolvió que: "como no hay pena privativa de libertad que verdaderamente reprima al sujeto activo en su esfera jurídica y, por ende, le impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones fácticas que justifiquen la suspensión o merma en su derecho político–electoral a votar" (Tepjf, Sup–Jdc–85/2007 y Sup–Jdc–2045/2007: 10).

Con lo cual, según este criterio, la suspensión del artículo 38, fracción II Cpeum, debía entenderse como consecuencia de la privación de la libertad y de la imposibilidad material de ejercer los derechos que integran la esfera jurídica de los ciudadanos.

En el otro asunto, Sup–Jdc–98/2010, el actor había sido procesado por los delitos de ejercicio indebido del servicio público y tráfico de influencias. La autoridad administrativa electoral le negó el registro como candidato a gobernador ya que existía el auto de formal prisión, pero Sala Superior decidió que no podía restringirse su derecho porque no estaba privado de libertad.

Estos casos permitieron integrar la jurisprudencia 39/2013 (18 septiembre 2013), de rubro "Suspensión de los derechos político–electorales del ciudadano prevista en la fraccion II del artículo 38. Solo procede cuando se prive de la libertad".

Estas decisiones, desde luego, permiten razonar sobre el contenido de la imposibilidad material de ejercer el voto en prisión, y todo nos lleva a pensar que el Alto Tribunal se refería a la imposibilidad de recibir el voto en los centros penitenciaros, sin embargo, el derecho comparado nos demuestra que sí es posible hacerlo.

Así tenemos en la región el caso de Costa Rica en donde desde 1998 se instalan urnas en los centros penitenciarios,[33] en los cuales

[33] El artículo 168 del Código Electoral, en su versión original dada por la Ley núm. 1536, de 10 de diciembre de 1952, prohibía la instalación de juntas receptoras de votos en cualquier cárcel o centro de reclusión, bajo el argumento de que esto impedía la debida vigilancia de los partidos o la irrestricta libertad de los votantes. Esto cambió con la Ley núm. 7653, de 28 de noviembre de 1996,

las personas privadas de libertad pueden ejercer el voto siempre y cuando no hubiesen sido suspendidas en sus derechos políticos mediante sentencia firme;[34] en Colombia, la Corte Constitucional determinó que se debe garatizar el derecho al voto de las personas detenidas sin condena y a partir de entonces se ha ejercido el derecho en mesas o urnas de votación instaladas en las prisiones;[35] y en España, a partir de una reforma al Código Penal de 1995 no se puede restringir el derecho al voto activo, pero sí el pasivo a los condenados por sentencia. En España se vota por correo postal.[36]

a partir de la cual se posibilitó la instauración de mesas de votación en los centros penitenciarios, y se dio lugar para que el Tribunal Supremo regulara el voto en prisión mediante el "Reglamento para el ejercicio del sufragio en los centros penitenciarios", de 1 de septiembre de 1997.

[34] Del artículo 91 de la Constitución de Costa Rica se desprende que los y las costarricenses, mayores de edad y comprendidos dentro de la población penitenciaria tienen derecho a votar, salvo que hayan sido declarados en estado de interdicción, o se les haya impuesto la pena de suspensión del ejercicio de derechos políticos en sentencia condenatoria. Esto diferencia a Costa Rica de otros países de Latinoamérica en los que se niega el derecho a quienes estén en prisión, incluso sin haber recibido una condena (Sobrado González 2007: 3).

[35] "Los detenidos que aún no han sido condenados, son beneficiarios de la presunción de inocencia y, por lo tanto, para efectos políticos deben ser considerados como ciudadanos titulares de plenos derechos, que merecen un trato preferencial por el hecho de encontrarse en situación de inferioridad" (Corte Constitucional, *T–324/94*, 14 julio 1994 fundamento C). En un caso anterior, la Corte había reconocido que si bien la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto, añadiendo que toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y como una violación a tales derechos (Corte Constitucional, *T–596/92*, 10 diciembre 1992: consideraciones I).

[36] Presno Linera manifiesta que la dimensión objetiva del derecho al sufragio tiene un efecto irradiante y uno recíproco. Entendiendo que el efecto recíproco obliga al legislador a que en su labor limitativa observe el respeto a los términos constitucionales, haciendo que la limitación no sea arbitraria y no razonable. Con base en este planteamiento sostuvo que la privación del voto activo a los presos en España era inconstitucional al ser incompatible con el mandato contenido en el artículo 25. 2 de la Constitución, el cual establece que la finalidad de las penas privativas de libertad son la reeducación y la reinserción social

Lo anterior demuestra que no cabe la apelación a razones técnicas para justificar que las personas en prisión no puedan ejercer el derecho al voto, como instrumento y símbolo de pertenencia a la comunidad, pues como hemos visto con los ejemplos anteriores —que son solo enunciativos de la amplia gama de tratamiento que se ha dado en los distintos ordenamientos jurídicos que permiten el ejercicio de dicho derecho— este es un problema solucionable a través de distintos mecanismos, como pueden ser: el voto por correo, el voto electrónico o la instalación de las urnas en prisión (Presto Linera 2012: 150).

Con la sentencia dictada en el expediente Sup–Jdc–352/2018 y acumulado se dio un paso adelante al realizar una interpretación progresiva, ya que a partir de ella se determinó que solo habrá lugar a la suspensión del derecho a votar, cuando se cuente con una sentencia ejecutoriada. Reconociendo de esta forma el derecho al voto de las personas recluidas en prisión preventiva.

3. Decisión y efectos de la sentencia

Con base en lo antes expuesto es que Sala Superior, estableció los siguienets efectos:

1) El Instituto Nacional Electoral implementará de manera progresiva una primera etapa de prueba para garantizar el voto activo de las personas no sentenciadas, que deberá abarcar una muestra representativa de los centros penitenciarios existentes en todas las circunscripciones y distritos electorales del país, tomando en cuenta el enfoque de género y de interculturalidad.

2) Dicha institución queda en plena libertad de atribuciones para fijar el mecanismo a fin de implementar el voto. No obstante, Sala Superior propuso la consideración del voto por correspondencia.

(Presno Linera 2012: 149). Luis López Guerra también se había pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la sanción (López Guerra 1993: 1177–1178).

3) Un punto importantes es que los actores solicitaban que se les permitiera votar en las elecciones de 2018, pero como la jornada ya se había celebrado, se garantizó el voto para las elecciones federales, específicamente para la presidencial, de 2024.

Aquí se debe hacer la observación de que a pesar de que la sentencia no hace referencia expresa a ello, la interpretación puede hacerse en el sentido de incluir el derecho también para las elecciones locales concurrentes, atendiendo a las necesidades y posibilidades administrativas y financieras.

Este es el panorama actual de México a partir de las decisiones adoptadas por el Tepjf a fin de eliminar las barreras y los paradigmas excluyentes que han mantenido marginado a este grupo de la población. Los retos de esta implementación no son menores, ya que los lineamientos deberán incluir, entre otros: la elaboración de un censo de personas en prisión preventiva, la determinación de la sección en la que emitirán el voto, la regulación de la propaganda electoral y el mecanismo que se utilizará para hacer efectivo el derecho: presencial, por correspondencia o electrónico.[37]

Ante esto, deberemos estar al desarrollo y ejecución que está conminado a realizar el Instituto Nacional Electoral a fin de dar cumplimiento a dicho mandato. Y por qué no, también deberemos estar a la espera de que el Tepjf pueda emitir un pronunciamiento en el que se avance hacia el reconocimiento del voto pasivo de las personas en prisión preventiva y del voto activo de la totalidad de la

[37] En opinión de la consejera Claudia Zavala, la ejecución de la sentencia dictada por Sala Superior plantea numerosos retos de tipo económico, presupuestario, administrativo, así como la realización de diagnósticos, de planificación y elaboración de programas y líneas de acción. En este sentido, considera que Sala Superior debió haber instruido previamente que las instituciones carcelarias realizarán un censo para determinar el universo de posibles votantes en los centros de reclusión, del mismo modo se tienen que llevar a cabo las estimaciones administrativas y presupuestarias para garantizar el ejercicio del voto de las personas en situación de cárcel, y por último se deben considerar desde los aspectos legislativos hasta los instrumentales y los de operación para proteger este derecho que es fundamental para la democracia (Zavala Pérez 2019: 452–453).

comunidad privada de libertad, para lo cual, sin duda, los precedentes aquí estudiados le servirán de base y de justificación.

VI. Conclusiones

En el presente trabajo hemos querido destacar cuál ha sido la postura que ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo también referencia a los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sobre la privación de los derechos de participación política de las personas en estado de prisión.

Encontrando que el Tribunal Edh ha reconocido que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para introducir restricciones a los derechos políticos siempre que se ciñan a los siguientes límites: que se persiga un fin legítimo y que la medida sea proporcional.

Fue así como estableció la inconvencionalidad de una prohibición generalizada e indiferenciada, llevada a cabo por el legislador con independencia de la duración de la sentencia o de la gravedad del delito. Lo que va de la mano con la estimación de que la limitación de los derechos políticos de las personas en prisión no debe ser automática, sino que debe ser una labor de los órganos judiciales una vez valorada la gravedad del delito, las circunstancias del individuo y la imposición de la sanción.

Sin embargo, entiendo que esta postura sigue manteniendo viva la vieja idea de la muerte cívica o política como castigo o retribución, que es contraria al estado actual de los derechos humanos y a los principios democráticos de igualdad y no discriminación.

Además, el impedimento para ejercer el derecho al voto aleja a la persona sujeta a condena de la sociedad, la desvincula de los intereses de la comunidad y la priva de tener voz y decisión en las

políticas trascendentales del Estado, lo que resulta contrario al tratamiento digno que debe acompañar a todas las personas por su condición de seres humanos, y contraproducente para alcanzar el objetivo rehabilitador de la prisión.

Es por eso que se concluye que hoy día resulta difícil poder argumentar una justificación objetiva y razonable para mantener este tipo de restricciones, que quizá solo podría encontrarse en el caso de los delitos electorales dado que por su propia naturaleza son delitos que socaban el cimiento mismo de la democracia.

El sufragio universal exige incluir a todas las personas cuya exclusión no está debidamente justificada, y la justificación en el caso de las personas en prisión no ha sido satisfactoriamente ofrecida, por tanto, los pasos deben encaminarse hacia la construcción de una sociedad garantista en la que se legisle y juzgue con perspectiva de inclusión.

Bibliografía

Coello Garcés, Clicerio (2017): *Suspensión del derecho al sufragio de los presos. Caso Hirst vs. El Reino Unido (no. 2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

Dhami, Mandeep K. (2009): "La política de privación del sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la democracia?", en *Revista de Derecho*, núm. 2 (diciembre), 121–135.

Dulitzky, Ariel (2019): "Los derechos electorales de las personas vinculadas a procesos penales. Los claroscuros de la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", en *Justicia electoral y derechos humanos,* de la Mata Pizaña, Felipe *et al.* (coord.), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 425–437.

Giacomello, Corina (2016): *Mujeres Privadas de la libertad y del derecho al voto. De objetos de normas a sujetos de ciudadanía,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

López Guerra, Luis (1993): "El derecho de participación del artículo 23.2 de la Constitución Española", en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Dirección General del Servicio Juridico del Estado, Madrid.

Martínez, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco (2001): "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 9, 199–226.

Pérez Alberdi, María Reyes (2013): "La delimitación del derecho al sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Político*, núm. 88 (septiembre–diciembre), 337–366.

Presno Linera, Miguel Ángel (2012): "El derecho al voto como derecho fundamental", en *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 2 (julio–diciembre), 109–151.

Ríos Vega, Luis Efrén (2014): *Rehabilitación del sufragio. El debate de la condena condicional,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

Rousseau, Jean–Jacques (1975): *Contrato Social*, editorial Calpe, Madrid.

Ruíz Robledo, Agustín (2018): "El derecho a participar en elecciones libres según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentari,* núm. 30, 275–305.

Sobrado González, Luis Antonio (2007): "Experiencia costarricense del voto de personas privadas de libertad", en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 3, 1–21.

Zavala Pérez, Beatriz Claudia (2019): "Desafíos de la justicia electoral mexicana para la protección de los derechos–político electorales de las personas en situación de cárcel", en *Justicia electoral y derechos humanos*, de la Mata Pizaña, Felipe *et al.* (coord.), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 439–456.

La legitimidad democrática del Estado regulador. Mecanismos y prácticas para legitimar la acción regulatoria.

The democratic legitimacy of the regulating State. Mechanisms and practices to legitimize regulatory action.

Bolívar Gerardo III Portugal Celaya
University Pompeu Fabra
Orcid: 0000-0002-5036-8685

Fecha de recepción: 17 agosto 2020
Fecha de aceptación: 25 septiembre 2020

Resumen: A finales del siglo pasado los Estados nacionales registraron una serie de transformaciones institucionales dentro de las cuales cobró notoria importancia la globalización de agencias reguladoras. Su difusión se experimentó en una importante diversidad de sectores económicos y sociales, de ahí que se hablara del surgimiento de estados reguladores. Pero con la difusión de este modelo institucional, aparecieron críticas a su falta de legitimidad democrática, desplazada por la prevalencia de una racionalidad técnica y especializada que aleja decisiones públicas del ciclo político. Frente a este cuestionamiento, las agencias reguladoras tuvieron que adaptarse a contextos democráticos y procesos de democratización en los que necesitaron desarrollar e incorporar prácticas de rendición de cuentas que suavizaran su alejamiento de la sociedad y de la política. En este artículo se presenta una revisión esquemática del surgimiento del Estado regulador y la difusión de agencias reguladoras. Posteriormente se presentan algunos apuntes sobre el debate en torno a su legitimidad democrática. Seguido de lo cual, se revisa la tensión entre autonomía y rendición cuentas. Se concluye con una revisión de literatura sobre la forma en la que se incorporó la rendición cuentas, sus mecanismos formales e informales mediante los que las agencias reguladoras se relacionan con sus audiencias. En general se argumenta que los mecanismos de rendición de cuenta potencialmente democratizan procesos y deci-

siones regulatorias en clave deliberativa, pero estos no deben reducirse al despliegue formalista de los mecanismos de rendición de cuentas, por el contrario, se necesita saber a quién le rinden cuentas los reguladores, de manera que puedan observarse las asimetrías de poder entre sus audiencias. Más aún, la re-legitimización del Estado regulador no debe reducirse a las prácticas de rendición de cuentas, es necesario revisar nuevos caminos como mecanismos representativos que pueden mejorar la legitimidad de las agencias reguladoras.

Abstract: At the end of the previous century, states experienced several institutional transformations within which the globalization of regulatory agencies gained notorious importance. Its diffusion was registered in an important diversity of economic and social sectors, hence the talk of the emergence of regulatory states. But with the diffusion of this institutional model, criticisms appeared questioning its lack of democratic legitimacy, displaced by the prevalence of a technical and specialized rationality that distances public decisions from the political cycle. Faced with this questioning, the regulatory agencies had to adapt to democratic contexts and democratization processes in which they needed to develop and incorporate accountability practices that softened their distance from society and politics. This article presents a schematic review of the emergence of the regulatory state and the spread of regulatory agencies. Later, some notes are presented about the debate around its democratic legitimacy. Following which, the tension between autonomy and accountability is reviewed. It continues with a literature review on the way in which accountability was incorporated, its formal and informal mechanisms through which regulatory agencies interact with their audiences and concludes with a brief commentary on the Mexican case. Overall, it is argued that accountability mechanisms can potentially democratize regulatory processes and decisions in deliberative terms, but that this cannot be a formalistic accountability, rather it is needed to know who regulators are accountable to, so power asymmetries among audiences can be observe. Furthermore, the re-legitimazation of the regulatory state should not be reduced to accountability practices, it is need to review new paths of representative mechanisms as a way to enhance the legitimacy of regulatory agencies.

Palabras clave: *Estado regulador, legitimidad democrática, rendición de cuentas, agencias reguladoras.*

Keywords: *Regulatory state, democratic legitimacy, accountability, regulatory agencies.*

Sumario: I. Introducción. II. Globalización y legitimidad del Estado regulador. 1. Las agencias reguladoras como instituciones contramayoritarias. 2. Del problema de la legitimidad al de la tensión entre autonomía y rendición de cuentas. II. La incorporación de la rendición de cuentas en el análisis de la regulación. 1. Relaciones y prácticas de rendición de cuentas en la actividad regulatoria. IV. Breve apunte sobre la investigación de la rendición de cuentas y agencias reguladoras en México. V. Conclusiones.

I. Introducción

Uno de los problemas normativos y prácticos de la configuración institucional y política en la expansión del Estado regulador, en general, y de las agencias reguladoras, en particular, ha sido la construcción de su legitimidad. Si la legitimidad del Estado regulador no se construye a partir de la representación democrática, delegando así el legislador su mandato a organizaciones alejadas del ciclo político y de la órbita del ejecutivo con amplios márgenes de autonomía para decidir sobre asuntos de interés público, entonces, reviste una gran importancia preguntarse ¿cómo se legitima su regulación?

La pregunta sobre la legitimidad del Estado regulador configuró las coordenadas del debate académico a finales de la década del siglo pasado. Las primeras aproximaciones a el problema de la legitimidad enfatizaban una legitimidad técnica de la que los órganos representativos y los poderes ejecutivo y judicial carecen. Así, la especialización en asuntos de alta complejidad técnica asociados a la actividad cotidiana de los agentes económicos y sociales requería de la atención de burocracias con capacidades para regular y vigilar el cumplimiento de las normas regulativas. Este tipo de respuestas al problema de la legitimidad resultaron insuficientes y enfrentaron críticas por quienes señalaron la importancia de mantener con-

troles democráticos sobre la actividad de los reguladores. De ahí que se buscaran desarrollar mecanismos institucionales que acercaran a los reguladores a sus audiencias públicas y privadas, esto es, que rindieran cuentas a propósito de sus procesos decisionales y sobre los resultados de su acción pública. Desde algunas perspectivas se fue incluso más allá al llamar la atención sobre el potencial democratizador que pueden jugar las agencias reguladoras en la producción de las políticas.

En este artículo se hace una revisión del debate en torno a la legitimidad del Estado regulador con el propósito de mostrar la forma en la que la regulación y la rendición de cuentas se intersectan para crear procesos regulatorios más abiertos, sujetos al escrutinio de los grupos sociales y a partir de los cuales se pueden construir condiciones para democratizar y relegitimar la acción pública del Estado regulador. En las siguientes páginas reviso la difusión de las agencias reguladoras en las últimas décadas y la consecuente globalización del Estado regulador. Posteriormente, presento la discusión sobre el déficit de legitimidad democrática de este modelo institucional y las tensiones que se producen en el seno de su diseño institucional cuando se integran los principios de rendición de cuentas y la autonomía. A continuación, se ofrece una aproximación analítica que ha influido de manera importante el análisis de la rendición de cuentas en la regulación, resaltando la importancia de la interacción de mecanismos formales e informales en la práctica regulativa. Se concluye con algunos comentarios sobre el potencial y límites de la rendición cuentas para democratizar la actividad de los reguladores.

II. Globalización y legitimidad del estado regulador

Una de las transformaciones y tendencias de cambio institucional más visibles en la gobernanza del capitalismo al inicio de este siglo fue la difusión de agencias reguladoras independientes. De acuerdo a los datos en los que Levi-Faur y Jordana (2006) obser-

van el comportamiento temporal de la ola de creación de agencias reguladoras a finales del siglo pasado, tan solo entre 1979 y 2002, se pasó de 43 agencias reguladoras (primordialmente en el sector financiero) a 134 (en una diversidad de sectores económicos y sociales), de las cuales en aquel momento 119 contaban con autonomía.

Como apuntan ambos autores, con estos datos: "[…]comprobamos que el diseño institucional propio de la gobernanza reguladora por medio de agencias autónomas…. [paso de] *mejor práctica* hasta devenir hoy en una institución hegemónica basada en una nueva convención de la gobernanza económica" (2006: 5).

Debido a esta expansión vertiginosa es que se volvió un lugar común hablar en diversas geografías sobre el surgimiento del Estado regulador (Seidman y Gilmour 1986; Majone 1997; Moran 2003, Braithwaite 2006, Levi-Faur y Jordana 2006; Dubash y Morgan 2013). El Estado regulador supone una construcción de arreglos institucionales policéntricos que, en definitiva, van más allá de la creación de agencias reguladoras (Majone 1997; Prosser 2010; Levi-Faur 2013), pero, qué duda cabe, las agencias reguladoras son por ahora su institución más conspicua (Oecd 2002: 91). El análisis global de esta forma estatal revela que existen importantes variedades asociadas a las tradiciones administrativas nacionales (Bianculli *et al.* 2013), la forma en la que se trasplantan y adaptan a los ordenamientos jurídicos, las lógicas sectoriales y sus redes de políticas. Con todo, la evidencia es contundente: el modelo de agencias públicas con tareas regulatorias experimentó su propia globalización (Jordana *et al.* 2018).[1]

El éxito de la difusión de este modelo institucional ha tenido consecuencias no solamente para la gestión de las economías de mercado sino también para la estructura del Estado en su conjunto, esto es, una transformación estatal. La difusión de agencias reguladoras alrededor del mundo modificó el panorama de la de-

[1] Un dato: en el mundo existen al menos 799 agencias en 115 países y 17 sectores de políticas (Ackerman 2000, 2007).

legación de amplios poderes públicos que antaño se circunscribían la regulación a la lógica del ciclo político-electoral, pero con la ampliación de mercados mediante privatizaciones y liberalizaciones —especialmente en ámbitos donde predominaban empresas estatales de servicios públicos—, amplias parcelas del poder regulatorio gradualmente fueron saliendo de las esferas tradicionales de los poderes públicos clásicos para constituir, como sugiere Bruce Ackerman (2000; 2007), una suerte nueva división de poderes.

En la literatura que ha estudiado procesos de delegación en contextos democráticos, se plantean al menos tres argumentos que explican en alguna medida los procesos de delegación regulatoria en las agencias independientes: 1) El argumento de la credibilidad o compromisos creíbles, 2) el argumento de la incertidumbre política y 3) el argumento de las dinámicas entre instituciones políticas y los jugadores con capacidad de veto (Gilardi 2005: 1).

En cualquiera de los tres escenarios que nos coloquemos, el hecho es que el incremento en la desconfianza pública en las instituciones representativas y, en general, en la política, llevó a la búsqueda de fórmulas que permitieran, al menos normativamente, asegurar una mayor consistencia temporal y credibilidad de las políticas a través de instituciones no mayoritarias (Majone 1994; Thatcher y Stone Sweet 2002). Es en este contexto en el que se enmarca la aparición y difusión de las agencias reguladoras como actores estatales relevantes. Su aparición en la esfera pública no solo implicó diversos desafíos en términos del desarrollo de sus capacidades institucionales, también despertó crítica, en breve, sobre su falta de legitimidad democrática (Majone 1997).

1. Las agencias reguladoras como instituciones contramayoritarias

Frente a la creciente importancia del surgimiento de instituciones alejadas de los ciclos político-electorales, en términos de Vibert (2007): el *ascenso de los no elegidos*, diferentes posturas se han abierto paso en el debate europeo en torno a la justificación de la

legitimidad de estas nuevas formas de gobernanza (Follesdal 2011; Majone 2000, 2014; Maggeti 2010).

Siguiendo a Majone (1994), el argumento más comúnmente aceptado para justificar una suerte de nueva división de poderes en la que el poder regulativo cobra autonomía consiste, básicamente, en que el núcleo de su legitimidad no puede surgir de la opinión pública sino de capacidad técnica y especialización que desarrollen las agencias para afrontar temas complejos de la agenda pública. Desde este punto de vista, para solucionar los problemas ocasionados por los fallos o límites del mercado no basta la determinación de mayorías políticas para construir la legitimidad de la regulación.

Esto es así para Majone (1997) porque cuando se definen las normas de la política regulativa donde están en juego aspectos de alta complejidad técnica, como la regulación del medio ambiente, de alimentos, de salubridad o de telecomunicaciones, la legitimación de la pertinencia de tal o cual regulación suele centrarse en discursos científicos, reduciendo el peso de las valoraciones de la opinión pública. En breve, el núcleo detrás de la legitimación de la acción del Estado regulador se da en términos tecnocráticos y bajo la lógica de una racionalidad contramayoritaria.

Desde el punto de vista histórico, el argumento de Majone es consistente con estudios más recientes como *Democracy and the Origins of the American Regulatory State*. En esta obra, Samuel DeCanio (2015) argumenta que desde la historiografía estadounidense se suele asumir que el surgimiento del Estado regulador fue una respuesta institucional a las demandas populistas y progresistas en la vida pública de aquel país a finales del siglo XIX y principios del XX. Lo cierto es que, para este autor, las primeras agencias reguladoras en Estados Unidos —de manera paradigmática la *Interstate Commerce Commision*— en su origen fueron más bien una respuesta pragmática del gobierno federal con la que alejaban decisiones regulativas de las demandas de la opinión pública y las presiones populares, al tiempo que se creía evitar la concentración de importantes poderes en el Ejecutivo.

En breve, fue el temor a que las demandas democráticas colisionaran con las necesidades del desarrollo de mercados lo que llevó al Congreso estadounidense a delegar tareas típicamente de la administración a agencias reguladoras independientes. Sin embargo, como muestran la historia del Estado regulador estadounidense en sus distintas etapas (Rabin 1986) y, más recientemente, estudios comparados de agencias reguladoras en países en desarrollo (Dubash y Morgan 2013), la actividad regulativa por más que se le pretenda alejar del ciclo político no puede estar exenta de ciertos grados de politización.

Es simplemente ingenuo pensar que una decisión —por ejemplo, cuál es la forma de intervención pública apropiada en terminado contexto— este exenta de juicios de valor y que no tenga implicaciones sociales y políticas, esto es, una distribución de costos y beneficios entre los diversos grupos sociales y sujetos/destinatarios de la regulación en cuestión (Yeung 2004: 30). Por tanto, construir una imagen cándida en la que la regulación y la política pueden separarse, dejando exclusivamente a expertos la toma de decisiones, puede resultar peligroso para justificar la legitimidad de las políticas regulativas, acaso porque al final no dejan de ser decisiones públicas y, qué duda cabe, políticas (Yeung 2010: 87). Distinto es que, como explican Hancher y Moran, se pueda hablar en el espacio regulativo de *alto nivel* y *bajo nivel* de política. Se trata, en todo caso, de ámbitos de la regulación sujetos a distintos grados e intensidades en las luchas políticas, en los que invariablemente se entrelaza la técnica con el entorno político y social.

Otra forma de acercarse a la cuestión de la legitimidad de las políticas de regulación es la que ofrece Fritz Sharpf (1999) a propósito del debate europeo en torno a la integración económica y la delegación de poderes regulatorios en entes supranacionales con funciones eminentemente de regulación como la Comisión Europea. Scharpf plantea una tipología más o menos simple e intuitiva sobre las formas en las que la autoridad se puede legitimar. Por un lado, se encuentra la legitimidad de origen democrática (*input*

oriented legitimization) que enfatiza la idea del gobierno *del* pueblo. En contraste, la legitimidad orientada a resultados (*output oriented legitimization*) enfatiza la idea del gobierno *para* el pueblo. La legitimidad orientada a resultados está atada a su capacidad de resolver problemas de acción colectiva que dejados a los individuos o las instituciones representativas no sería posible gestionar.

El Estado regulador es, siguiendo esta línea argumentativa, un arreglo institucional de intervención colectiva que centra el principio de su legitimidad en la obtención de resultados. Lo que no quiere decir que pueda aislarse del todo de algún tipo de control democrático, de mecanismos de rendición de cuentas, transparencia y frenos y contrapesos que garanticen su legitimidad en clave democrática, sin que eso suponga necesariamente una obstrucción o parálisis de las ventajas que, en principio supone, operar en temas de cierta complejidad técnica con un alto grado de autonomía.

En definitiva, la regulación siempre implica decisiones distributivas que definen ganadores y perdedores entre los diversos grupos sociales y, por tanto, la justificación en términos estrictamente tecnocráticos resulta insuficiente (Yeung 2004; Veggeland 2009; Follesdal 2011). Desde esta perspectiva, el déficit de legitimidad democrática con el que surgen las agencias reguladoras ha sido hasta hoy el problema normativo más significativo en la construcción del arreglo político-institucional del Estado regulador. De ahí que existan diversos intentos por buscar y desarrollar mecanismos alternativos que respondan a la frágil legitimidad que implica delegar decisiones políticas con altos impactos redistributivos a organizaciones que se les aísla del proceso político y de los mecanismos de control democrático (Maggetti 2011).

2. Del problema de la legitimidad democrática al de la tensión entre autonomía y rendición de cuentas

La respuesta al problema de la legitimidad democrática del Estado regulador necesariamente pasaba por combinar un diseño institucional en el que las agencias al tiempo que recibían amplios

niveles de autonomía se sujetaran a mecanismos de rendición de cuentas frente a los poderes públicos y la ciudadanía. Pero ¿qué tanta rendición de cuentas es deseable si se pretende que las agencias reguladoras se desempeñen con mayor efectividad en sus tareas? ¿Cómo encontrar un equilibrio virtuoso entre la legitimidad democrática vía la puesta en marcha de mecanismos de rendición de cuentas y su legitimidad técnica que se cristaliza a través de un mandato que les dota de independencia política?

Se trata de una combinación institucional compleja que, de no encontrarse un equilibrio, puede producir múltiples tensiones. Se pueden desvirtuar las ventajas de este tipo de diseño institucional para consolidar reguladores más efectivos o crear islotes del Estado que pueden detentar poderes en detrimento de las aspiraciones e intereses de las mayorías. Es necesario, pues, encontrar arreglos institucionales en los que el discurso científico y el político, la técnica y la política, pese a sus evidentes tensiones, no se construyan como campos antagónicos. En este sentido, las agencias reguladoras son un campo fértil para explorar y observar a través de su desarrollo institucional el uso que hacen de las prácticas de rendición de cuentas para sustraer lecciones y experiencias. Desde esta perspectiva, para articular ambos dispositivos institucionales, es necesario pasar del plano de lo normativo al de lo empírico.

De entrada, cabe señalar, que, desde el punto de vista empírico, existe evidencia que nos muestra que al incrementar la atención en la rendición de cuentas como valor público e institucional se pueden ocasionar daños colaterales y efectos negativos en otros valores públicos igualmente importantes, como la efectividad, la eficiencia, la confianza y el aprendizaje (Bovens y Shillemans 2014). Por otra parte, es innegable que las agencias no por el hecho de ser independientes se encuentren aisladas de fuertes presiones de grupos de interés. Todo lo contrario: sabemos que el proceso y la negociación de las políticas de regulación si acaso se traslada a otra arena institucional (Morgan y Dubash 2013; Jordana y Rosas 2014) en la que la interacción de los actores que influyen en la

regulación se enfrentan al arribo de nuevos grupos de interés a la política regulatoria (Thatcher y Stone Sweet 2002) alterando y modificando sus resultados.

Es así que, en un escenario en el que típicamente existirán altas presiones de grupos de interés por influir en la regulación, en muchos casos de poderosos grupos industriales, se hace aún más necesario encontrar fórmulas en las que las agencias —a la par de la autonomía de la que gozan— se sujeten a estructuras institucionales de rendición de cuentas (Majone 1997), en otras palabras, que se establezcan mecanismos de legitimidad procedimental y controles democráticos (Maggeti 2010). De allí que, inevitablemente, esta fórmula suponga tensiones entre los arreglos de autonomía y rendición de cuentas (Scott 2000; Black 2007).

Se trata, pues, de un arreglo institucional con sus propios riesgos y al mismo tiempo es un mecanismo necesario para evitar actitudes complacientes y perjudiciales en el desempeño de las agencias reguladoras y, por tanto, en los resultados que la sociedad espera de éstas (Black 2012). Importa, pues, poner atención a las dinámicas en las que de hecho se da la rendición de cuentas. Lo que supone pasar, como ha explicado Julia Black (2008), de las grandes discusiones normativas a las preguntas que, con una impronta realista, nos ayuden a entender las dinámicas que plantea en la práctica la tensión entre delegación y rendición de cuentas en la gobernanza regulativa.

II. La incorporación de la rendición de cuentas en el análisis de la regulación

Hasta aquí es clara la importancia que juega la rendición de cuentas en la discusión del Estado regulador como una respuesta a sus déficits de legitimidad democrática. Menos claro es cómo se incorpora el análisis de la rendición de cuentas en la actividad de las agencias reguladoras independientes. El giro de la investi-

gación hacia esta dirección implica desarrollar herramientas conceptuales que nos permitan entender la interacción entre los dos componentes: la regulación y la rendición de cuentas. Para abordar esa relación es necesario articular un marco analítico desde el que se distingan mecanismos de rendición de cuentas y su incorporación al marco institucional.

Un primer problema en el ámbito del estudio de las agencias reguladoras y la rendición de cuentas es el de la claridad conceptual. El concepto de rendición de cuentas con el tiempo se ha expandido en una miríada de nociones confusas (Mulgan 2000), lo que consecuentemente ha provocado su estiramiento conceptual (Sartori 1970). De aquí que se dificulta —y seguramente obscurece— la posibilidad de construir evaluaciones empíricamente adecuadas (Bovens 2010). Importa tener una noción de rendición de cuentas más acotada que pueda capturar empíricamente los mecanismos que se dan en la arena regulativa.

En el caso de los estudios que analizan empíricamente la actividad regulatoria de las agencias y su uso de mecanismos de rendición de cuentas, la definición de Bovens ayuda a tener una mirada más analítica. Entiende a la rendición de cuentas como un mecanismo especifico mediante el que se establece una "relación entre un actor y su foro, en el que el actor tiene la obligación de explicar y justificar su conducta, el foro puede plantear preguntas y emitir juicios, mientras que el actor puede enfrentar consecuencias" (2007: 450).

El concepto es útil para capturar las dinámicas de las prácticas de rendición de cuentas entre las agencias y su foro, lo que a su vez permite observar en qué medida la rendición de cuentas se ha desplegado como un principio capaz de fortalecer, en su caso, la legitimidad democrática del Estado regulador. Por supuesto, aquí no pretendo entrar a este tipo de valoración sino simplemente ceñirme a mostrar la importancia que juega la rendición de cuentas en la actividad regulatoria a propósito de los cuestionamientos sobre déficits democráticos al Estado regulador.

A partir de aquí es importante diferenciar dos puntos temporales en los que se pueden desarrollar dinámicas entre las agencias reguladoras y su foro: el primero, es el momento en el que la agencia y el régimen jurídico de rendición de cuentas es establecido, el segundo, se da cuando ambos entran en operación en el trabajo cotidiano, esto es, su efectividad de facto (Biela y Papadopoulos 2014). La distinción es importante porque la diferencia entre una agencia que se crea en un momento en el que no se ha desarrollado un régimen de transparencia y rendición de cuentas puede tener efectos sobre las practicas que desarrolla la agencia (Koop 2011).

Dos ejemplos pueden ilustrar este punto en un contexto histórico como el mexicano. Si la agencia reguladora es creada en un período en el que predomina un régimen político autoritario, la delegación pueda ser más débil hacia las agencias reguladoras, su legitimidad es justificada más en una lógica eminentemente tecnocrática, con bajos o nulos niveles de rendición de cuentas hacia su foro. Por el contrario, en un escenario de democratización, si la agencia reguladora se crea en un momento en el que los mecanismos de rendición de cuentas adquieren importancia y se van institucionalizando paulatinamente en el ordenamiento jurídico, se puede esperar un proceso regulatorio que busca legitimar sus decisiones con un mayor acercamiento hacia su foro y audiencias.

Ahora bien, si ya ha sido institucionalizado, esto es juridificado el régimen de rendición de cuentas, se puede asumir que las relaciones entre la agencia y su foro conforman el régimen de rendición de cuentas a través del cual se agrega el efecto conjunto de toda la cadena de relaciones de la agencia, estructurando redes complejas de pesos y contrapesos institucionales (Scott 2000: 55).

Usualmente estas redes institucionales de rendición de cuentas en las que operan las agencias han enfatizado el análisis de los mecanismos institucionales ascendentes y horizontales, especialmente en la importancia de las participaciones que tienen los canales gubernamentales y legislativos en el proceso de control o supervisión de las actividades de las agencias reguladoras (Lodge 2004).

En otras palabras, enfoques en los que predomina la concepción de las relaciones agente-principal (Bianculli *et al.* 2015).

Sin embargo, para entender, en el contexto de las agencias, las dinámicas y prácticas de los regímenes de rendición de cuentas se necesita incorporar en el análisis tres direcciones en los que éstas se despliegan: 1) a través de relaciones ascendentes, de tipo agente-principal —típicamente en esta dirección se registra la relación entre agencias reguladoras con el congreso y el ejecutivo—; 2) a través de relaciones horizontales (típicamente relaciones entre agencias, esto es, intergubernamentales) y 3) a través de relaciones descendentes —típicamente con los regulados, asociaciones de usuarios y ciudadanos— (Bianculli *et al.* 2015)

Según García Juanatey *et al.* (2017), la rendición de cuentas en la dimensión ascendente se refiere a los mecanismos con los que las agencias reguladoras informan a un actor que tiene la capacidad legal y la capacidad de exigir explicaciones para las acciones de esa agencia y puede imponer castigos si se niega a cumplir.

Mientras que los mecanismos de rendición de cuentas *descendientes* o *hacia abajo*, suponen diversos mecanismos formales o informales de relaciones con los ciudadanos, los usuarios y regulados, en tanto que las interacciones de rendición de cuentas horizontales suponen relaciones entre organizaciones públicas —nacionales e internacionales— en los que no existen formalmente elementos de control jerárquico (Bianculli *et al.* 2015).

Ahora bien, dentro de estas tres direcciones (ascendente, horizontal y descendente), en tanto la rendición de cuentas adquiere una dimensión relacional en la actividad de las agencias reguladoras, se deben distinguir mecanismos y prácticas formales e informales.

III. Relaciones y prácticas de rendición de cuentas en la actividad regulatoria

En la aproximación a la rendición de cuentas planteada, es relevante ir más allá del análisis de los mecanismos formales de rendición de cuentas. La razón es evidente. En el análisis institucional sabemos desde hace tiempo que los actores responden a una mezcla de incentivos formales e informales (North 2006). En el campo de la gobernanza de la regulación, recientes estudios han demostrado la utilidad de pasar del derecho y el análisis legal a la investigación empírica de las prácticas de rendición de cuentas (Busuioc 2013), ampliando así las posibilidades de entender las implicaciones de los regímenes de rendición en el fortalecimiento y efectividad de las agencias.

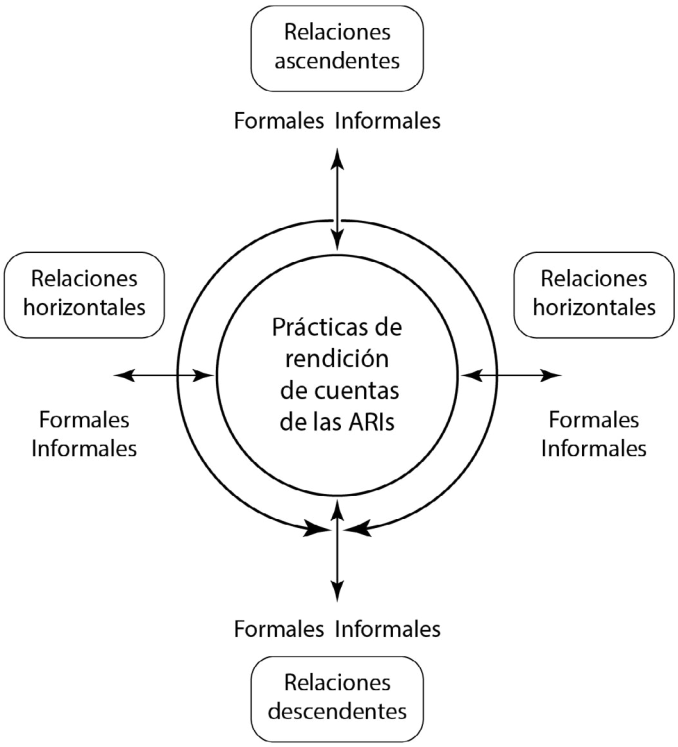
Con esto no se quiere decir que las reglas formales no importen, simplemente se dice que siendo necesarias son insuficientes para capturar las relaciones de rendición de cuentas que se establecen entre las agencias reguladoras y sus foros. Si éstas las entendemos como relaciones de poder, es necesario capturar la interacción entre la dimensión formal e informal de la rendición de cuentas. Como explica con un ejemplo elocuente Julia Black (2012), una cobertura periodística crítica de los medios de comunicación puede ser más efectiva para causar la renuncia de un regulador sin que necesariamente se activaran o necesitaran procedimientos formales de remoción por la evaluación de su desempeño. Las implicaciones de mirar así la intersección entre rendición de cuentas y agencias no son menores. A través de esta aproximación también se posibilitan observaciones sobre la dimensión informal de la independencia (Gilardi 2005) con la que en principio se justifican las ventajas de crear y delegar poderes a las agencias reguladoras.

Además, la idea de la interacción entre lo formal e informal, también tiene eco en el argumento que Dubash y Morgan (2013) presentaron en su libro sobre regulación y desarrollo en sectores de infraestructura en países del llamado sur global, como India, China, Colombia, Brasil, en el que encuentran que, contrario a la

idea de la regulación como un fenómeno híper juridificado, con una alta dosis de una cultura organizacional legalista y poco flexible, en realidad las agencias reguladoras se suelen mover en un continuo que va de las reglas a los acuerdos, es decir, del derecho a la política.

Por otra parte, conviene recordar que, en el contexto latinoamericano, y mexicano en particular, la presencia en las instituciones de mecanismos informales que articulan y estructuran la vida pública ha sido un componente clave del entendimiento de las trayectorias institucionales de los países de la región (Helmke y Levitsky 2004).

Cuadro 1. Interacción entre las prácticas de rendición de cuentas de las ARIs



Fuente: Portugal y Jordana (2020).

En este orden de ideas, los mecanismos de rendición de cuentas formales se entienden como aquellos que se expresan en términos, fundamentalmente, jurídicos. En contraste, aquellos que se refieren como informales están basado en relaciones interpersonales (Romzek 2015), entendidos como aquellas interacciones que se transforman en convenciones sociales en las que se activan con regularidad y normalidad ciertos patrones de uso informal de rendición de cuentas entre los actores involucrados –por ejemplo, reuniones o intercambios de información–. La relación no necesariamente es dicotómica, de hecho, los mecanismos informales pueden reforzar a los formales y construir relaciones de rendición de cuentas más productivas y constructivas.

No obstante, los problemas entre la agencia y su foro pueden darse cuando predomina un tipo de interacción sobre otra, esto es, una extremadamente formal o informal. También pueden entrar en tensión cuando un mecanismo informal empieza a reemplazar mecanismos formales que distorsionan la lógica pública del proceso de la política regulativa, o bien cuando un mecanismo formal que estaba en el papel se activa y colisiona con una práctica informal. En suma, la relación entre la agencia y su foro a través de las relaciones, mecanismos y prácticas ascendentes, horizontales y descendentes, formales e informales, deben entenderse de manera dinámica con una multiplicidad de configuraciones espaciales y temporales.

El cuadro 1 resume e ilustra el espacio en el que se intersectan las practicas formales e informales de rendición de cuentas de las ARIs. De nuevo, la idea central es que las relaciones que establece la agencia en la dirección ascendente, horizontal y descendente pueden darse a través de prácticas formales e informales. También ilustra la interacción que estas prácticas pueden tener entre sí.

Pongamos un ejemplo. Supongamos a un usuario de la regulación que a través de un mecanismo formal realiza una solicitud de información sobre el registro de productos farmacéuticos. En el análisis de la información se identifica que existen productos far-

macéuticos con un alto impacto a la salud. El usuario, sea porque tenga interés de entrar con nuevos productos al mercado farmacéutico o porque tiene interés en promover el derecho a la salud y la protección de consumidores, revisa la información, la compara con el registro sanitario de otros países y decide divulgar la información en sus redes sociales. La sensibilidad de la información puede atraer la atención de medios de información. Lo que era una solicitud de información se convierte en noticia.

La información resulta de interés para una comisión legislativa. Si la agencia no tiene relaciones con mecanismos formales claros con los legisladores y se ha mantenido distante de la comisión legislativa que supervisa la política de salud, los integrantes de la comisión legislativa podrían buscar algún mecanismo parlamentario para que los reguladores expliquen la razón por la que se mantienen esos medicamentos en el registro sanitario. Esa interacción a su vez puede hacer que las organizaciones de la sociedad civil denuncien ante tribunales la permanencia de esos medicamentos en el registro sanitario. De manera que una relación en dirección descendente se puede transformar en un asunto público que produce interacciones en la dirección ascendente y horizontal.

Otro ejemplo se puede dar a propósito de consultas públicas sobre la regulación. Supongamos que en la industria financiera el regulador socializa un proyecto de regulación sobre comisiones bancarias con las asociaciones de la banca antes de que el proyecto se presente a consulta pública. El proyecto en un primer momento logra un consenso informal entre regulador y regulados. El regulador hacer algunos ajustes al proyecto y finalmente formaliza la consulta pública. En el proceso una organización de representación de los intereses de los usuarios de servicios financieros presenta argumentos en contra de la regulación por el impacto que puede tener para los usuarios. En la consulta la regulación se aprueba sin modificaciones y finalmente el regulador emite la regulación. La asociación impugna la regulación y a partir de ahí se abre un proceso judicial. Para evitar una ola de impugnaciones

que pudieran paralizar la regulación, el regulador hace un nuevo proyecto, se incorporan algunas de las demandas de los usuarios y, finalmente, se aprueba la regulación.

Los ejemplos ilustran bien el tipo de dinámicas que pueden producirse a través de mecanismos y prácticas de rendición de cuentas que activan la cadena de mecanismos formales e informales que la agencia y su foro tienen a su disposición. Pero los ejemplos ilustran también la importancia que juegan los reguladores en la administración de información pública. Las agencias pueden tener responsabilidades sobre la gestión de registros, de concesiones, permisos, licencias, sobre quejas contra los servicios de las empresas o sobre el uso de infraestructura estratégica. De aquí que las prácticas de rendición de cuentas sean tan relevantes para mantener controles democráticos sobre estos cuerpos burocráticos. Así, la rendición de cuentas se constituye en una vía para democratizar y controlar la actividad de las agencias.

IV. Breve apunte sobre la investigación de rendición de cuentas y agencias reguladoras en México

Las herramientas de rendición de cuentas en México son uno de los componentes de mayor desarrollo institucional durante el período de democratización. Su institucionalización a través de mecanismos como el derecho de acceso a la información pública, auditorías financieras y de desempeño, las consultas públicas, la revisión judicial de la actividad administrativa y regulatoria, entre otras, han compuesto un entramado de reglas e instituciones que aseguran formalmente criterios de rendición de cuentas en la actividad regulatoria. Visto así, podría decirse que en México se cuenta con un marco institucional robusto para llamar a cuentas a las agencias reguladoras, en sintonía con la idea de legitimar la acción regulatoria a través de mecanismos de rendición de cuentas.

En el caso de México la investigación sobre rendición de cuentas y reguladores es todavía escasa. En realidad, el interés por las agencias reguladoras se ha centrado más en el análisis de su autonomía e independencia (Ballinas 2011; Ceey 2009; Dussauge 2016; Jordana 2010). Uno de los pocos estudios que abordan esta cuestión es el de Sergio López Ayllón y Alí Haddou Ruíz (2007). Desde una perspectiva agente-principal, parten de la premisa que la rendición de cuentas es el vehículo para legitimar los déficits democráticos de origen de las agencias. Demuestran que, en el contexto de la transición democrática, el desarrollo institucional y normativo de la rendición de cuentas en el ámbito de la regulación fue importante. Los autores analizan la rendición de cuentas en órganos reguladores autónomos a nivel de diseño y desempeño institucional. Su análisis abarca a la Comisión Federal de Competencia (Cfc), la Comisión Reguladora de Energía (Cre), la Comisió Federal de Telecomunicaciones (Cofetel), la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer) y el Instituto Federal de Acceso a la Información (Ifai). Concluyen que, la entonces Cofemer y el ya extinto Ifai, contaban con mayor independencia y, al mismo tiempo, mayores mecanismos de rendición de cuentas.

En contraste, encuentran que los reguladores sectoriales tenían menor independencia y estaban menos sujetos a mecanismos de rendición de cuentas. Observan que los órganos que tienen a su cargo mecanismos de rendición de cuentas horizontales como el Ifai y la Cofemer jugaron un papel significativo en el incremento de rendición de cuentas de los reguladores sectoriales estudiados. Sin embargo, al no incorporar y contrastar el análisis de prácticas formales e informales de rendición de cuentas, es difícil conocer en qué medida las agencias internalizaron las prácticas y le dieron un uso estratégico para impulsar sus propias agendas regulatorias.

En ese plano, un estudio sobre agencias reguladoras y rendición de cuentas en México, Portugal y Jordana (en prensa) analizan la trayectoria de los casos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (Cnbv), Comisión Federal de Protección a los Riesgos Sa-

nitarios (Cofepris) y la Cofetel, así como el Instituto Federal de Telecomunciaciones (Ift) a propósito del despliegue de mecanismos formales e informales de rendición de cuenta durante el período de desarrollo y consolidación del régimen normativo de la rendición de cuentas. En los tres casos que analizan se identifica el uso formal de los mecanismos generales u horizontales de rendición cuentas, como la consulta pública de Cofemer (ahora Conamer) y las solicitudes de información pública del Instituto Nacional de Acceso a la Información (Inai). Sin embargo, cuando se revisan las prácticas informales alrededor de los mecanismos generales se observan prácticas diferenciadas. Un ejemplo interesante que muestran ambos autores es el de la Cnbv. La Cnbv hace uso de manera formal de las consultas públicas de Cofemer para presentar su regulación a las audiencias, pero previo a presentar por esa vía la regulación tiene mecanismos informales de socialización de la regulación con los regulados y la industria.

Por otra parte, la Cnbv ha impulsado innovaciones institucionales de rendición de cuentas como la publicación de sus sanciones a la industria. Un perfil más formalista se observa en el caso de Cofepris que, pese a algunos intentos de ensayar mecanismos propios de rendición de cuentas, no suele ir más allá de los mecanismos normativamente establecidos ni cuenta en el período de estudio con innovaciones institucionales relevantes. Como en el caso anterior, cuenta con prácticas propias de intercambio de información principalmente con la industria. El caso de la Cofetel/Ift es interesante y contrasta con los dos anteriores. Si bien, la agencia en su primera etapa mostró fuertes resistencias a incorporar una política de rendición de cuentas basada en los mecanismos formales, con el tiempo la articulación de audiencias con interés en el sector y la politización a la que estuvo sujeta por los intereses en pugna, llevó a que la agencia tuviera una política más activa de rendición de cuentas. Si bien la agencia se caracterizó por una gran porosidad más relacionada con procesos de captura regulatoria que con buenas prácticas de rendición de cuentas, el intercambio de información con el tiempo se fue institucionalizando, incluyendo no solo

a actores de la industria sino también a organizaciones de interés público y de usuarios.

Además, la transición de la Cofetel al Ift fortaleció y amplió la gama de mecanismos de rendición de cuentas con innovaciones institucionales que van más allá de los mecanismos generales que estable el marco institucional general de la rendición de cuentas en México, lo que confirma que las agencias reguladoras pueden ser más proclives y necesitan tener políticas de rendición de cuentas más proactivas. La comparación entre las tres agencias señala la asimetría que existe, particularmente en los casos de la Cnbv y la Cofepris, entre la participación de la industria en la regulación y los consumidores de esos mercados. La Cnbv, por ejemplo, no incorpora a su junta de gobierno la participación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) ni tiene canales formales e informales para incorporar los intereses de los usuarios de los servicios financieros. Esta asimetría se encuentra más atenuada en el caso del Ift a nivel de mecanismos y prácticas de rendición de cuentas, sin embargo, tampoco puede decirse que se trata de una relación simétrica sino una en disputa.

Si la rendición de cuentas es el camino para relegitimar la acción pública de las agencias reguladoras, queda, entonces, abierta la pregunta de a ¿quién le rinden cuentas? Identificar las interacciones entre las agencias y sus audiencias es el primer paso para conocer los límites y posibilidades de la rendición de cuentas como mecanismo de legitimación de la regulación. Incluso si las audiencias encuentran un campo más o menos simétrico en su relación con las agencias reguladoras, en mi opinión, la respuesta a déficits democráticos no puede agotarse con la puesta en marcha de mecanismos de rendición de cuentas. Es necesario pensar en otras vías complementarias que en la literatura internacional han sido menos estudiadas pero que es importante incorporar a la agenda de investigación de rendición de cuentas y regulación.

Un ejemplo interesante de innovaciones institucionales que buscan acercar más a los reguladores a la sociedad es la agencia reguladora de las telecomunicaciones en Francia, la *Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes* (Arcep). En la integración de su junta ejecutiva se incorporó el principio de paridad de género, una medida que va en la línea de construir agencias más representativas. La idea de agencias reguladoras representativas ha sido poco explorada por la literatura, hace falta más trabajo empírico y conceptual para entender la manera en la que los mecanismos representativos puedan reforzar a la rendición de cuentas como vías de legitimización democrática de los reguladores.

En cualquier caso, la agenda de investigación sobre rendición de cuentas y agencias reguladoras en México es aún incipiente. La prevalencia de los estudios sobre autonomía e independencia de los reguladores han limitado el análisis de esta importante relación en la que se despliega la posibilidad de legitimar la actividad regulatoria.

IV. Conclusiones

Como hemos visto, la globalización del Estado regulador es un fenómeno de transformación institucional con implicaciones importantes para el régimen democrático. Paradójicamente, con algunas excepciones, su difusión en buena parte de los países se consolidó a partir de la llegada de la ola democratizadora de los ochentas del siglo pasado. No obstante, al otorgárseles mandatos con amplios poderes de control sobre actividades socialmente valiosas y operar con relativa independencia del ciclo político-electoral, se dejaba un vacío de legitimidad democrática que puede ampliar el distanciamiento de la sociedad y el Estado, alejar demandas sociales que gestionaban los órganos representativos del Estado, como consecuencia la despolitización de la regulación (Morgan 2014). De ahí que se abriera la puerta para incorporar innovaciones

institucionales que respondieran a este déficit en el diseño institucional de las agencias.

Más allá de la discusión en el plano normativo, es relevante incorporar el análisis de la rendición de cuentas en los procesos normativos que gestionan agencias reguladoras. No solo por lo que significa en términos de apertura de los procesos regulatorios sino también porque existe evidencia que apunta a que un buen uso de los mecanismos, formales e informales, fortalece el papel de las agencias reguladoras frente a su foro. Esto es, no solo se convierte en una vía de legitimización, sino que su independencia formal puede robustecerse frente a otros actores públicos y privados que en algún punto buscan capturar la regulación.

La agenda de investigación en este ámbito es aún incipiente en México. Queda claro que el desarrollo institucional de mecanismos de rendición de cuentas es suficientemente robusto. No obstante, sabemos mucho menos de las prácticas de rendición de cuentas de las agencias y la medida en la que a través de estas construyen estrategias para legitimar su acción pública. Frente a los cuestionamientos que persisten en torno a la autonomía de los reguladores, el estudio de la legitimidad democrática de las agencias reguladores debe replantearse y no solo reducirse a la incorporación de mecanismos generales de rendición de cuentas. Es necesario ir más allá, conocer a quién efectivamente le rinden cuentas y abordar la conveniencia de incorporar el uso de criterios representativos en la integración de los reguladores.

Bibliografía

Ackerman, Bruce (2007): *La nueva división de poderes*. Fondo de Cultura Económica, México, Distrito Federal.

Ackerman, Bruce (2000): "The New Separation of Powers", en *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, 633-729.

Ballinas Valdes, C. (2011): *Political Struggles and the Forging of Autonomous Government Agencies,* Palgrave Macmillan.

Black, Julia (2012): "Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects", en Lse *Law, Society and Economy Working Papers*, núm. 15, octubre, 1-38.

Black, Julia (2008): "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes", en *Regulation and Governance*, núm. 2, 1–28.

Black, Julia (2007): "Tensions in the Regulatory State", en *Public Law*, Spring, 58-73.

Bianculli, Andrea C. *et al.* (eds.) (2015): *Accountability and Regulatory Governance*, Executive Politics and Governance Series, London, Palgrave Macmillan.

Bianculli, Andrea C. *et al.* (2013): "The World of Regulatory Agencies: Institutional Varieties and Administrative Traditions", en *Jerusalem Paper on Regulation and Governance. Working Papers*, núm. 58, octubre, 1-26. Disponible en: «*http://regulation.huji.ac.il/papers/jp%2058.pdf*» [Consultado el 10 de septiembre de 2020].

Biela, Jan y Papadopoulos, Yannis (2014): "The empirical assessment of agency accountability: a regime approach and an application to the German Bundesnetzagentur", en *International Review of Administrative Sciences*, vol. 80, núm. 2, 362–381.

Bovens, Mark (2010): "Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism", en *West European Politics*, vol. 33, 946-967.

Bovens, Mark (2007): "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Frame- work", en *European Law Journal,* núm. 13, 447–468.

Bovens, Mark y Schillemans, Thomas (2014): "Meaningful Accountability", en *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Bovens, Mark *et al.*, Oxford University Press, Oxford,

Braithwaite, John (2008): "The Regulatory State?", en *The Oxford Handbook of Political Institutions,* Sarah A.Binder *et al.* (eds.), Oxford University Press, Oxford.

Busuioc, E. Madalina (2013): *European Agencies: Law and Practices of Accountability*., Oxford University Press, Oxford.

Ceey (2009): *Evaluación del Desempeño de los Órganos Reguladores en México*, Centro de Estudios Espinosa Yglesias, México.

DeCanio, Samuel (2015): *Democracy and the Origins of the American Regulatory State,* Yale University Press, New Haven.

Dubash, Navroz K. y Morgan, Bronwen (eds.) (2013): *The Rise of the Regulatory State of the South. Infrastructure and Development in Emerging Economies*, Oxford University Press, Oxford.

Dussauge Laguna, Mauricio I. (2016): "Organismos Constitucionales Autónomos y Reforma Administrativa en México", en *Trayectorias de reformas administrativas en México: legados y conexiones,* Pardo, María del Carmen y Cejudo, Guillermo, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México, 477-522.

Follesdal, Andreas (2011): "The Legitimacy Challenges for New Modes of Governance: Trustworthy Responsiveness", en *Government and Opposition*, vol. 46, núm. 1, 81-100.

García Juanatey, Ana *et al.* (2017): "Administrative Innovations and Accountability Failures: The Termination of the Spanish Telecommunications Agency", en *South European Society and Politic,* vol. 22, 385-404.

Gilardi, Fabrizio (2005): "The Institutional Foundations of Regulatory Capitalism: The Difussion of Independent Regulatory Agencies en Western Europe", en *The Rise of the Regulatory Capitalism: The Global Difussion of a New Order*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Sage, vol. 598, marzo, 84-101.

Hancher, Leigh y Moran, Michael (2002): "La organización del espacio regulativo", en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, trad. Pablo Larrañaga, núm. 17, octubre, 11-41

Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (2004): "Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda", en *Perspectives on Politics*, vol. 2, núm. 4, 725-740.

Jordana, Jacint *et al.* (2018): "Agency proliferation and the globalization of the regulatory state: Introducing a data set on the institutional features of regulatory agencies", en *Regulation and Governance*, vol. 12, núm. 4, 524-540.

Jordana, Jacint (2010): "Autonomous Regulatory Agencies in Democratic Mexico", en *Law and Business Review of the Americas,* vol.16, núm. 4, 753-780.

Jordana, Jacint y Rosas, Guillermo (2014): "When do autonomous banking regulators promote stability?", en *European Journal of Political Research*, vol. 54, núm. 4, 672-691.

Koop, C. (2011): "Explaining the Accountability of Independent Agencies: The Importance of Political Salience", en *Journal of Public Policy*, vol. 31, núm. 2, 209-234.

Levi-Faur, David (2013): 'The Odyssey of the Regulatory State: From a 'Thin' Monomorphic Concept to a 'Thick' and Polymorphic Concept", en *Law & Policy*, vol. 35, núm. 1-2, enero-abril.

Levi-Faur, David y Jordana, Jacint (2006): "Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors", en *International Journal of Public Administration*, vol. 29, núm. 4, 335-366.

Lodge, M. (2004): "Accountability and Transparency in Regulation: Critiques, Doctrines and Instruments", en *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance,* Jordana, Jacint y Levi-Faur, David (eds.), Cheltenham Edward Elgar Publishing, 124–144.

López Ayllón, Sergio y Haddou Ruíz, Ali (2007): "Rendición de cuentas y diseño institucional de los órganos reguladores en México", en *Gestión y Política Pública*, vol. XVI, núm. 1, 101-145.

Maggeti, Martino (2010): "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", en *Living Reviews in Democracy*, 1-9.

Majone, Giandomenico (2000): "The Regulatory State and its Legitimacy Problems", en *West European Politics*, vol. 22, 1-24.

Majone, Giandomenico (1997): "From the Positive State to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", en *Journal of Public Policy*, vol. 17, núm. 2, mayo-agosto, 139-167.

Majone, Giandomenico (1994): 'The Rise of the Regulatory State in Europe', en *West European Politics*, vol. 14, núm. 3, 77–101.

Moran, Michael (2003): *The British Regulatory State. High Modernism and Hyper-Innovation*, Oxford University Press, Oxdford.

Mulgan, Richard (2000): "'Accountability': An Ever-Expanding Concept?", en *Public Administration*, vol. 78, 555–573.

Morgan, Bronwen (2014): "De vuelta a la política: la trayectoria del Estado regulador en los países del Sur", en *Revista del Clad Reforma y Democracia,* núm. 60, 5-26.

North, Douglas (2006): *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México.

Oecd (2002): *Regulatory Policies in Oecd Countries. From Interventionism to Regulatory Governance*. *Oecd Reviews of Regulatory Reform,* Oecd Publishing, París.

Portugal, Bolívar y Jordana, Jacint (en prensa): *Estrategias de rendición de cuentas de las agencias reguladoras en México: los casos de la Cnbv, Cofepris e Ift*, Universidad Autónoma Metropolitana, México.

Prosser, Tony (2010): *The Regulatory Enterprise. Government, Regulation and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford.

Rabin, Robert L. (1986): "Federal Regulation in Historical Perspective", en *Stanford Law Review*, vol. 38, núm. 5, párr. 1189-1315.

Romzek, Barbara S. (2015): "Living accountability: hot rhetoric, cool theory, and uneven practice", en *PS: Political Science y Politics*, vol. 48, núm. 1, 27–34.

Sartori, Giovanni (1970): "Concept Misformation in Comparative Politics", en *The American Political Science Review,* vol. 64, núm. 4, 1033-1053.

Scharpf, Fritz (1999): *Governing in Europe: Effective and democratic?,* Oxford University Press, Oxford.

Seidman, Harold y Gilmour, Robert (1986): *Politics, Position and Power. From the Positive to the Regulatory State*, Oxford University Press, Nueva York.

Scott, Colin (2000): "Accountability in the Regulatory State", en *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 1, 38–60.

Thatcher, Mark y Stone Sweet, Alex (2002): "Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions", en *West European Politics*, vol. 25:1, 1-22.

Veggeland, Noralv (2009): *Taming the Regulatory State. Politics and Ethics,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

Vibert, Frank (2007): *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge University Press, Cambridge

Yeung, Karen (2010): "The Regulatory State", en *The Oxford Handbook of Regulation*, Baldwin, Robert *et al.* (ed.), Oxford University Press, Nueva York.

Yeung, Karen (2004): *Securing Compliance: a Principle Approach*, Hart Publishing, Estados Unidos.

Democracia y prevención de la tortura.*

Democracy and prevention of torture.

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid
Orcid: 0000-0001-6873-7269

Fecha de recepción: 18 junio 2020
Fecha de aceptación: 16 julio 2020

Resumen: El presente texto aborda la obligación internacional de prevenir la tortura, con especial incidencia para el caso español. A tal fin, una vez expuestos los caracteres básicos de la misma, se estudian los últimos Informes que los organismos internacionales han evacuado sobre nuestro país, especialmente del Subcomité de Prevención de la Tortura (sistema de Naciones Unidas), y del Comité de Prevención de la Tortura (sistema del Consejo de Europa). Se hace posteriormente una evaluación de los rendimientos que ambos han dejado, a la luz de la evaluación de impacto que hacen destacados actores de la sociedad civil. Se finaliza con las pertinentes conclusiones, que extractan los hallazgos resultantes.

Abstract: The text studies the international obligation to prevent torture, to shed light to the Spanish case. To that extent, first we shed light on the main topics related to the issue, and after that we study the reports on the obligation to prevent any torture and ill-treatment in Spain, paying special attention to the Subcommittee to Prevent Torture (United Nations system) and to the Committee to Prevent Torture (Council of Europe system). Afterwards it is evaluated the outcomes of both of them taking into account the work of well-established members of civil society. We finish with some conclusions.

* Este texto es una versión ampliada y pulida del working-paper cosecha del autor, titulado: *La prevención de la tortura en España*, que puede verse aquí: *«https://eprints.ucm.es/55281/». Ultimo acceso: 09/08/2020.*

Palabras Clave: *Tortura; España; Prevención; Derecho Internacional; Naciones Unidas; Consejo de Europa.*

Key Words: *Torture; Spain; Prevention; International Law; United Nations; Council of Europe.*

Sumario: I. Introducción. II. El marco teórico: especialización, integración, prevención. 1. Integración y especialización en el sistema de derechos humanos. 2. La obligación internacional de prevenir la tortura. III. El marco de la Organización de Naciones Unidas. 1. El Protocolo Facultativo al Convenio contra la Tortura y el Subcomité de Prevención de la Tortura. 2. El caso de España. i. Recomendaciones al Mecanismo Nacional de Prevención. ii. Recomendaciones al Estado parte. IV. El marco del Consejo de Europa. 1. El Convenio Europeo de Prevención de la Tortura y el Comité de Prevención de la Tortura. 2. El caso de España. i. Centros de detención policial. ii. Centros penitenciarios. iii. Centros de detención de menores. V. Una evaluación a la luz de la sociedad civil. VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se va a analizar en qué consiste la obligación internacional de prevenir la tortura, así como de prevenir todo trato inhumano/degradante, desarrollando con cierto detenimiento tanto unos lineamientos generales como, acto seguido, las implicaciones y consecuencias que tal obligación comporta para el caso de España.

Prestaremos atención, primero, al marco teórico general donde se genera el caldo de cultivo de esta obligación. Posteriormente vamos a abordar los últimos avances en la obligación de prevenir la tortura en el marco de la Organización de Naciones Unidas (Onu). Finalmente, se hace lo propio con dicha obligación en el marco de la organización internacional europea por antonomasia en la protección de los derechos humanos, como es el Consejo de Europa. Acto seguido se hace un análisis de las luces y sombras que hay en la materia desde la perspectiva de la sociedad civil. En el

apartado final se podrán ver las pertinentes conclusiones que sintetizan los hallazgos resultantes.

II. El marco teórico: integración, especialización y prevención

El marco general que da soporte teórico a la obligación de prevenir la tortura se nutre de dos ideas fundamentales, que enmarcan la obligación de prevenir cualquier violación de derechos humanos. Por un lado, la capacidad de integración del sistema de derechos humanos. Por otra, la capacidad de especialización que este sistema demanda (y que demuestra). Como se podrá ver a continuación, ambas tienen algunas peculiaridades que se harán sentir en la obligación preventiva propiamente dicha. Obligación que, dicho sea desde ya, presenta algunas aristas que no pueden soslayarse, derivadas de lo espinoso de la materia. Hablar de torturas y de cómo debe reaccionar el Derecho ante las mismas nunca ha sido tarea fácil.

Un ejemplo histórico nos ayudará a confirmar esa tesis, amén de hacer las veces de soporte teórico del resto del trabajo. Hablamos de la sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 1999, donde preguntado por la licitud del empleo de una *presión física moderada* sobre sospechosos de terrorismo, por parte de las fuerzas de seguridad, en caso de necesidad inmediata, dijo que:

> "el destino de la democracia es no observar como aceptables todos los medios, y tampoco saber los que empleará el enemigo contra ella. Una democracia a veces tiene que luchar con una mano atada a la espalda. Incluso en ese caso, la democracia lleva la delantera. El Estado de derecho y la libertad individual constituyen componentes importantes a la hora de comprender la seguridad. Al final del día, fortalecen su espíritu y esta fuerza es la que permite superar las dificultades" (Tribunal Supremo de Israel, *Comité*

Público contra la Tortura en Israel et al. vs. Gobierno de Israel et al., 6 septiembre 1999: párr. 39).[1]

1. Integración y especialización en el sistema de derechos humanos

La idea de la integración defiende que este tipo de obligaciones internacionales se crean en un marco más amplio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Uno de los efectos que se buscan estableciendo obligaciones así es que los Estados alcancen un cumplimiento de mínimos. Y aquí tenemos ejemplos de signo variado, tanto negativos como positivos. Estados que actúan de mala fe, que suelen manipular las fuentes para enmascarar violaciones de derechos humanos; o Estados que niegan que tal tratado o aquel organismo de protección tenga competencia para hacer lo que hace o le niega la legitimidad para decir lo que está diciendo. También tenemos estados de buena fe, quienes desean implementar con honestidad las obligaciones impuestas por estos instrumentos —y que ellos mismos se han dado— aunque a veces tengan dificultades para hacerlo e incurran en errores y contradicciones.

Una idea de integración que defiende parte de la doctrina internacionalista (Brems 2018: 165) es una integración que refleja mejor las experiencias de los defensores de los derechos humanos, abarca más personas y no deja a nadie atrás, a la par que demuestra la interdependencia de los derechos humanos: es muy extraño que se consiga demostrar que gozo de un derecho mientras que me veo privado de otros simultáneamente. Si tengo unos, tengo otros. Ya lo dijo la mejor doctrina hace algunos lustros: los derechos fundamentales deben estar en condiciones de ser aplicados simultáneamente. En el caso de que uno se vea impedido o esté siendo ampliamente violentado es muy probable que eso denote un problema estructural detrás (Rawls 1978: 234). Traducido a nuestro ámbito: si los Estados previenen de verdad todo maltrato, pongamos por caso, dentro de una prisión, esos presos verán como su condición de vida mejora, y sus derechos, aun limitados por la

[1] Véase, Gur-Ayre y Jessberger 2011: 260.

situación que viven, se verán satisfechos y respetados que si sucede lo contrario. Hasta ahí, puro Perogrullo.

Esta integración daría como resultado dos efectos que conviene tener en cuenta: la especialización y la experimentación. Respecto al primero, queda claro que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presenta un creciente grado de especialización. Básicamente, en tres aspectos: las categorías de derechos cada vez son más amplias; los temas que tratan están en constante expansión (la prevención de la tortura es buena muestra); y los grupos de personas a protegen consecuentemente se amplían. Dicho con otras palabras, que siguen siendo las de Brems, los textos especializados tales como el Op-Cat o la Ecpt expresan un consenso sobre una materia concreta en un espectro geográfico determinado sobre lo importante que resulta la protección de esas personas en un aspecto específico o en un derecho humano ya existente (como es, de nuevo, la prohibición de la tortura).

Tal extremo repercute en la seguridad jurídica para bien dado que la fortalece. Existen esas obligaciones y deben ser cumplidas, sin margen para que los Estados huyan de sus compromisos. De eso se encargan —o al menos lo intentan— los órganos de control que esos tratados crean (Spt-Cpt), auténticos centros expertos con una autoridad especial en su área que, no puede olvidarse, ofrece soluciones concretas a problemas concretos. Desarrollan guías, criterios y estándares. Concretan y fijan cuáles son las obligaciones que se pide a los Estados, lo cual ayuda a los Estados y a otros mecanismos de protección que trabajan en el mismo campo a saber qué se demanda de cada actor en liza. Fijan reglas de interpretación e incluso algunos han desarrollado nuevos derechos o nuevos sub-derechos (Brems 2018: 176).

Respecto al segundo, la experimentación, lo primero que debe decirse es que es de notoria importancia. Téngase en cuenta que el proyecto de los derechos humanos es relativamente joven y que, como tal, está en pleno desarrollo. De hecho, frente a un posible pensamiento único, que podría cercenar la creatividad y el pensa-

miento *out of the box*, los órganos de protección tendrían mucho que decir. Quizá al principio fueron vistos como marcianos o rarezas, pero actualmente son experimentos piloto dentro del mundo global de los derechos humanos cuyos éxitos retroalimentan al resto y generan en todo caso efectos positivos. Si uno tiene éxito, inspirará el trabajo del resto. Y si no lo tiene, servirá para que todos aprendan la lección y extraigan las consecuencias pertinentes (Brems 2018: 187). Eso es justo lo que ha sucedido en nuestra materia: como veremos luego, el éxito del Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa ha inspirado tanto la creación de los mecanismos nacionales de prevención de la tortura, como del Subcomité de Prevención de la Tortura de la Organización de Naciones Unidas, así como Comités de Prevención en otros ámbitos regionales, como por ejemplo África (Asociación de Prevención de la Tortura 2019).

En ese sentido, conviene no olvidar que, una vez tenemos todos los mecanismos funcionando, el hecho de que formen parte de lo que se denomina *la conversación global sobre derechos humanos*, conduce a una cierta retroalimentación entre ellos, cuestión que a su vez exige tres cosas al menos. La primera, que el órgano de protección esté informado del trabajo relevante de otros similares; y hay que tener en cuenta que estos Comités están obligados a la confidencialidad, lo cual les limita un tanto en esta cuestión, aunque los Estados suelen dar luz vez a la publicación de los informes que les afectan (Kicker *et al.* 2011: 470). La segunda, que dicho órgano motive por qué se alinea (o no), con los criterios de otro, siempre dentro del cumplimiento de su mandato; lo cual a su vez implica la obligación de justificar especialmente por qué se separa del criterio señalado para casos similares o iguales tanto respecto de *su jurisprudencia* como de la del resto de órganos homologables. La tercera y última es que sean conscientes de que su trabajo sirve y servirá como fuente y recurso para otros.

2. La obligación internacional de prevenir la tortura

Si seguimos los criterios explicitados arriba, concretados en pautas, el resultado que se obtiene es que la obligación de prevenir la tortura es un éxito: son varios órganos internacionales los involucrados, el nivel de participación es alto, los informes que emiten suelen ser de calidad y dicho consenso cristaliza en determinadas reglas y criterios legales (que, aunque *soft-law*, tienen una vis normativa incuestionable). El ejemplo más claro se refiere al Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa. Desde que se puso en marcha ha generado una amplísima *jurisprudencia*, con diversos estándares a cumplir en las condiciones de detención de cualquier privado de libertad. Hasta tal punto es importante su trabajo que no solo ha inspirado a otros órganos de protección homólogos, sino que es fuente en una amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH), especialmente cuando decide casos relacionados con violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio EDH), el que protege frente a la tortura.

Dicho todo lo anterior, conviene detenerse siquiera brevemente en los aspectos críticos de la obligación de prevenir. Después de las luces, vienen algunas sombras, porque la misma idea prevenir eventuales violaciones de derechos humanos nunca ha sido una idea exenta de polémica. Sin ir más lejos, el profesor Sicilianos, antiguo presidente del Tribunal EDH, decía hace ya algunos años que la acción preventiva es más intervencionista y más *intrusiva* porque llega a la raíz y a la esencia del problema. Por eso a su juicio se explica que esta función haya aparecido más tarde en el ámbito internacional y siga generando tantas renuencias. Además, entiende que mientras los Estados no pueden invocar el criterio de la soberanía nacional para no promover y proteger los derechos humanos, tal extremo no es extensible sin más a la obligación de prevenir (Sicilianos 2001: 284).

Los recelos estatales podrían ser compendiados y explicados por tres motivos. Uno, la prevención se basa en indicadores con-

vergentes de que podrán cometerse violaciones en el futuro, pero no son necesariamente pruebas de que estas ya se han cometido. Sería la aplicación del dicho popular "poner el carro antes de los bueyes", pero con el consiguiente coste a nivel *reputacional* del Estado afectado. Dos, a diferencia de la coerción, la prevención presupone acción sostenida en el tiempo, es un proceso largo y costoso y, en consecuencia, los resultados no son —ni pueden ser— directos y palpables. Tres, mas aun, para ser efectiva, debe ser difusa en el espacio y exige como pre-requisito la recolección y tratamiento de un conjunto considerable de datos (Sicilianos 2001: 290).

Como resume parte de la doctrina (Renzulli 2016: 1249), el deber de prevenir pone el foco en situaciones *ex ante facto*, donde los Estados deben tener una actitud mucho más proactiva y anticipativa. Un concepto válido de prevención, nos dice la autora italiana, debe no centrarse en actos actuales y reales de tortura sino en las situaciones que podrían dar lugar a los mismos. De lo que se deduce que este tipo de órganos no se centrarán, ni deberán ni podrán centrarse, en calificar este o aquel acto como de tortura o como constitutivo de cualquier otro tipo de maltrato.

La cuestión sobre la eficacia de la obligación de prevenir la tortura es ambivalente. Mientras que en líneas generales la obligación está consolidada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los estudios científicos sobre la materia dejan lugar a algunas dudas, especialmente derivadas de la cantidad de actores que empieza a haber en la materia, amén de las complejidades inherentes a gestionar deberes cada vez más *abstractos* (Birk y Zach 2015: 175; Asociación por la Prevención de la Tortura 2016).

Dicho todo lo anterior, vamos a ver la concreta obligación de prevención de la tortura en los principales marcos internacionales que rigen la actual sociedad internacional. En ese sentido destacan dos por encima del resto: el que confiere Naciones Unidas y el que confiere el Consejo de Europa, ambos vigentes en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

III. El marco de la organización de naciones unidas

En el marco de la Onu, por un lado, los principales criterios alumbrados por el sistema universal, implementados en torno a diversos tratados internacionales. De ellos se deriva, en segundo término, una serie de obligaciones a modo de indicadores de cumplimiento obligado para el caso de España.

1. El Protocolo Facultativo al Convenio contra la Tortura y el Subcomité de Prevención de la Tortura

Son muchos los instrumentos que dedica la Onu a prevenir y erradicar la tortura y demás malos tratos, donde destaca con luz propia la Convención contra la Tortura, de 1987, y el Comité contra la Tortura, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de esta (Mariño Menéndez 2014: 15). Desde su misma esencia y origen, la organización tiene claro que la sociedad internacional surgida de la II Guerra Mundial debe recuperar los valores basilares de la humanidad, basados a su vez en una inherente dignidad y en la más amplia garantía de derechos para todas las personas.

En la materia que aquí nos ocupa ese esfuerzo no solo no ha decaído, sino que ha cobrado vigor. De muestra, un botón: la Resolución 72/163, de la Asamblea General, aprobada en 2017 y publicada en 2018 dentro del septuagésimo segundo periodo de sesiones, donde realiza una defensa cerrada de la prohibición absoluta de la tortura en todo caso y bajo cualquier circunstancia, anclándola en el mejor derecho consuetudinario, y reconociendo, una vez más, su carácter de norma imperativa, de *ius cogens*. Y en la misma se celebra por parte de la Onu con motivo de satisfacción el establecimiento del Subcomité de Prevención de la Tortura, organismo que va a resultar clave en la lucha contra este tipo de prácticas (Pino Gamero 2013).

Efectivamente, el principal avance en los últimos años ha sido la adopción del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, alumbrado en 2002, y cuya entrada en vigor tuvo lu-

gar en junio de 2006, del cual forman parte al día de hoy noventa Estados miembros. El Protocolo crea el llamado Subcomité para la Prevención de la Tortura (Spt), y le atribuye dos funciones de la mayor importancia. Por un lado, realizar visitas periódicas con carácter preventivo a todos los centros de detención del país miembro en cuestión. Por otro, la creación de un mecanismo nacional de prevención contra la tortura. España dio cumplida cuenta de la obligación en 2009, creando el mismo bajo el amparo de nuestra Defensoría del Pueblo (Mariño Menéndez y Cebada Romero 2009; Steinerte 2016; Nowak 2012: 122).

No parece que haya muchas dudas sobre la clara inspiración del modelo de Naciones Unidas en el modelo del Consejo de Europa, tanto en el espíritu y la letra del Tratado como en el órgano creado para velar por su cumplimiento (De Beco 2011). Como tampoco parece que las haya de que, salvada esa similitud, en realidad funcionan de forma diferente, especialmente si tenemos en cuenta algunas peculiaridades que marcan impronta. Sin ir más lejos, mientras el Spt cubre noventa Estados de todas las partes del mundo, el Cpt presta servicios en cuarenta y siete, ceñidos obviamente en el contexto europeo (Evans 2016).

Respecto a la composición, el Spt de la Onu está compuesto por 25 miembros, de distintos países, debiendo respetarse la equidad en la distribución de género y geográfica, por un mandato de cuatro años, renovable. Sus componentes deben ser expertos independientes e imparciales en materia de prevención de tortura y son elegidos por cada Estado Miembro. Sus normas de selección establecen literalmente que "serán elegidos entre personas de gran integridad moral y reconocida competencia en la administración de la justicia, en particular en las esferas del derecho penal, la administración penitenciaria o policial, o en las diversas esferas de interés para el tratamiento de personas privadas de su libertad" (artículo 5). Sus integrantes son desde médicos forenses hasta profesores de universidad, pasando por abogados, médicos, psiquiatras, y/o psicólogos. Cuando realizan la visita en no

pocas ocasiones lo hacen acompañando al mecanismo nacional de prevención correspondiente, aunque la necesidad y/u obligación de hacerlo así es algo sometido a debate doctrinal (Steinerte 2013).

El SPT celebra tres reuniones anuales en Ginebra (Suiza) durante los meses de febrero, junio y noviembre. En dichas reuniones prepara las visitas a los países y las misiones que se van a llevar a cabo. El listado completo se publica en noviembre, y las fechas exactas se publican con algunos meses de antelación. Suele realizar de media entre tres y seis visitas al año. Tomando datos recientes del año 2017, se realizaron diez; una (la de Ruanda) debió suspenderse porque no quedaba garantizado el correcto desempeño del mandato. El Subcomité puede visitar cualquier país en cualquier momento, sin que sea necesaria invitación previa. Y lo hace a través de dos tipos de misiones: las misiones de larga duración (hasta diez días), y las misiones de corta duración (hasta cuatro días).

Cada visita finaliza con un Informe, donde se explicitan los análisis, observaciones y recomendaciones pertinentes. Dicho informe es trasladado al Estado, para que proceda a formalizar la contestación como estime oportuno. Dichos informes son confidenciales con carácter general. La única excepción es que el Estado afectado decida hacerlos públicos. En ocasiones, entre una cosa y la otra suele mediar un comunicado de prensa oficial emitido por el SPT, donde da cuenta de algo que le haya llamado especialmente la atención como consecuencia de su visita.

Por lo demás, el Subcomité emite todos los años un Informe Anual donde recoge la actividad que ha llevado a cabo durante el periodo anterior. El último que existe hasta la fecha es el 12º Informe, de 13 de marzo de 2019. En él da cuenta de que ya son ochenta y ocho Estados parte y 15 Estados signatarios los que pertenecen al Protocolo. Refiere las visitas realizadas (Uruguay, Belice, Portugal, Polonia, Kirguistán, Liberia) y los diferentes centros de detención donde llegó (34 prisiones, 53 comisarías de policía, 11 centros de detención de menores, 8 psiquiátricos y 3 centros de internamiento de inmigrantes en régimen cerrado). Explica

que ha creado una *lista negra* de países que todavía no han implementado sus mecanismos nacionales de prevención y relata la cooperación constante con diversos órganos de Naciones Unidas y con diversos órganos regionales que se dedican a las mismas tareas, así como de la sociedad civil (mención especial para el CPT y la APT, respectivamente). El motivo más preocupante que el SPT señala es la falta de recursos humanos, lo cual ha afectado al descenso en el número de visitas planificadas. Además, insiste en que no tiene deber de avisar previamente las visitas, ni tampoco, una vez comenzada esta, aceptar *sugerencias* sobre qué centros visitar y cuáles no. Y hace un llamamiento a que las autoridades sean sinceras en sus manifestaciones, porque la dignidad y el respeto de los derechos humanos no aceptan tales conductas.

Debe quedar claro que el leitmotiv del SPT no es condenar a los Estados (no puede), ni, si se permite la expresión, sacarles los colores (no debe), sino dar cumplida cuenta de la por lo demás esencial tarea de prevenir cualquier tipo de tratos constitutivos de tortura o similares. Es capital que recuerde estos márgenes a la hora de hacer su trabajo porque es una de las principales fuentes de legitimidad de la que goza (Evans 2016).

El propio SPT argumenta, por un lado, que dicha prevención depende de varios factores de diversa índole, a saber: del tipo de país; de su nivel de respeto a los derechos humanos; de si presenta o no exclusión social, corrupción, discriminación y, en general, del resto de causas que repercuten en la higiene democrática de un país. A juicio del SPT lo principal es que los Estados rodeen de garantías y salvaguardias procedimentales todas y cada una de las situaciones que puedan suponer el caldo de cultivo conducente a (al menos propicio para) excesos y abusos, desde la detención policial hasta el cumplimiento de la pena de prisión, por nombrar dos de las situaciones más típicas dentro de esta casuística. La situación será mejor si existen mecanismos de control, tanto internos como externos, que supervisen la situación de los afectados. Así, es importante que existan redes conectadas entre el mecanismo nacional de pre-

vención, la sociedad civil, y los jueces, todos ellos garantes de la tarea preventiva. Tarea que, nos recuerda el SPT a modo de colofón, no admite exclusividad, sino que exige un enfoque multidisciplinar y multifuncional.

2. El caso de España

Respecto a España, debemos aludir, primero, a las labores del Comité contra la Tortura respecto a nuestro país, porque las mismas sirven para situarnos sobre el terreno y contextualizar el marco de trabajo del propio SPT. Acto seguido, se pasa a referir el Informe más reciente que el SPT ha evacuados sobre España después de la última visita a nuestro país (la visita tuvo lugar en 2016 y la publicación del Informe en 2018). Recordemos brevemente que hablamos de un Comité integrado por diez expertos de alta consideración moral y reconocida competencia en el ámbito de los derechos humanos y realiza diversas tareas, entre ellas y a los efectos que aquí interesa, cabe destacar la evaluación de los informes periódicos que remiten los Estados donde explicitan las medidas adoptadas, así como la resolución de las quejas que los Estados y/o los individuos les hacen llegar, así como ciertas facultades de investigación basadas en el artículo 20 de la Convención (Rodley 2009: 210).

El último Informe del Comité contra la Tortura, órgano supervisor de la Convención contra la Tortura, evaluó el sexto informe periódico presentado por nuestro país. Allí se establecen como "Principales motivos de preocupación y Recomendaciones" diversas cuestiones. Empezando por la tipificación penal del delito de tortura de forma adecuada al artículo 1 del Convenio; continuando con la necesidad de que la tortura no prescriba, que se elimine el régimen de detención incomunicada, y que se grabe toda actuación en dependencias policiales (grabaciones debidamente custodiadas y puestas a disposición de las partes implicadas si así lo solicitan); y acabando por la recomendación de que se reflexione sobre la posibilidad de eliminar/suavizar el régimen de aislamiento en nuestras cárceles así como evitar ciertas prácticas que socavan

la credibilidad de estas medidas (por ejemplo: indultar a agentes condenados mediante sentencia judicial por la comisión del delito de tortura).

Lo cierto y verdad es que este tipo de carencias y deficiencias no son nuevas. Se pueden rastrear en diferentes Informes que otros tantos organismos de protección contra la tortura de la Onu vienen dictando en las últimas fechas. Por ejemplo, desde la *Relatoría Especial sobre la cuestión de la Tortura,* o desde la *Relatoría Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.* Dentro de la primera destaca el *Informe Van Boven*, (Onu, *E/CN.4/2004/56/Add.2*, 6 febrero 2004), quien después de una misión a España donde se reunió con diferentes representantes institucionales y de la sociedad civil publicó un Informe en 2004 muy centrado en la lucha antiterrorista. El *Informe Juan Méndez* (Onu, *A/HRC/19/61/Add.3*, 1 marzo 2012) dio cuenta, ocho años después, de las acciones acometidas por el Gobierno implementando tales recomendaciones.

Respecto al Informe del Spt sobre la que es todavía la única visita nuestro país, decir que se comunica al Estado el 15 de marzo de 2018; el Gobierno envía la respuesta pertinente con fecha de 27 de julio de 2018 y da luz verde a su publicación, lo que sucede el 7 de octubre de 2019. ¿Cuáles son los aspectos más reseñables del mismo? Debemos diferenciar entre dos partes del Informe. Por un lado, las recomendaciones que realiza al mecanismo de prevención nacional y las recomendaciones que realiza al Estado parte.

i. Recomendaciones al Mecanismo Nacional de Prevención

Lo primero que podemos destacar es la ayuda y asistencia que ha prestado al mecanismo nacional de prevención al Subcomité, especialmente en la visita conjunta que hicieron ambos a un centro penitenciario español. El Spt alaba el trabajo realizado por el mecanismo por su profesionalidad, experiencia, capacidad y rigor. Además, valoró muy positivamente que desde dicho mecanismo nacional se estén elaborando diferentes documentos y buenas prác-

ticas sobre cómo prevenir la tortura y los malos tratos en las cárceles españolas, resaltando el ejemplo de la *Guía de buenas prácticas en contenciones mecánicas* (Defensor del Pueblo 2017).

Hablando ya de las recomendaciones propiamente dichas, el Informe realiza una disección en función de que las recomendaciones sean institucionales o metodológicas. Dentro de las recomendaciones institucionales destacan dos. La primera, que se realicen campañas de concienciación y conocimiento del mecanismo nacional y de sus actividades, incluso planteando la posibilidad de que tenga un logo y unos colores e indumentarias propias. La segunda, presentar una propuesta al Parlamento para que se le dote de un presupuesto propio y específico, separado del que tiene asignado el Defensor del Pueblo.

Dentro de las recomendaciones metodológicas cabe destacar las siguientes. En primer lugar, se recomienda una mejora en la forma de realizar las entrevistas, recomendando entrevistas abiertas en profundidad, y haciendo hincapié en cuestiones básicas tales como la confidencialidad y la no represalia ante estas. En segundo lugar, contar con suficiente número de intérpretes, así como de material informativo en diferentes idiomas, atendiendo a la multiculturalidad de la población reclusa. En tercer lugar, explicar la diferencia en el mandato entre el mecanismo nacional y el Defensor del Pueblo, porque las "quejas" que se pueden presentar ante este son una cosa y la tarea del primero es otra. En cuarto lugar, destaca realizar un mejor seguimiento de las recomendaciones, especialmente en lo atinente a presentarlas a las autoridades competentes con celeridad, llevando a cabo un seguimiento real y pronto. Y en quinto y último lugar, el Subcomité apuesta porque se le siga informando, tal y como viene haciendo España, de la evolución de los acontecimientos.

ii. Recomendaciones al Estado parte

El SPT aborda en primer término los "Aspectos relativos al marco jurídico e institucional para la prevención de la tortura y malos

tratos". Recomienda a España que armonice y acabe de pulir la tipificación del delito de torturas, así como se planteé la eliminación del régimen de detención incomunicada (especialmente para los adolescentes de entre 16 y 18 años). Respecto al régimen de aislamiento, recomienda revisar y modificar su plazo máximo, sin que se supere en ningún caso los 15 días, debiendo ser una medida de último recurso en casos excepcionales y con las revisiones médicas necesarias. Respecto al régimen cerrado, recomienda un límite temporal que impida su renovación indefinida, la asistencia médica y el acceso a actividades en común. Finalmente, dedica el sub-apartado más amplio a las torturas y malos tratos. Las recomendaciones pasan por aquí porque se investiguen eficazmente las denuncias que se produzcan en ese sentido, por un órgano independiente; porque los presos tengan acceso a quejas ante las autoridades de la prisión; llevar un registro de tales denuncias y procesos y garantizar sus salvaguardas. Además, estima positiva que se fortalezca el turno de oficio de los abogados que asisten a los detenidos, así como toda medida que refuerce la labor de los juzgados de vigilancia penitenciaria.

Otro de los apartados de estas recomendaciones se refiere a los lugares visitados. Respecto al hacinamiento y el estado de las infraestructuras, el SPT hace algunas alusiones a que se mejoren las instalaciones de algunas comisarías visitadas. También se insiste en que se provea de alimentos de calidad y de forma regular. Además, recomienda que España diferencie entre los presos preventivos y los presos condenados, en aras de respetar la presunción de inocencia de los primeros. Respecto a la salud, recomienda que los médicos que asisten estos centros no dependan directamente del Ministerio del Interior, en pos de la independencia en el ejercicio de sus funciones; además, convendría que se uniformice la atención médica en todos los centros, incluyendo el acceso a especialistas. Respecto a las lesiones detectadas y a la atención correcta de patologías mentales, el SPT hace votos porque se tengan en cuenta los criterios del Protocolo de Estambul y las Reglas *Nelson Mandela*.

La parte final del Informe se dedica a lo que denomina *Grupos privados de libertad en particular situación de vulnerabilidad*. Así, detecta tres focos de problemas ligados a mujeres; a migrantes; y a niños y niñas adolescentes. Respecto a las mujeres recomienda que puedan acceder a actividades de trabajo y de ejercicios físicos, así como que se aplique el enfoque de género que amparan Reglas de Bangkok; sugiere, además, que se ponga especial atención a unas infraestructuras adecuadas para las madres con hijos. Respecto a los migrantes, recomienda que se investiguen efectivamente las denuncias de malos tratos, que se tenga en cuenta que los Centros de Internamiento de Extranjeros no funcionan ni deben funcionar como cárceles y que los retenidos por la policía lo sean de forma excepcional y rodeados de garantías. Sobre las devoluciones en caliente recuerda que es una proscrita por la legislación internacional que rige; y finalmente anota algunas mejoras en los centros temporales respecto a la protección de las personas LGTBI. Respecto a niños, niñas y adolescentes, al SPT le preocupa que la responsabilidad penal se haya rebajado hasta los catorce años, y que el régimen disciplinario sea especialmente cuidadoso para con su dignidad.

IV. El marco del consejo de Europa

Es el turno ahora de hacer lo propio con el sistema del Consejo de Europa (Cassese 1989; Evans y Morgan 1999; Ruiloba 2005; Pastor Ridruejo 2009; Ginés Santidrián 2010; Andenas y Bjorge 2011). Sin perjuicio de la labor que lleva a cabo el Tribunal EDH en su interpretación del artículo 3 del Convenio EDH (Salado 2009; Santamaría 2015; Vermeulen 2006; y Burgorgue-Larsen 2019). El principal mecanismo preventivo creado bajo los auspicios del Consejo de Europa es el Convenio Europeo de Prevención de la Tortura (CEPT), el cual crea como órgano supervisor el Comité de Prevención de la Tortura (CPT), modelo a seguir y faro tanto del SPT como de los MNP (Cassese 1991: 155).

1. El Convenio Europeo de Prevención de la Tortura y el Comité de Prevención de la Tortura

Tanto el Cept como su mecanismo de protección, ese *watchdog* llamado Cpt, entraron en funcionamiento a finales de los años ochenta del pasado siglo y ambos fueron una iniciativa calificada de *revolucionaria* en el conjunto de la comunidad internacional (Cassesse 1991; Salado 1994: 577; Bicknell *et al.* 2108: 18). Estamos hablando de uno de los mecanismos de protección de derechos humanos más prestigiosos del ámbito europeo, cuyo éxito se ha llevado a otras latitudes y cuyos réditos en la actualidad son ampliamente favorables. Es una historia de éxito (Kozma 2012: 149; Nowak 2012: 122; Dipla 2017: 380).

Siguiendo a los expertos en la materia, el sistema se basa en los siguientes caracteres (Bicknell *et al.* 2018: 37; Ruiloba 2010). En primer lugar y como su propio nombre indica, es un sistema preventivo, que pretende ayudar a mejorar las condiciones de detención de toda persona privada de libertad en el territorio de cualquier Estado miembro del Consejo de Europa. En segundo lugar, a tal fin el Cpt realiza una serie de visitas a los centros de privación de libertad de los Estados miembro, que pueden ser periódicas (por lo general, una vez cada cuatro años, publicándose un listado previo aunque sin explicitar la fecha exacta de las mismas) y/o *ad hoc* (por un motivo concreto, por ejemplo supervisar las condiciones de un vuelo de retorno de expulsados, visita que no se anuncia al público). En tercer lugar, las expediciones finalizan con un Informe, donde se da cuenta de la visita al completo y se exponen las recomendaciones/observaciones que el Cpt traslada hace al Estado parte. En su momento, este fue el primer organismo internacional en implementar los sistemas de visitas sin necesidad de autorización por parte del Estado visitado, constatando una vez más su carácter pionero. Incluso puede acudir a visitar mas sitios que los notificados originariamente.

Sobre esta última cuestión hay que decir que la notificación de la visita periódica pasa por un proceso de tres fases. Primero,

se informa de que podrá ir a cualquier sitio. Y dos semanas antes, se notifica cuando irán, lo cual facilita mucho poder entrevistarse con autoridades de mayor rango (Ministros del ramo, Magistrados de altos tribunales, Fiscal General, o Directores de Prisiones, entre otros). La tercera es la realización efectiva de la visita. En este sentido es importante reseñar que se suele invocar el artículo 8.1 del Cept para defender que el Cpt notifique previamente las visitas al Estado parte. Su tenor literal es claro: "1. El Comité notificará al Gobierno de la Parte interesada su propósito de efectuar una visita. Hecha la notificación, el Comité estará facultado para visitar, en cualquier momento, los lugares previstos en el artículo 2".

Los lugares a los que acude son todos aquellos donde haya personas privadas de libertad, al objeto de saber en qué condiciones están y cómo se les trata, siempre teniendo en cuenta que se trata de ayudar al Estado a prevenir situaciones que acrezcan el cumplimiento de la obligación internacional. Para ello se persona en comisarías de policía, dependencias de guardia civil, centros penitenciarios, centros de detención de menores, centros de internamiento de extranjeros, centros de internamiento temporal de extranjeros, u hospitales psiquiátricos, entre muchos otros. La dicción literal vuelve a ser clara, dado que según el artículo 8.2 establece que:

> "Toda Parte deberá dar al Comité las facilidades siguientes para el cumplimiento de sus funciones: a) acceso a su territorio y derecho a desplazarse por él sin restricciones; b) cualesquiera datos sobre los lugares en que se encuentren personas privadas de libertad; c) la posibilidad de desplazarse a su voluntad a todo lugar donde haya personas privadas de libertad, incluido el derecho a moverse sin trabas en el interior de esos lugares; d) cualquier otra información de que disponga la Parte y que necesite el Comité para el cumplimiento de su labor. Al recabar esta información, el Comité tendrá en cuenta las reglas jurídicas y deontológicas aplicables a nivel nacional".

Como último apunte cabe resaltar que extiende su jurisdicción territorialmente más allá de los márgenes estrictamente europeos (Antillas Holandesas y Aruba; Ceuta y Melilla; la Guayana Francesa; Gibraltar; Groenlandia; Martinica y Reunión). Además, determinados territorios de ciertos Estados partes de la Convención no caen bajo la jurisdicción del Cpt, aunque no es menos cierto que conforme el paso del tiempo estos han quedado reducidos a casi nada. No se puede obviar que el Cpt presta servicios incluso más allá de donde los Estados ejercen su soberanía. Hablamos de Kosovo, donde se alcanzó un acuerdo con la Administración Interina de Naciones Unidas (Unmink) a tales efectos. Y otro tanto se puede decir de diversos tribunales penales internacionales, con quienes ha llegado a acuerdos para acceder a los lugares donde las personas detenidas/condenadas se encuentren (Bicknell 2018: 18).

El Cpt lleva a cabo de media dieciocho visitas al año, cuya duración oscila desde los dos-tres días hasta las dos semanas. En las mismas tiene acceso ilimitado a todas las estancias del centro en cuestión, y pueden moverse con total libertad por ellos. Una parte importante de su visita suele ser las entrevistas, porque la delegación suele celebrar multitud de entrevistas con los privados de libertad, con funcionarios de prisiones, con diversas autoridades, con asistentes, o con médicos, por mencionar algunos.

Conviene retener, en fin, algunos datos interesantes. El Cpt no es un Juez y, por ello, no puede interferir en la interpretación del artículo 3 Convenio Edh, aunque lógicamente debe tenerlo en cuenta a la hora de hacer su trabajo. Su finalidad es orientativa, basada en informar y recomendar, no en juzgar ni en sentenciar. La segunda es que se rige por los principios de cooperación y confidencialidad. Los Estados parte y el propio Cpt deben cooperar mutuamente, sobre la base del entendimiento y la lealtad recíproca. Además, los trabajos del Cpt son confidenciales, debiendo autorizar los Estados que se publiquen los Informes que les afecten. La tercera es la relación recíproca establecida entre el Cpt y el Tribunl Edh a propósito, precisamente, del artículo 3 Convenio Edh.

La primera vez que la Comisión Europea de Derechos Humanos toma en consideración lo que dijo el Cpt fue en *T.S., Th. y M. vs. Austria* (10 julio 1991) y dos años más tarde volvió a hacerlo en *L.J. vs. Finlandia* (28 junio 1993). Siendo ya el Tribunal Edh, la primera vez que este lo hace es en *Amuur vs. Francia* (25 junio 1996), pero no siguió su criterio en el fallo. El verdadero avance se produjo con *Aerts vs. Bélgica* (30 julio 1998), donde el Tribunal Edh maneja en su razonamiento explícitamente un informe del Cpt sobre el sistema penitenciario belga, aunque finalmente no acabe condenando al Estado en cuestión.

En cuanto a su composición, decir que los criterios no son especialmente novedosos. Se compone de 47 miembros, uno por cada Estado-parte. Sus miembros son expertos independientes e imparciales. Se nombran por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a propuesta de cada uno de los Estados parte, de entre personas expertas en el mundo del Derecho, la Medicina, la Psicología, la Administración Penitenciaria y/o la Administración Policial. Una vez elegidos, forman parte del Cpt y a él se deben; esto es, no son representantes de los Estados que los seleccionaron. Es más, para garantizar una escrupulosa independencia en el desempeño del cargo, el miembro *nacional* no acude en la comitiva que visita "su" Estado. Hay veces que, como sucede a la fecha de cierre del presente trabajo, las vacantes tardan un poco más en cubrirse, como es el caso de Bosnia-Herzegovina (Cpt 2020).

El Cpt maneja una serie de estándares que publica al hilo de los informes que son producto tanto de visitas periódicas como de visitas *ad hoc* (y son de dominio público). En lo que hace al ámbito específico de las prisiones, destacan los criterios relacionados con el encarcelamiento, más precisamente con las llamadas "condiciones de encarcelamiento". De ello se extrae que el Cpt observa con detalle el clima reinante en la prisión, velando por la calidad global intramuros, siendo de gran importancia tejer entre todos los sujetos implicados relaciones sanas y constructivas, así como la importancia de que los centros sean dotados de un cuerpo de funciona-

rios bien formado y preparado. Aunque no puede perder de vista que deberá focalizar sus esfuerzos en los aspectos más importantes.

Por ejemplo, el Cpt ha llegado a evaluar si la separación de la población reclusa entre fumadores y no fumadores se atenía o no a la obligación de prevenir. Este es justo el tipo de actuaciones que el órgano debe evitar —aunque, en honor a la verdad, son tan puntuales como anecdóticas (Kicker *et al*. 2011: 485)—. A la hora de confinar a presos en regímenes cerrados, el Cpt analiza la medida a la luz de los criterios manejados por el Tribunal Edh (proporcionalidad, legalidad, registro y documentación, necesidad, no discriminación). No menos importante es la tarea de observar que se cumplan los principios básicos a la hora de proveer de servicio y asistencia sanitaria a los reclusos (acceso a un médico; igualdad en la asistencia; consentimiento del paciente y confidencialidad; asistencia preventiva y/o humanitaria; independencia y competencia profesional). En todo caso, el examen médico debe ser realizado individualmente y no en grupos, siempre a resguardo de ojos y oídos de terceros. En el caso de que el galeno lo solicite, los funcionarios pueden estar presentes.

En sus inicios el Cpt fue objeto de ciertas trabas que han ido desapareciendo conforme el paso del tiempo (Salado 1994: 575). No obstante, conviene tenerlas en cuenta porque nos ponen sobre la pista de eventuales resistencias de los Estados (aunque en honor a la verdad el balance en líneas generales es muy favorable y positivo). Valgan como ejemplos los siguientes. Al saber de la visita, un país decidió que la delegación visitante necesitaba visado y que, de no conseguirlo, no podrían entrar al mismo. En otras ocasiones, ha habido más de un país que ha hecho esperar varias horas a la delegación a las puertas del centro correspondiente. En otra ocasión un Fiscal se opuso a que la comitiva del Cpt se entrevistara con personas detenidas, por "no haber anunciado la visita" (actitud que entraña la vulneración del artículo 8.3 Cpt, donde se dice que: "el Comité podrá entrevistarse sin testigos con las personas privadas de libertad").

En otra ocasión y en otro país un juez denegó el acceso a un sumario de un detenido fue otra. O las dificultades que diferentes autoridades nacionales pusieron para acceder el expediente médico de ciertos detenidos. El último Informe Anual (2017) suministra diversos datos de interés, especialmente en el caso de Bélgica. A través de una serie de visitas previas en años anteriores, el CPT ha ido constatando que la situación de las cárceles belgas no cumplía con unos mínimos estándares. Su población reclusa es del 112%. No hay prisiones suficientes (de hecho, han alquilado una a Holanda que les cuesta 30 millones de euros al año), etc. En 2016 realizó una visita *ad hoc*, comprobando que la huelga de funcionarios de prisiones había vaciado casi por completo algunas prisiones de personal, siendo asistidos los presos por militares, servicios sociales, etc.

Ese mismo año, el Tribunal EDH dictó la sentencia *W.D. vs. Bélgica* (6 septiembre 2016), recurriendo a la técnica del *caso-piloto*, donde condena a Bélgica por vulnerar el artículo 3 del Convenio EDH al incurrir en tratos degradantes: los presos estaban en un ambiente penitenciario sin tratamientos acordes a las necesidades que presentaban su salud, al igual que carecían de unas mínimas condiciones de higiene y salubridad. Entiende que el problema es estructural y le da de plazo dos años para resolverlo (en algunos centros hubo incluso reclusos que fallecieron en estas condiciones). En 2017, el CPT no tuvo más remedio que hacer un *public statement* donde hacía saber que se habían cruzado diversas líneas rojas y que la situación podía desembocar en tragedia. Parece ser que el Gobierno belga tomó nota y está implementado soluciones (CPT 2018).

El balance que se viene realizando del CPT y sus labores es sumamente positivo. Así, se ha destacado que se ha construido un cuerpo de criterios a través de las visitas a tener muy en cuenta. El miedo que existió en su día de que los diferentes mecanismos de protección se solapasen se ha revelado infundado (Cassese 1991: 138). Pero, al fin y al cabo, sigue siendo necesaria la participación activa de los Estados a la hora de reprimir las conductas que tienen

que ver con torturas o malos tratos (Cruz 2011: 129). Para Cassese, tanto el CEPT como el CPT son fruto del ejemplo de esa larguísima tradición de personas y administraciones que desean poner los ideales de la razón en práctica, con los ejemplos de Beccaria y Kant, entre otros, en mente. Adoptando la CEPT, dirá Cassese: los Estados parte hacen que la ética prevalezca sobre el poder. Y la humanidad y la solidaridad prevalecen sobre la violencia y la vulneración de la dignidad (1991: 149).

2. El caso de España

El CPT ha visitado España en diecisiete ocasiones. La primera fue en 1990, apenas puesto en marcha el sistema, y la última en 2018, acudiendo a determinados establecimientos de privación de libertad de la Comunidad Autónoma de Cataluña. El CPT visitó diversos centros catalanes desde el 6 al 13 de septiembre de 2018, donde deseaba conocer los progresos hechos por las autoridades penitenciarias catalanas desde las visitas realizadas en 2011 y 2012 (CPT 2018). El CPT ha anunciado recientemente que en 2020 volverá a nuestro país, para realizar la correspondiente visita periódica. De ese total de diecisiete, diez de ellas fueron visitas *ad hoc*, esto es, para tratar sobre una cuestión determinada. Y siete fueron visitas periódicas. Se han publicado dieciséis informes al término de cada una de ellas, donde se contienen las principales recomendaciones que se hacen en materia de prevención de la tortura y cualesquiera malos tratos.

Haremos aquí mención del último Informe referido a la última visita periódica, emitido en 2017 y referido a la visita celebrada del 27 de septiembre al 10 de octubre de 2016 [CPT/Inf (2017) 34]. El Informe se centra en cuatro lugares especialmente sensibles, de ahí que se haya optado por acudir a la cita literal de algunos párrafos completos, extremo que esperemos el lector nos perdone.

i. Centros de detención policial

En los centros de detención policial (comisarías, calabozos), el Cpt observa que

> "la gran mayoría de personas con las que se entrevistó la delegación afirmaron haber sido tratadas correctamente por parte de las fuerzas del orden. Sin embargo, la delegación tuvo conocimiento de ciertas denuncias creíbles de uso excesivo de la fuerza en el momento de la detención y de casos de personas que habían sido maltratadas físicamente por los agentes de policía en el momento de su llegada a comisaría. Del mismo modo, también se nos transmitieron denuncias sobre comportamiento irrespetuoso por parte de los agentes de policía hacia personas detenidas y sobre el hecho de ajustar demasiado fuerte las esposas" (2017).

De hecho, la aplicación de salvaguardias sobre privación de libertad por parte de las fuerzas del orden no ha supuesto mayor problema. De manera más específica, casi todas las personas con las que se entrevistó la delegación confirmaron que habían tenido oportunidad de contactar con algún familiar poco después de haber sido detenidas, que la policía les había preguntado si deseaban los servicios de un abogado y que antes del primer interrogatorio con la policía habían podido reunirse con el letrado en privado. Es más, las personas bajo custodia policial con algún problema médico (p. ej.: una herida visible) o que habían solicitado ver a un facultativo fueron atendidas rápidamente por uno. Sin embargo, los extranjeros retenidos por la policía no pudieron contactar con familiares en los casos en los que estos vivían fuera del territorio nacional (incluso no teniendo a ninguna persona con la que contactar en España).

Además de abordar este asunto, el Cpt recomienda garantizar que "todas las personas detenidas por las fuerzas del orden estén plenamente informadas de sus derechos fundamentales desde el mismo momento de su detención". Respecto a las condiciones materiales, la escasa ventilación continúa siendo un problema en la mayoría de los lugares visitados, algunas celdas tenían poca

iluminación artificial y ninguna de las visitadas por la delegación contaba con luz natural, algo que es contrario a las normas convencionales. Es más, en varias celdas no había suficiente espacio para la cantidad de personas que se encontraba en ellas. El Cpt hace hincapié en que las celdas que miden menos de 5 m2 no deberían utilizarse para hacer pasar la noche a un detenido y que sería aconsejable que las de custodia policial con capacidad para una sola persona, que se utilizan para una noche, midieran 7 m2.

En un lenguaje que deja poco margen a las dudas,

> "el Cpt toma nota de los recientes desarrollos normativos que han hecho que el ámbito de aplicación del régimen de detención incomunicada se limite y que las restricciones que pueden imponerse a los internos se establezcan de forma individual. El hecho de que el número de decisiones judiciales para aplicar la detención incomunicada haya disminuido en los últimos años y que no se haya ordenado este régimen de detención ni en 2015 ni en 2016, es un avance positivo. No obstante, el Comité enfatiza que el régimen de detención incomunicada hace que las salvaguardias fundamentales sigan estando limitadas de manera importante. El Comité considera que, por principio, la posibilidad de imponer este régimen es algo que debería eliminarse por completo de la legislación española" (2017).

ii. Centros penitenciarios

El Cpt valora de forma positiva el considerable esfuerzo realizado por las autoridades españolas para poner fin al hacinamiento, algo que en los últimos años ha dado importantes resultados (alabando el aumento del número de penas no privativas de libertad y la reducción legal de otras). Indica que "la gran mayoría de los internos que se encuentran en módulos de régimen ordinario (entre los que se incluyen los llamados *módulos de respeto*": Grueso 2010) entrevistados por la delegación del Cpt no alegaron haber sufrido maltrato físico por parte del personal. Sin embargo,

> "sí recibimos una importante cantidad de denuncias sobre maltrato físico (respaldadas por documentos médicos) por parte de detenidos que se encuentran en los módulos de régimen cerrado y departamentos especiales. Se trata de 'bofetadas, puñetazos, patadas y golpes con porras propinados, principalmente, a modo de castigo informal tras episodios de desobediencia, violencia entre prisioneros o casos de autolesión' –También se hizo saber a la delegación que algunos de estos maltratos físicos tuvieron lugar mientras el prisionero estaba sometido a sujeción mecánica, lo que da lugar a que se manifieste– 'seriamente preocupado por la gravedad de estos hechos y se recomienda que los directores de los centros lleven a cabo una mayor supervisión del personal y se garantice que las quejas presentadas por los detenidos sean investigadas de modo eficaz' (Cpt 2017). Asimismo, el Cpt recuerda que el personal sanitario tiene el deber de registrar de forma precisa toda lesión que observe en los presos y que sea indicativa de maltrato físico por parte del personal, e informar de ello a las autoridades judiciales competentes".

El Cpt constata que, en general, los centros penitenciarios visitados ofrecían buenas condiciones materiales para el alojamiento de internos que se encontraban en módulos de régimen ordinario. No obstante, se pudieron observar ciertas deficiencias en los módulos de régimen cerrado y los departamentos especiales. En lo relativo al régimen, se pudo ver que en todos los centros penitenciarios visitados se ofrecía a los detenidos en módulos de régimen ordinario una gran variedad de actividades ocupacionales (incluido trabajo remunerado). De hecho, el abanico de actividades organizadas era muy amplio. Sin embargo, la situación era menos favorable en los módulos de régimen ordinario en los que se encuentran presos más problemáticos.

Asimismo, las condiciones del régimen cerrado y los departamentos especiales eran más limitadas, consistían, en general, en sólo tres o cuatro horas al día para poder hacer ejercicio al aire libre. A pesar de las recomendaciones realizadas por el Cpt en anteriores informes, "vemos que se ha hecho poco para promover la reintegración de detenidos en módulos de régimen ordinario". Aparte

de esto, la delegación se reunió de nuevo con una serie de detenidos que presentaban claros signos de trastornos mentales y cuyo estado había empeorado debido al régimen restrictivo aplicado en los módulos de régimen cerrado y departamentos especiales. El Cpt recomienda que las autoridades españolas desarrollen un régimen de actividades ocupacionales para los detenidos en módulos de régimen cerrado y departamentos especiales (incluidos también los detenidos clasificados en primer grado) aplicando plenamente la Instrucción 12/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Un asunto que preocupa especialmente el Cpt es la sujeción mecánica, recordando que

> "las recomendaciones que en el pasado hizo el Cpt para que se regulara debidamente el recurso a la inmovilización, no se han aplicado. Una vez más, la delegación del Cpt vio que se recurría a la inmovilización de los presos durante largos períodos (días y horas, y no minutos) sin ningún tipo de supervisión ni registro adecuado. Es más, parece ser que en algunos casos el motivo por el que se recurría a ella era claramente punitivo (por ejemplo, en caso de resistencia pasiva a una orden dada por el personal) y algunas de las formas en la que se llevaba a cabo (sin permitir a los presos hacer sus necesidades) suponían un ataque a su dignidad. Asimismo, la medida también se aplicaba a menudo a detenidos con problemas mentales. El Cpt considera que los intentos por regular la fijación mecánica han fracasado y que la medida es abusiva en todos los centros que el Comité ha visitado" (Cpt 2017).

Y concluye: "en opinión del Cpt, la medida de la fijación mecánica podría suponer, en muchos casos, trato inhumano o degradante. En el informe se insta a las autoridades españolas a que dejen de recurrir a la sujeción mecánica con fines regimentales en las prisiones" (Cpt 2017).

En su conjunto, el nivel de los servicios sanitarios de las prisiones visitadas era aceptable y la dotación de personal también era suficiente en general. Ahora bien,

> "la posibilidad de recibir atención psiquiátrica seguía siendo algo problemático debido a la escasez de recursos y las visitas poco frecuentes de psiquiatras externos, por lo que las autoridades españolas deberían remediar esta situación. […] El Cpt comprobó que en varios centros penitenciarios se imponían períodos consecutivos (hasta de 14 días) de aislamiento con fines disciplinarios que se interrumpen sólo durante un día. El Cpt reitera su recomendación de que no se someta a ningún interno a régimen de aislamiento de forma continua, a modo de castigo, más de 14 días. El informe aborda la situación del personal de prisiones, los prisioneros *transgénero*, los cacheos a los presos y la efectividad del sistema de denuncias, recomendando que se tomen medidas cuando sea necesario. En cuanto a la supervisión judicial del sistema penitenciario, el Cpt observó, una vez más, que los jueces de vigilancia penitenciaria actuaban principalmente como *meras autoridades para refrendar* decisiones tomadas por la administración de los centros penitenciarios, más que como entidades independientes e imparciales de supervisión. Consecuentemente, el CPT formula una recomendación especial dirigida al Consejo General del Poder Judicial para que aborde este asunto" (Cpt 2017).

iii. Centros de detención para menores

A juicio del Cpt, "la gran mayoría de menores con los que se entrevistó la delegación (...) no presentaron queja alguna contra el personal. Todo lo contrario, muchos de ellos afirmaron explícitamente que el trato que recibían era correcto e hicieron comentarios positivos sobre varios grupos del personal". Sin embargo, en ambos centros, se tuvo constancia de "varias denuncias creíbles relacionadas con maltrato físico deliberado por parte del personal hacia los detenidos". Respecto a las condiciones materiales de la detención, el Cpt observa que "eran, en general, buenas en ambos centros. No obstante (...) había varias habitaciones de 6 m^2 que estaban ocupadas por dos personas, lo que supone unos escasos 3 m^2 de espacio vital para cada menor". Aparte de esto, los anexos sanitarios en estas habitaciones estaban sólo separados en parte (si es que lo estaban) del resto de la habitación, por lo que no ofrecían privacidad alguna.

El Cpt "se felicita por el hecho de que las autoridades españolas reaccionaran rápidamente tras la visita para que estas habitaciones dejaran de estar ocupadas por dos personas". En términos generales, la situación era satisfactoria en ambos centros y la mayoría de los menores pasaban la mayor parte de los días realizando actividades ocupacionales. No obstante, el uso de la sujeción mecánica para aquellos es un asunto que preocupa especialmente al Comité. hasta el punto de que, tal como se describe en el informe, "podría considerarse trato degradante o inhumano y recomienda que las autoridades pongan fin a esta práctica". El otro asunto que le resulta es el hecho de que se imponga aislamiento disciplinario a los menores, máxime considerando que "el tiempo máximo de aislamiento de siete días para un menor, tal como estipula la legislación española, ya es de por sí excesivo".

Es más, la delegación del Cpt tuvo conocimiento de casos de menores que habían sido sometidos a aislamiento como medida disciplinaria durante tres periodos consecutivos de siete días. El Comité destaca que existe una creciente tendencia a escala internacional para promover la supresión del régimen de aislamiento como sanción disciplinaria para menores y recomienda que las autoridades españolas pongan fin al aislamiento como medida disciplinaria para los menores y modifiquen la legislación en este sentido. Como aspecto positivo, el Cpt considera que las medidas tomadas para que los menores tengan contacto con el mundo exterior (llamadas telefónicas, visitas, correspondencia) y puedan presentar denuncias, *eran satisfactorias*.

El Gobierno, que como sabemos es el órgano competente para autorizar la publicación del Informe, procedió a evacuar Informe de contestación unos meses más tarde, donde refiere diversas actuaciones que se han llevado a cabo en algunos de los puntos sugeridos por el Cpt, reafirmando su compromiso con el instrumento convencional y haciendo votos para implementar las mejoras necesarias. (Cpt 2017).

En los últimos trabajos científicos sobre la materia existe un análisis directo, exhaustivo y metódico de las recomendaciones que nos ha hecho el Cpt en ese Informe de 2017 y en qué ha consistido la respuesta de las autoridades españolas (Ruiloba 2010). En líneas generales, la situación no es especialmente mala, aunque debemos replantearnos algunas políticas dentro de las prisiones, como una mejora real de la atención sanitaria (el mayor número de recomendaciones y el que más oposición concita de las autoridades) o restringir la medida de aislamiento, por mencionar dos (Aizpurúa y Rogan 2019; Rodríguez Yagüe 2018).

V. Una evaluación a la luz de la sociedad civil

Nos parece interesante introducir en el análisis la opinión de la llamada sociedad civil. Es cierto que desde el punto de vista del Derecho Internacional quizá sea prematuro decir que los individuos (o las asociaciones en las que se integran) son actores de derecho internacional, al menos defender su equivalencia para con Estados y Organizaciones Internacionales.

No obstante, no es menos cierto que en esta materia es común y corriente la participación de la sociedad civil. En cuestiones relacionadas con la tortura, las organizaciones no gubernamentales realizan una tarea de estudio, examen y en alguna medida, de contrapeso, que debe tenerse en cuenta. Basta dar algunos datos para que se conviertan en razones. En primer lugar, todos los mecanismos nacionales, así como los internacionales, tienen en estas organizaciones interlocutores válidos y celebran periódicamente reuniones y conferencias conjuntas. En segundo lugar, no es extraño que las organizaciones provean de abundante información a las delegaciones que visitan los países. En tercer lugar, quizá sea anecdótico recordar que el origen del Cpt mismo tuvo que ver con una iniciativa privada del banquero y abogado suizo Jean-Jacques Gautier, quien reunión a una serie de expertos en el marco del Comité Suizo contra la Tortura —organización privada— en mayo de 1977

para explorar la posibilidad de hacer un borrador del tratado internacional que luego fue el Ecpt (Rodley 2009: 231).

Las principales organizaciones civiles internacionales que se han preocupado por estas cuestiones son Amnistía Internacional (2016) y Human Rights Watch (2020). Analizando la última referencia disponible en la materia, publicada por la primera, destacamos las siguientes pautas. Entiende que los mecanismos preventivos implican un esfuerzo conjunto de las administraciones públicas, la judicatura, los abogados y los profesionales de la salud, quienes tienen que garantizar las salvaguardas propias en los diferentes momentos en los que una persona puede estar bajo custodia estatal. Estos son la detención, el traslado a los juzgados, la puesta a disposición judicial, el encarcelamiento en condiciones dignas, el acceso a asistencia jurídica, médica y a poner en conocimiento de los familiares la situación desencadenante, por citar algunos ejemplos (Amnistía Internacional 2016: 255).

Aunque se hace cargo de lo complicado que es tener datos reales sobre estas situaciones, entiende que los que obran en su poder "ponen de manifiesto que la tortura y los malos tratos están prosperando" (Amnistía Internacional 2016: 319). Entiende, también, que se debe fortalecer el sistema porque percibe cierto "desfase considerable entre lo que los Estados tienen la obligación de hacer y lo que en realidad hacen". Para ello sugiere una triple política pública: ratificación del tratado en cuestión, adecuar la legislación al mismo e implementar políticas públicas acordes al nuevo marco. Los Estados deben cooperar con los mecanismos preventivos, especialmente en lo que hace a la publicación de los informes tanto del Spt como del Cpt. Detecta ciertos países que califica de prioritarios por la situación que presentan (entre los que no está en España), alertando sobre situaciones que deben enmendarse. Respecto al marco europeo, destaca, eso sí, los problemas que provienen del frío exsoviético, así como ciertas reticencias de investigar eficazmente lo sucedido en ciertos casos de la lucha antiterrorista encabezada por Estados Unidos.

Dentro de las organizaciones nacionales destaca el trabajo de la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, que aglutina a las principales asociaciones patrias en la materia. Realiza una labor básicamente de recopilación de denuncias, documentando los diferentes casos de los que tiene noticia. La conclusión lógica de ello es que en esos casos la prevención habría fallado. En el último informe publicado hasta la fecha (2018) hablan de 224 *situaciones recogidas*, afectando a 1.104 personas, bien estando bajo custodia de los funcionarios, bien durante el transcurso de intervenciones policiales. En un periodo de casi quince años (2004-2017) documentan 3.602 situaciones recogidas que afectan a 9.805 personas en tales supuestos (Coordinadora para la Prevención de la Tortura 2018).

VI. Conclusiones

La valoración final desde una perspectiva global ha de ser positiva. Este tipo de mecanismos constituyen un primer nivel de garantía para los individuos frente a los supuestos más graves de abuso de poder por parte del Estado. Todo lo que sea controlar mediante normas el ejercicio del poder, y todo lo que sea hacerlo en lugares tradicionalmente refractarios al mismo, donde ha reinado cierta penumbra, es algo por lo que felicitarse.

No obstante, la eficacia real de los mismos pudiera será más simbólica que efectiva, más formal que material. La razón es bien sencilla: la regulación internacional no puede suplantar el papel que corresponde a los Estados. Las medidas principales que luchan contra estas lacras vienen del Estado, siendo las internacionales un complemento (mejor o peor, pero complemento al fin y al cabo). Por ello, ni "la acción de los Comités puede reemplazar la actividad de los tribunales ordinarios de justicia" ni los Estados que torturan de verdad van a aceptar realmente estos sistemas (Rodríguez Mesa 2000: 102). Al fin y al cabo, estos tienen mucho que ver con el convencimiento previo, amén de con la diplomacia internacional.

En lo que hace a España, existen múltiples indicadores que demuestran que la situación en líneas generales dista de ser mala. Por un lado, los organismos internacionales reconocen una cooperación leal y estrecha. Por otro, se han abierto las puertas de los centros y las visitas se han desarrollo con libertad y profesionalidad. Por destacar algunos puntos negativos, a dichos organismos no les convence ni la detención incomunicada ni el régimen de aislamiento, recomendando su eliminación; también constatan una deficiente atención sanitaria, así como ciertas denuncias de malos tratos, por lo demás puntuales (referidos al empleo de la sujeción mecánica en muchos casos). Tanto desde la Onu como desde el Consejo de Europa nos felicitan y, a la par, nos animan a seguir mejorando. Algo parecido se podría decir de las organizaciones no gubernamentales, especialmente las internacionales y en concreto Amnistía Internacional, quien no refiere problemas estructurales. La organización nacional estudiada documenta diversos casos que, quizá, podrían cuestionar esta premisa.

Cerramos estas líneas con el deseo de no olvidar las lecciones del siglo XX. Es decir, evitando a toda costa "la facilidad con la que la guerra y el miedo y el dogma nos pueden llevar a la demonización de otros, a negarles una humanidad común, a la protección de nuestras leyes y a tratarlos de formas indecibles" (Judt 2015: 273). En ese sentido, y parafraseando lo que dijo el Tribunal Edh en el conocido asunto Campbell, la obligación de prevenir la tortura no se para a las puertas de los centros de detención. La cuestión es el *cómo* y no tanto el *qué*. Y para esos los informes de órganos como el Spt y el Cpt pueden ser un buen punto de partida.

Bibliografía

Aizpurúa Eva; y Rogan, Mary (2019): "La situación de los presos y los centros de menores en España: analizando las observaciones del Cpt", *Boletín Criminológico*, núm. 182, 1-11.

Amnistía Internacional (2016): *Contra la tortura y otros malos tratos. Manual de acción*, Amnesty International, London.

Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (2011): "National Implementation of ECHR Rights: Kant's Categorical Imperative and the Convention", en *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, núm. 2011-15, Disponible en: https://ssrn.com/abstract=1818845 or «*http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1818845*» [Consultado el 25 de julio de 2020].

Asociación de Prevención de la Tortura (2016): "Yes, Torture Prevention Works", Geneva. Disponible en: «*https://policehumanrightsresources.org/briefing-paper-yes-torture-prevention-works*» [Consultado el 10 de junio de 2020].

Brems, Eva (2018): "Smart human rights integration", en *Fragmentation and Integration in Human Rights Law. User´s Perspective*, Brems, Eva y Ouald-Chaib, Saïla (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northhampton, 165-193.

Bicknell, Christine *et al.* (2018): *Preventing Torture in Europe*, Council of Europe, Strasbourg.

Birk, Moritz y Zach, Gerrit (2015): "Torture Prevention in the EU. Many Actors, Few Outcomes?", en *European Yearbook of Human Rights*, Intersentia, Antwerp.

Burgorgue-Larsen, Laurence (2019): *La Convention européenne des droits de l´homme*, LGDJ-Lextenso, París.

Cassese, Antonio (1989): "A new approach to Human Rights: the European Convention for the Prevention of Torture", en *American Journal of International Law*, vol. 83-1, 128-153.

Cassese, Antonio (1991): "The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment

or Punishment (Cpt)", en *The International Fight Against Torture*, Cassese, Antonio (ed.), Nomos, Baden-Baden.

Cpt (2018): *La tortura en el Estado español en 2017*, Coordinadora para la Prevención de la Tortura Madrid. Disponible en: «*https://rm.coe.int/pdf/168076696d*» [Consultado el 28 de noviembre de 2019].

Cruz, Javier (2001): *El Comité para la Prevención de la Tortura*, Ene Ediciones, Valencia.

De Beco, Gauthier (2011): "The Optional Protocol to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Europe: duplication or reinforcement", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, núm. 1-2, 257-274.

Dipla, Haritini (2017): "Prévention de la torture et responsabilité de l ´Etat: quelques réflexiones sur la Convention Européennee pour la Prévention de la Torture", en *Ecrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques. Liber Amicorum Stelios Perrakis*, Jaqué, Jean-Paul *et al.* (ed.), Sideris, Atenas.

Defensor del Pueblo (2017): *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Guía de buenas prácticas en contenciones mecánica*, Defensor del Pueblo, Madrid.

Evans, Malcom (2016): "Co-existence and confidentiality: The Experience of the Optional Protocol to the Convention against Torture. Harmony and Human Rights: The Music of the Spheres", en *Towards Convergence in International Human Rights law. Approaches of Regional and International Systems*, Leach, Phillip *et al.* (ed.) Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 516-542.

Evans, Malcom y Morgan, Rod (1999): "The CPT: An Introduction", en *Protecting Prisoners. The Standards of the European*

Committee for the Prevention of Torture in context, Evans, Malcom y Morgan, Rod (eds.), Oxford University Press, New York.

Ginés Santidrián, Emilio (2010): "La prevención de la tortura en Europa: el Comité Europeo para la prevención de la tortura", en *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Euro*pa), Fernández Sánchez, Pablo Antonio (coord.), Gandulfo, Sevilla, 649-664.

Gur-Arye, Miriam y Jessberger, Florian (2011): "The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recent german and israeli experiences", en *Israel Law Review*, vol. 44, núm. 1-2, 229-262.

Human Rights Watch (2020): *World Report*. Disponible en: «*https://www.hrw.org/world-report/2020*» [Consultado el 2 de junio de 2020].

Judt, Tony (2015): *Cuando los hechos cambian*, Taurus, Madrid.

Kicker, Renate *et al.* (2011): "Reforming the Council of Europe's Human Rights Monitoring Mechanisms", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29 núm. 4, 460-490.

Kozma, Julia (2012): "The European Committee for the Prevention of Torture", en *All Human Rights for All*, Nowak, Manfred *et al.* (ed.), Intersentia, Belgium, 145-150.

Mariño Menéndez, Fernando (2014): "El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Balance de su actual situación", en *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, núm. 13, 15-34.

Mariño Menéndez, Fernando y Cebada Romero, Alicia (dirs.) (2009): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid.

Nowak, Manfred (2012): "An introduction to the Human Rights Mechanisms of the Council of Europe", en *All Human Rights for All,* Nowak, Manfred *et al.* (ed.), Intersentia, Belgium, 119-127.

Pastor Ridruejo, José Antonio (2009): "Sesenta años del Consejo de Europa", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 33, 441-449.

Pino Gamero, Esther (2013): "El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura", en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 18, 3-39.

Rawls, John (1978): *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.

Renzulli, Isobel (2016): "A critical reflection on the conceptual and legal foundations of the duty to prevent torture", en *The International Journal of Human Rights*, vol. 20, núm. 8, 1244-1263.

Rodríguez Mesa, María José (2000): *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada.

Rodríguez Yagüe, Cristina (2018): "Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos", en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20-05, 1-68.

Rodley, Nigel (2009): *The treatment of prisoners under International Law*, 3 ed., Oxford University Press, New York.

Ruiloba Alvariño, Julia (2010): "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas", en *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, (ed.), Gandulfo, Sevilla, 263-281.

Ruiloba Alvariño, Julia (2005): *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Dykinson, Madrid.

Salado Osuna, Ana (2009): "Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *La Europa de los Derechos el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, Javier; y Santolaya Machetti, Pablo (dirs.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 107-144.

Salado Osuna, Ana (1994): "Las funciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortur", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 2, 563-581.

Santamaría Arinas, René Javier y Bolaño Piñeiro, María del Carmen (2015): "Prohibición de la tortura", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, 3 ed., Lasagabaster Herrarte, Iñaki (dir.), Civitas, Madrid, 54-95.

Sicilianos, Linos-Alexander (2001): "The Prevention of Human Rights Violations: Utopia or Challenge?", *The Prevention of Human Rights Violations*, Siciliano, Lino-Alexander (dir.), Kluwers International, The Hague, 279-293.

Steinerte, Elina (2016): "The jewel in the crown and its three guardians: independence of national preventive mechanisms

under the optional protocol to the Un Torture Convention", en *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 1, 1-29.

Steinerte, Elina (2013): "The changing nature of the relationship between the United Nations Subcommittee on Prevention of Torture and National Preventive Mechanisms: in search for equilibrium", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 132-158.

Vermeulen, Ben (2006): "Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment", en *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Van Dijk, Pieter *et al.* (eds.); Intersentia, Antwerpen-Oxford.

La campaña política populista y su trato a los temas de derechos humanos: una oportunidad disfrazada.

The populist political campaign and its relationship to human rights implications: A disguised challenge.

José Ángel Rodríguez Canales
Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Coahuila
Orcid: 0000-0003-2947-0703

Juan Pablo Zapata Morín
Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Coahuila
Orcid: 0000-0003-4714-9438

Fecha de recepción: 31 julio 2020
Fecha de aceptación: 20 agosto 2020

Resumen: El presente ensayo pretende examinar la compleja relación entre populismo y derechos humanos; haciendo hincapié en el diseño de una campaña política de corte populista, que en el discurso demerita a los temas de derechos humanos. Si bien esta situación es grave, representa una oportunidad para una teoría de derechos humanos más enfocada en la difusión y la participación ciudadana. Solo así, los derechos humanos podrán fungir como un auténtico contrapeso a los regímenes populistas que proliferan en esta época.

Abstract: This essay examines the complex relationship between populism and human rights. This examination focuses on a populist campaign with a speech that demeans human rights. Even though this is a serious situation, It can contribute to formulating a deeper theory for human rights, with an emphasis on public participation. This might be a plausible path for human rights to work as a counterweight to the populist regimes that proliferate at this time.

Palabras clave: *Populismo, derechos humanos, campaña política, Donald Trump, Relación, Discurso de odio.*

Keywords: Populism, Human Rights, Political Campaign, Donald Trump, Relationship, Hate *Speech.*

Sumario: I. Introducción. II. Populismo y derechos humanos: una compleja relación. III. La campaña política populista. IV. Discurso de odio "*Hate Speech*". V: El planteamiento de derechos humanos a partir de la narrativa populista: revisión de una propuesta. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Después de la segunda guerra mundial, los Estados han dedicado gran parte de sus agendas en fomentar los derechos humanos mediante distintas organizaciones e instituciones de carácter internacional, así como de múltiples legislaciones en función de los tratados internacionales celebrados entre ellos.

Estos trabajos han sido encabezados por la Organización de las Naciones Unidas (Onu) mediante las funciones del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Alto Comisionado), y sus instituciones como el Consejo de Derechos Humanos (Consejo), órganos de tratados de derechos humanos (órganos), procedimientos especiales y asesores. Todas estas instituciones fueron creadas en función de dar cumplimiento a la difusión y en la universalidad de los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Dudh).

El preámbulo de la Dudh adoptada y proclamada en diciembre de 1948 considera:

> "[L]a libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para

> la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias" (Preámbulo de la DUDH 1948).

La comunidad internacional de la ONU, reconoce a la democracia como valor básico y principio que suministra un medio para la protección y el ejercicio efectivo de los derechos humanos. El Estado de derecho y la democracia comparten un mismo objetivo: libertad y dignidad.

La DUDH se refiere a la democracia como un principio para que "El hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión" (Preámbulo de la DUDH 1948).

Empero, se debe señalar que el avance en el diseño y la adopción de una teoría efectiva de derechos humanos, va a la par de la profundización de la democracia, tanto como concepto, como práctica. Derivado de las grandes transformaciones políticas, económicas, sociales, culturales y científicas del Siglo XX, la democracia estuvo sujeta a presiones sin precedente, provocando que los estados y sus formas de gobierno experimentaran al mismo tiempo cambios fuertes. Los espacios democráticos se vieron obligados a limitarse por un régimen totalitario y en todo el mundo, se cometieron crímenes de lesa humanidad.

En dicha evolución en la relación de derechos humanos y democracia, se localizaron varios momentos claves. La constante lucha por el poder del Siglo XX, trajo consigo una nueva administración de lo público. La distribución de la riqueza desfavorece a sectores específicos de la población que se ve obligada a vivir en pobreza, creando viviendas sociales o asentamientos informales comúnmente localizados en la periferia de las ciudades y un constante estado de migración.

Los gobiernos tienen la obligación de conceder respuestas a las necesidades de sus ciudadanos: hablamos de los derechos económi-

cos, sociales, culturales y ambientales (Desca). Los Desca, acorde con la Comisión de Derechos Humanos se identifican como "[A]quellos derechos que se relacionan con la satisfacción de necesidades básicas de las personas, y comprenden distintos derechos humanos, entre ellos: los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, al agua, al saneamiento, al trabajo, a la seguridad social, a una vivienda adecuada, a la educación, a la cultura, así como al medio ambiente sano" (Cndh, Introducción programa Desca[1]). Al no contar todos con las mismas facilidades de acceso, algunos sectores de la sociedad se encuentran marginados sin importar su clase social, género, o etnia.[2]

Las respuestas nulas en relación con los Desca, situaron en el escenario nuevos problemas, nuevas soluciones y nuevos actores. De esta manera, los discursos políticos han logrado tergiversar la universalidad y de los derechos.

Hoy en día, vemos con asombro como gran parte de las democracias occidentales han elegido propuestas políticas de corte autoritario y populista para encabezar la marcha de la administración pública. Esta es una situación que afecta directamente la mencionada relación entre derechos humanos y democracia como un par indisoluble. El populismo, ha surgido como una manera de gobierno que lejos de ahondar en la promoción, difusión y ejecución de los derechos humanos, los ha señalado, al menos en el discurso, como límites, obstáculos, e incluso nimiedades para una sociedad actual.

[1] Consultable en el página: «*https://www.cndh.org.mx/programas/introduccion-programa-desca#:~:text=Los%20DESCA%20se%20identifican%20como,la%20seguridad%20social%2C%20a%20una*».

[2] Para el Consejo Nacional de Población (Conapo), el concepto marginación: "[P]ermite dar cuenta del fenómeno estructural que surge de la dificultad para propagar el progreso técnico en el conjunto de los sectores productivos, y socialmente se expresa como persistente desigualdad en la participación de los ciudadanos y grupos sociales en el proceso de desarrollo y en el disfrute de sus beneficios" (Conapo 1998: 17).

La situación es, por lo tanto, grave y requiere un análisis enfocado en rescatar la relación de democracia y derechos humanos para un futuro inmediato.

El objetivo de este trabajo es precisamente señalar una ruta de derechos humanos para los tiempos actuales, el pleno reconocimiento de lo que representa un régimen populista determinado como desafío. Se plantean términos, se expondrá un caso de estudio sobre el discurso político utilizado en la candidatura de Donald Trump durante la campaña por la presidencia de los Estados Unidos en el 2016, y se subrayaba el cómo a partir del nacionalismo, la xenofobia y la misoginia, demeritan temas en la agenda de los derechos humanos pasando a ser parte de una campaña política, en busca del convencimiento de las mayorías.

Se revisará una aproximación teórica a la posibilidad de adoptar nuevas rutas en las que esta situación pueda presentar a los temas de derechos humanos. Nuevos tiempos requieren nuevas soluciones, y la perenne relación entre democracia y derechos humanos no escapa a esta realidad. Esa es la aportación a la literatura académica del derecho y la ciencia política que este ensayo pretende ofrecer.

II. Populismo y derechos humanos: una compleja relación

La relación compleja entre populismo y los derechos humanos se genera desde luego del vínculo que existe entre democracia y derechos humanos, el cual ha sido considerado por múltiples autores como necesario e indisoluble. Sin embargo, a raíz del nacimiento y crecimiento del populismo como forma de gobierno, y para los fines de este trabajo, es necesario acotar así la relación. Por una parte, entre populismo y derechos humanos existen puntos de coincidencia en ciertas temáticas, desde la preocupación por las víctimas de violaciones masivas de derechos, hasta el uso frecuen-

te de la movilización callejera como método de acción política. Además, el populismo se reivindica como promotor de derechos como el trabajo, agua, salud, vivienda, cultura, educación, seguridad social, y alimentación. No reconoce los DESCA como una amenaza para los derechos civiles y políticos. El discurso dominante en materia de derechos humanos es populista, y el populismo tiene en los derechos humanos su bandera más preciada (Alegre 2016).

Se define al populismo como un discurso y una modalidad de gobierno, surge como un imaginario que con diversas formas e intensidad que suele afectar a los múltiples actores de una determinada sociedad en períodos históricos particulares (Zanatta 2002: 263-294).

> "El populismo se mueve bastante cerca de los límites del margen constitucional democrático. En ese sentido, en la segunda década del siglo XXI existe una nueva generación de populistas que han producido una involución en la universalidad de los derechos humanos con discursos separatistas. Hablando por *la gente*, las propuestas en su discurso relacionan estos derechos como un impedimento para conceder las necesidades de la mayoría, así como un obstáculo innecesario para defender su nación de quienes percibe como amenazas o malos" (Roth 2017: 79-84).

Philip Alston explica que el movimiento de los derechos humanos, tal como lo conocemos y lo hemos estudiado en los últimos años alrededor del mundo, ha cambiado. La agenda populista ha tenido recientemente avances alarmantes con sus constantes declaraciones nacionalista, xenófobas, misóginas y explícitamente antagónicas con todo o gran parte de la población (Alston 2017).

A partir del año 2010, el populismo y sus estudios han retomado relevancia en la ciencia política, el derecho, y las demás ciencias sociales. Fueron los casos paradigmáticos, primero del referéndum de la exclusión de Reino Unido de la Comunidad Europea en el año del 2016, como la novedosa campaña del candidato Donald Trump para la presidencia de los Estados Unidos. Ese mismo año, los ejemplos que pusieron en relieve al populismo, y sus principios

medulares como una nueva parte de la vida de millones de personas. La ruta democrática había dado nacimiento a formas de expresión radicales, y en el contenido contrarias en muchas ocasiones a la narrativa de derechos humanos, y para sorpresa de autores e individuos, tenían éxito en las boletas.

Se buscó entonces entender como una campaña política que subrayaba el debilitamiento de derechos, denotara problemáticas de corte racial, y ofreciera al votante como propuesta de campaña medidas que van en franco detrimento y oposición a los derechos humanos, con éxito electoral. Es decir que contaban con el apoyo de la mayoría de los ciudadanos.

Reconocida esta paradoja, es necesario exponerla, entenderla, y posteriormente presentar alguna noción que establezca cómo se puede profundizar en los derechos humanos a partir de esta realidad.

III. La campaña política populista

El término *populista* es empleado con cierta frecuencia para describir, generalmente bajo connotaciones negativas, a personas o fenómenos que irrumpen en el escenario político alterando su normalidad. Éste ha sido característica recurrente en la política europea, norteamericana y latinoamericana, en países tan diferentes como Argentina, Austria, Bolivia, Bulgaria, Ecuador, Hungría o Italia, llegando a considerarse como una de las principales corrientes políticas de la actualidad (Mudde 2004; Arditi 2005).

Enrique Patriau plantea que el populismo puede ser entendido como una clase de discurso político. Un discurso populista se compone por: la presencia de un enemigo –las élites, las instituciones representativas, el imperialismo, entre otros–; la apelación a un pueblo opuesto a ese enemigo; y la construcción de un líder hecho desde abajo y poseedor de grandes cualidades que lo legitiman como conductor del pueblo (Patriau 2012).

La retórica, el liderazgo, la movilización y la democracia son algunos elementos esenciales para establecer vínculos con el electorado.

> "[L]a primera se caracteriza por un discurso que invoca al pueblo resaltando el conflicto amigo-enemigo (*friend versus foe*). La segunda por la presencia de un líder personalista a quien se le atribuye características excepcionales y que busca establecer vínculos directos con el electorado. La tercera por la búsqueda incesante de apoyo en segmentos amplios y heterogéneos de la población. La cuarta por apelar al voto como principal medio de legitimación y rescatar el ideal de la soberanía popular pero rechazando la intermediación de las instituciones representativas y mostrándose intolerante ante cualquier tipo oposición" (Cisneros: 2014: 2).

Los populistas, albergan, al menos, dos rasgos importantes

1) Son críticos de las élites, son *antielitistas*. Esta característica es necesaria, aunque no suficiente para describir a los populistas, ya que, prácticamente, cualquier opositor es crítico del *status quo*.

2) Son *antipluralistas*. Aseveran que ellos, y sólo ellos, representan al pueblo; los demás solo son parte de la élite corrupta e inmoral. Más todavía, cuando los populistas llegan al gobierno, no reconocen a nadie como oposición legítima.

Le asiste la razón a Jan-Werner Müller, cuando afirma que: "no puede haber populismo sin alguien hablando en nombre del pueblo como un todo" (Rocha 2020: párr. 26). Pero ¿qué es el pueblo? Hay tres nociones de este término: 1) como un todo; 2) como nación, en sentido cultural; y, 3) como gente común —los excluidos, los oprimidos y los olvidados—.

Para que una persona o movimiento político sea populista debe aseverar a una parte del pueblo como *el pueblo* y son los buenos, pero, sólo lo populista puede identificar y representa auténticamente a este pueblo de una élite corrupta que solo trabaja en fomentar sus propios intereses.

> "Populistas son Nicolás Maduro, Rafael Correa, Fujimori, Donald Trump, Marine Le Pen, Carlos Menem, Cristina Kirchner. El discurso populista sirve para vestir una gran diversidad de políticas públicas. El líder populista puede encabezar políticas neo-liberales o pretendidamente progresistas, elevando la tensión de la democracia, volviendo visible todo lo importante que se juega en la política democrática, despertando a la sociedad de la apatía y la indiferencia" (Alegre 2016: 4).

La elección presidencial de Estados Unidos de 2016 fue sorprendente por la manera en que los discursos de Donald Trump, dominaron repetidamente los medios de comunicación. ¿Cómo podría un candidato serio que quiere ocupar el cargo político más importante del mundo decir deliberadamente declaraciones como estas?:

1) "Se podía ver que salía sangre de sus ojos", refiriéndose a Megyn Kelly, entonces periodista de Fox News, "La sangre sale de ella donde sea" (Debate republicano, 6 agosto 2015).

2) "Una mujer tan desagradable" –de Clinton– (Debate presidencial final, 19 octubre 2016).[3]

3) "Podría dispararle a alguien y todavía no perdería votantes" (Campaña de Rally en Pella, Iowa, 23 enero 2016)

4) "¡Mira esa cara!" refiriéndose a Carly Fiorina, una rival para la nominación republicana. "¿Alguien votaría por eso? ¿Te imaginas eso, la cara de nuestro próximo presidente? (Entrevista con la revista Rolling Stone, septiembre 2015)[4].

Dado que Trump parecía capaz de controlar repetidamente el terreno discursivo en las elecciones, surge una pregunta fundamental:

[3] Disponible en: «*https://edition.cnn.com/videos/politics/2016/10/20/third-presidential-debate-trump-clinton-social-security-raising-taxes-nasty-woman-sot.cnn*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

[4] Disponible en: «*https://thehill.com/blogs/blog-briefing-room/253178-trump-insults-fiorinas-physical-appearance-look-at-that-face*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

¿Cómo pudo persuadir a una porción significativa del electorado para que votara por él mientras decía cosas que eran ampliamente difundidas y consideradas como profundamente ofensivas?

El discurso de Donald Trump como candidato republicano en el 2016 pasó de lo irreverente a lo xenofóbico en menos de un año a través de una campaña de exclusión y xenofobia con declaraciones notoriamente lesivas a las minorías, incluso, discriminatorias.

1) "Cuando México manda a su gente; no manda lo mejor, mandan gente que tiene muchos problemas y traen estos problemas aquí. Traen drogas, crimen y son violadores" (Capehart 2015).

2) "Trump ha indicado que bajo la Ley patriótica prohibiría el envió de divisas a México; también modificaría los aranceles, cancelaría las visas y convencería a México de financiar el muro fronterizo que pretende construir" (Hoefer 2016).

3) "Implementaría un sistema para tener registrados a todos los musulmanes del país y prohibirá su entrada total" (The Guardian, 8 diciembre 2015).

4) "En materia de interrogatorios en la guerra contra el terrorismo aprobaría el ahogo simulado y otras técnicas peores de tortura" (The Guardian, 7 febrero 2016).

Este discurso muestra una nueva cara de la confrontación, la violencia política y la justificación del Estado para apartarse de los valores jurídicos y la ética pública en su sentido universal.

Sobre esto, la dimensión universal de los derechos humanos frente al discurso de odio de Donald J. Trump, De Paz González menciona sobre Donald Trump que:

> "Donald J. Trump es el eco que se genera al interior de la sociedad estadounidense y el apoyo masivo de los votantes que se adhieren a estas propuestas y aseveraciones de uno de los Estados

> más influyentes del mundo, que, además, es miembro permanente del Consejo de Seguridad y actor sine qua non de la gobernanza global. Entre muchas otras, las políticas que pretende implementar el candidato republicano constituyen un rechazo frontal a los inmigrantes mexicanos; erosionan la importancia de las relaciones diplomáticas del derecho internacional; rechazan la multiculturalidad y, en especial, pretenden la negación de los derechos patrimoniales" (De Paz González 2016: 15).

Si bien los populistas afirman representar al pueblo, a menudo defienden un mayoritarismo crudo que niega la legitimidad de los puntos de vista de las minorías o de la oposición y los controles y equilibrios en general. Así, cuando los populistas se vuelven contra los tribunales constitucionales y las Ong de vigilancia, suena la alarma de derechos humanos debería sonar. Cuando el "pueblo" defendido por los populistas es una comunidad homogénea imaginada, los migrantes y las minorías pueden verse amenazados. Si, además, esta comunidad homogénea es retratada como uno apropiadamente dominado por familias patriarcales tradicionales, luego Lgbti y mujeres los derechos también tienden a sufrir (Muižnieks 2017: 3-4).

IV. Discurso de odio *"Hate Speech"*

Jurisprudencias del Tribunal Europeo, consideran como discurso de odio o *hate speech* a todo aquél que encierra la deliberada intención de provocar una afectación en la dignidad de un grupo de personas a través de *expresiones hirientes* (Esquivel Alonso 2016).

El Consejo de Europa define el discurso de odio como "[L]as formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la que se expresa como nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, las personas inmigrantes y las nacidas

de la inmigración" (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal 2017: 3).

La campaña por la presidencia de los Estados Unidos en el 2016, incluyó un número de formas poco convencionales de dar un discurso de odio y crear una nueva retórica de campaña. Incluso la victoria de Donald Trump, podría interpretarse como una forma de votación de protesta. La literatura sobre el voto de protesta —y el populismo— confirma que una actitud hostil hacia la élite política funciona como un motivo de votación importante para el movimiento populista (Moffit 2016).

El discurso del odio es por demás complejo y se pierde en la delgada línea de la libertad de expresión y la protección de la dignidad humana. Establecer con precisión el tipo de expresión que puede ser excluida de la protección de la libertad de expresión por razones de odio es un desafío permanente. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) considera cierto tipo de discursos democráticamente peligrosos (Esquivel Alonso 2016). Las razones que soportan la negativa europea de tolerar la discriminación y los discursos democráticamente nocivos que alberga el discurso del odio se nutren de una serie de motivos históricos compartidos.

El elemento cultural, los valores, prejuicios y estereotipos desempeñan un rol crucial en la aceptación o no de expresiones dirigidas a grupos tradicionalmente excluidos (mujeres, latinos, inmigrantes y afroamericanos). La historia ha demostrado con creces que las peores formas de repudio han iniciado con un discurso de apatía o indiferencia hacia los grupos menos favorecidos. Ello ha servido para perpetrar situaciones de violencia y sufrimiento a grupos culturales, raciales o religiosos distintos (Esquivel Alonso 2016).

Ron Dudai, en su respuesta a Philip Alston, dice que el desafío populista es tan fuerte para los defensores de los derechos humanos porque en sus discursos, se hacen visibles varios puntos relacionados que se combinan para crear debilidad y vulnerabilidad

para los derechos humanos, por eso, este momento también podría convertirse en una oportunidad para revitalizarse (Dudai 2017).

La crítica al discurso del odio debe articularse desde la dogmática de los derechos humanos y la democracia para prevenir la polarización, así como buscar nuevas formas de diálogo —global— para aproximar a los grupos en lugar de confrontarlos. En los foros nacionales e internacionales, en las cortes supremas de los gobiernos, en las directivas de los organismos de las Naciones Unidas y de los grupos de la sociedad civil se construyen nuevas formas, mecanismos, voces y esfuerzos para hacer efectivos los derechos humanos a fin de evitar la trivialización y el silencio de su transgresión.

El ejemplo no es menor, porque el resultado electoral fue favorable al hoy mandatario estadounidense. La sociedad americana, dividida y lastimada, fue sometida como nunca antes a un tipo de discurso que exhibe sus más profundas creencias acerca de los avances que los derechos humanos habían conseguido en ese país.

Más allá de esta situación, puede ser un punto de partida para una teoría de derechos humanos acorde a la realidad política actual.

V. El planteamiento de derechos humanos a partir de la narrativa populista: revisión de una propuesta

La desigualdad social, la globalización, el miedo y la falta de esperanza, han producido fenómenos que hace menos de treinta años parecían impensables, se manifiestan en nuestros días como características comunes de una nueva normalidad. La falta de oportunidades laborales y de vivienda, así como las poblaciones segregadas que se enfrentan a prejuicios excluyentes y racistas; las mujeres y la población Lgtbi, víctimas de violencia de género.

La proliferación de gobiernos y campañas populistas representa un riesgo, así como un desafío para los derechos humanos en todo el mundo. No obstante, desde otro enfoque, esta presión puede

tener un efecto *inesperadamente positivo* al movimiento humanista al crear cambios en la estrategia de los derechos humanos anteriormente considerados indispensables y que ahora se consideran urgentes.

A partir de estudios de encuestas, como el análisis de Pew Exit Poll, sabemos que la base de electores de Trump eran votantes blancos —no hispanos—, que prefirieron a Trump sobre Clinton por un margen de 21 puntos porcentuales —58% a 37%—. También sabemos que más hombres apoyaron a Trump que a Clinton, del 53% al 41%. Los niveles de educación también resultaron cruciales: dos tercios —67%— de los blancos no universitarios respaldaron a Trump, en comparación con sólo el 28% que apoyó Clinton, lo que resulta en una ventaja de 39 puntos para Trump entre los votantes que no tienen acceso a una educación universitaria[5].

A la par, Clinton contaba con el apoyo de mujeres que contaban con acceso a una educación universitaria, sin embargo, las mujeres blancas —no hispanas— que no asistían a la universidad apoyaban a Trump entre un 62% y un 34%. Además, los votantes rurales favorecieron a Trump sobre Clinton por un margen de 60/40. En general, su base fue identificada como blanca, masculina, de clase trabajadora y más fuerte en los estados del cinturón de óxido y el campo. Sin embargo, Trump luchó por encontrar apoyo entre mujeres, hombres y juventudes con acceso universitario. De hecho, hubo dudas generalizadas durante la campaña sobre si este reducido grupo de clases, raza y género bastarían para elegirlo; pero cualesquiera que sean los escándalos que sacudieron su campaña: no lograron socavar su voto principal. Al acercarse el día de la elección, Donald Trump minimizó el efecto de su mensaje dirigiendo sus esfuerzos hacia los estados Rust Belt de Iowa, Michigan, Ohio, Pennsylvania y Wisconsin, donde el núcleo de votantes era potencialmente más influyente. De esta forma, aunque Clinton terminó

[5] Consultable en la página «*https://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/11/09/behind-trumps-victory-divisions-by-race-gender-education/*»

significativamente por delante de él en el voto popular, finalmente pudo asegurar la victoria (Montgomery 2017).

> "La consolidación de la democracia como sistema político dominante a nivel mundial, se ha profundizado el reconocimiento de los derechos humanos —como conquistas de las luchas sociales— desde una visión integradora. Hoy día, democracia y derechos humanos[17] son conceptos que se encuentran fuertemente vinculados: no es posible concebir la democracia sin el ejercicio de los derechos humanos y, de igual modo, no hay garantías absolutas de respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos sin libertades democráticas" (Giménez Mercado y Valente Adarme 2010: 59-60).

La narrativa populista y sus democracias iliberales representan la atención que se debe brindar en las rupturas y lagunas dentro de la estructura de los derechos humanos. Los líderes populistas han aprendido a capitalizar las áreas de oportunidad de la estrategia global e inexperta. Estas lagunas incluyen el impacto, la confianza y el financiamiento por parte de la ciudadanía, así como de la influencia de organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles, movimientos sociales, activistas y nuevas plataformas digitales. Todos estos movimientos son a lo que Alston nombra *el desafío populista de los derechos humanos* (Alston 2017).

Como podemos ver, el desafío se presenta en forma de narrativas políticas que incluyen una serie de discursos de odio, reformas legales, así como medidas coercitivas que pretenden deteriorar la legitimidad y eficiencia del trabajo y estudio de los defensores de los derechos humanos, lo que representa un retroceso milenario. Estas narrativas o campañas, concluyen en gobiernos autoritarios que, al lograr posicionarse, utilizan políticas drásticas y en aumento, con efectos socialmente violentos que comienzan por la limitación de derechos fundamentales como la libertad de asociación y expresión, hasta vulnerar derechos como la vida y la dignidad.

La nueva estrategia de los derechos humanos debe conectar con las emociones, valores y la imaginación de las personas. Debe

enfocarse en la participación y difusión ciudadana aprovechando los espacios presenciales como tecnológicos y digitales. La finalidad de la propuesta debe ir encaminada hacia motivar un espíritu de innovación en la ciudadanía que incluya a todos los sectores, disciplinas y movimientos sociales. Este desafío se presenta como algo inevitable para entender, estudiar y vencer circunstancias, aun cuando estas sean adversas al movimiento humanista. El objetivo del desafío populista consiste en poder ir más allá de las herramientas tradicionales en la promoción y defensa de los derechos humanos (Rodríguez-Garavito y Gómez 2018).

La campaña populista representa una serie de desafíos para todos los sectores de la sociedad. Para la ciudadanía representa la oportunidad para retomar una organización civil para seguir trabajando en la cultura de participación ciudadana responsable en la universalidad de los derechos. Lo que algunos autores consideran el final del proyecto internacional de derechos humanos, puede también considerarse como la oportunidad para presionar a las y los gobernantes a dirigir políticas públicas que estén encaminadas en priorizar las causas de las minorías. Los derechos humanos han surgido de las luchas y revoluciones sociales, así como de las ideas de libertad y dignidad como respuesta de la ciudadanía a los gobiernos autoritarios.

Thomas Coombes, encargado de Amnistía Internacional, ha estudiado el trabajo de comunicación y participación de derechos humanos en el mundo, comenta que en su investigación ha encontrado que para la comunicación y transformación de los derechos humanos sea convincente, debe tratarse de esperanza y oportunidades, no de miedos y amenazas (Rodríguez-Garavito y Gómez 2018).

VI. Conclusiones

Para algunos, no es posible entender cómo Trump ganó de manera más impensable la elección presidencial de los Estados Unidos

simplemente identificando su discurso como una versión del populismo autoritario, aunque sin duda lo es. Esta narrativa política que habla y capitaliza las ansiedades de las y los más afectados por las dislocaciones económicas por la globalización que agravó la crisis financiera de la última década. Sin duda, su contenido autoritario no puede ni debe ignorarse. Pero la veracidad de hechos, lógica y argumento sólo puede proporcionar una parte de la respuesta. Por la manera en que llama la atención y al ver que no implica consecuencia alguna, para un segmento significativo de la población va mucho más allá del contenido de un mensaje nacionalista, xenofobo y la misoginio. Trump ha logrado una manera de hablar que ventrílocuo una franqueza del habla, repleta de resonancias concisas y, a veces, exageraciones humorísticas, lo que capta ritmos vernáculos de los que tienen poco que perder (Montgomery 2017), y esa es el área de oportunidad para el estudio de académicos, académicas y activistas de los derechos humanos.

Los populistas han liderado ataques frontales contra el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El formato clásico del discurso *amigo o enemigo* se ha aplicado aquí para descalificar el sistema por supuestamente servir al imperio y alinearse con los enemigos ficticios de los estados, que desean desestabilizar a sus populares gobiernos. Este choque entre los gobiernos populistas y el sistema interamericano fue predecible, y no sólo por la matriz maniquea del populismo, que no admite la existencia de algo así como una crítica honesta o un límite razonable al poder del líder. La construcción del discurso populista se basa particularmente en demonizar a las y los demás oponentes y presentarlos como *el enemigo* (Alegre 2016).

El discurso de campaña de Trump se basó en última instancia en una simple afirmación primordial de ser una voz vernácula auténtica de sí mismo y al mismo tiempo ser voz de la gente. "Efectivamente", dice Trump, "estoy contigo", como encarnación de una versión particular de la gente, "y al hacerlo hablo auténticamente por mí mismo, pero siendo yo mismo también soy sincero" declaró

al final de su discurso en la convención republicana (Montgomery 2017: 619 - 636). "Mi promesa es la siguiente: 'Yo estoy con ustedes - el pueblo americano'. Soy su voz" (Trump, Discurso en la Convención Nacional Republicana, 21 julio 2016). Desde que Trump lanzó su campaña presidencial en junio de 2015, ha atraído multitudes masivas a mítines en todo el país. Durante las primarias, los recuentos de personas eran casi siempre mayores que los de sus rivales republicanos, cuyas audiencias en ese entonces por lo general superaron las 1,000.[6]

El populismo y los derechos humanos no pueden ir de la mano. Ante la urgencia por el reconocimiento y la práctica de derechos, no aporta y, por el contrario, aprovecha estas necesidades para adaptar un discurso que fractura al derecho y sus generaciones a través de un discurso de odio polarizante hacia las necesidades de los sectores más vulnerables de la sociedad. El populismo opera dentro de los márgenes de la democracia constitucional representando un retroceso para la democracia liberal y el estado de derecho cuando un dirigente, en nombre de la protección del pueblo contra las élites, concentra en sus manos poderes y debilita o politiza las instituciones liberales que se oponen a esa concentración: la independencia judicial, la libertad de prensa, el parlamento, la integridad de las instituciones de vigilancia electoral, las autoridades regionales y locales, la libertad académica, etcétera. "Al presentar al *verdadero pueblo* como una entidad homogénea o como una nación congelada por la historia, algunas manifestaciones del populismo representan una amenaza directa para los derechos humanos y, más concretamente, para los derechos de las minorías" (Dion 2018: 28).

En la actualidad, un número creciente de personas ha llegado a ver que los derechos no los protegen del estado, sino que socavan los esfuerzos gubernamentales para defenderlos. En los Estados Unidos y Europa, una de las principales amenazas de estas campa-

[6] The Washington Post – no champion of Trump – commented on October 29th, 2016

ñas es percibida por las personas en situación de migración, donde las preocupaciones sobre la identidad cultural, las oportunidades económicas y el terrorismo se cruzan (Allegri 2016).

En abril del 2016, *Southern Poverty Law Center* realizó un reporte titulado *The Trump Effect: The Impact of the Presidential Campaing on Our Nation´s Schools*, en donde encontraron que la campaña presidencial generaba miedo y ansiedad entre las y los niños afroamericanos, así como tensiones por cuestiones étnicas y raciales. De igual manera, otros estudiantes se sintieron inspirados por la retórica del discurso de campaña. Las y los maestros notaron que hubo un incremento en casos de bullying, acoso e intimidación por parte de estudiantes pertenecientes a la raza, religión y nacionalidad pertenecientes al público considerado objetivo principal de la campaña. Las y los niños musulmanes eran llamados *terroristas,* Isis y *explosivos –boomers–*[7].

"Los estudiantes están escuchando más lenguaje de odio que el que he escuchado en nuestra escuela antes", comentó un maestro de secundaria en Helena, Montana. Otro maestro informa que un alumno de quinto grado le dijo a un estudiante musulmán "que estaba apoyando a Donald Trump porque iba a matar a todos los musulmanes si se convertía en presidente" (Southern Poverty Law Center 2016: 5).

El odio hacia las personas por el color de su piel, su origen o su inclinación política se forma a través estrategias —o campañas— con mensajes de discriminación y odio. La idea en la cual, a partir de un discurso separatista los partidos políticos buscan fundamentar políticas públicas que determinan los límites de la dignidad de los seres humanos con la finalidad acceder al poder, representa un peligro, así como un retroceso cultural, histórico, humanitario y social.

[7] Disponible en: «*https://www.splcenter.org/20160413/trump-effect-impact-presidential-campaign-our-nations-schools*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

Podemos concluir en la necesidad de exponer una realidad que permea en muchos sistemas democráticos y las consecuencias históricas que ha representado para entender la magnitud que el problema representa para todas las personas y especialmente para las minorías. Limitar o no la libertad de expresión de quienes profieran expresiones de odio. "Lo que obliga a replantear la ponderación de los valores en conflicto. Ello implica, por una parte, evaluar la afectación de las susceptibilidades de un determinado grupo a causa de las expresiones subversivas manifestadas, mientras la posición contraría pugnará por la expulsión de las ideas peligrosas del debate público. Esta problemática se traduce en la necesidad de delimitar los márgenes de lo inaceptable y de lo intolerable en una sociedad democrática" (Esquivel Alonso 2016: 8).

Este ejercicio se realiza con la finalidad de seguir estudiando escenarios para posteriormente, poder presentar alguna noción que establezca cómo se puede profundizar en los derechos humanos a partir de esta realidad. Los resultados pragmáticos sobre el populismo en las últimas décadas, han estado presentes en campañas como el *Brexit* en el Reino Unido, la campaña de Trump en Estados Unidos, la derrota del *Plebiscito por la Paz* en Colombia y la campaña de Bolsonaro en Brasil.

El populismo es una creación de los oponentes de los derechos fundamentales, sin embargo, es la reacción al fracaso social de los gobiernos demoliberales, especialmente de los partidos y gobiernos más liberales, pero ineficaces en cuanto a inclusión social. Su aparición, como en el caso de otros fenómenos antiliberales, a menudo se vincula con déficit de inclusión del sistema democrático y los partidos tradicionales. El populismo prospera a partir de los fracasos de las opciones demoliberales para proporcionar una economía sólida, social y / o respuestas políticas (Alegre 2016). En palabras de Kenneth Roberts: "[E]l populismo es un tipo específico de respuesta a las crisis de representación política ... un natural, aunque difícilmente inevitable o exclusiva: es una estrategia política para apelar a distintas masas donde los representantes e instituciones

son débiles o están desacreditadas, y donde diversas formas de la exclusión social o política, así como la marginación deja a los ciudadanos alienados de tales instituciones" (Alegre 2016: 6).

La campaña del 2016 de Donald Trump estuvo fundamentada en crear nuevas formas de exclusión histórica a partir de prejuicios persistentes como el nacionalismo, la xenofobia y la misoginia. La ventaja que ofrece este modelo de campaña sobre los principios democráticos, debe considerarse como un fenómeno, así como una oportunidad para redoblar los esfuerzos del derecho internacional y las instituciones sobre la universalidad, interdependencia, la indivisibilidad, igualdad y no discriminación de los derechos.

La clave para comprender la relación contenciosa entre estados populistas y organismos internacionales de vigilancia, como los tribunales de derechos humanos, es la dinámica que tiende a intensificar las acciones de las fuerzas opuestas. El punto de partida es la búsqueda populista de poder. Los gobiernos populistas desactivan todo control institucional interno, lo que previsiblemente aumentará la vulneración de derechos. Frente al sellado de los canales de control interno, solo los externos permanecen disponibles. El sistema interamericano, entonces, se sobrecarga de casos contra los estados populistas, que reaccionan amenazando con abandonar el sistema o descalificando sus órganos. El conflicto no es contingente sino inevitable: responde a la lógica de concentración de poder de los gobiernos populistas, y la previsible reacción de las víctimas de los abusos del populismo (Alegre 2016).

> "Los gobiernos populistas han hecho mucho daño a sus países, no hay uno solo que pueda considerarse ejemplo de buen gobierno, desarrollo, crecimiento económico, espacio de libertades. Ahí se genera la mentira, la discordia, la lucha de clases, el control total de los espacios públicos, el autoritarismo gubernamental, el ataque a las instituciones, la libertad de expresión es limitada, se amenaza, ataca, encarcela a los adversarios" (Inzunza 2020: primer párrafo).[8]

[8] Disponible en: «*https://www.elsoldetoluca.com.mx/analisis/panorama-politico-el-populismo-dana-por-igual-a-los-paises-5693923.html*» [Consultado el 9

La Comisión Interamericana refiere al deber inmediato de los estados por adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación en la práctica. Por tal razón, cualquier persona interesada en contender por un puesto de representación dentro de un estado democrático, tiene la obligación de promover la universalidad y no la polarización de los derechos. Los derechos humanos no están a consideración de ninguna mayoría. Luigi Ferrajoli denomina como *esfera de lo indecidible* al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías (Ferrajoli 2018: 337).

El protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado y firmado en San Salvador, El Salvador, en la XVIII Asamblea general de la Oea el 17 de noviembre de 1988, surgió no solamente en el plano global, sino también a partir de los años 1979-1980, a escala regional de la Oea a favor de una protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales más eficaz. El Protocolo de 1988 estipula inicialmente —artículo 1º— la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas —de orden interno y por medio de la cooperación internacional— "[H]asta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su nivel de desarrollo", con el fin de obtener "[P]rogresivamente y de acuerdo con la legislación interna" la "[P]lena efectividad" de los derechos consagrados por el Protocolo (Cançado Trindade 1994´: 49).

El nuevo reto de los derechos humanos debe ser considerado para garantizar el respeto por la dignidad de las personas como una prioridad de carácter urgente. Así mismo, para la comunidad internacional en función de redoblar los esfuerzos en la materia. De igual forma, para las personas que aspiren a conseguir un cargo de representación democrática de conducirse en virtud de brindar mejores oportunidades y accesos a los Desca. No obstante, para

de septiembre de 2020].

la ciudadanía representa una coyuntura para hacer énfasis y no resignarse en la lucha de sus derechos. La solidaridad, la esperanza, el respeto, la armonía y la tolerancia son valores intrínsecos de los derechos humanos para conseguir la universalidad en su aplicación. La lucha contra el desequilibrio debe comenzar por los instrumentos que reflejan este mismo desequilibrio. Sólo a través de luchas eficaces será posible señalar la expansión de la esperanza y la retracción del miedo entre las grandes mayorías (De Souza Santos 2020).[9]

El populismo y los derechos humanos responden a premisas filosóficas difícilmente conciliables. El populismo es pre-moderno, holista y anti-universalista. Los derechos humanos son un producto de la modernidad, que se dirige a proteger a las personas de carne y hueso frente a las pretensiones basadas en los intereses de entidades inasibles como el ser nacional o el pueblo, y a hacerlo de forma universal, con independencia de culturas, regímenes políticos o religiones. En cualquiera de las dimensiones relevantes en las que opera la práctica de los derechos humanos el populismo se muestra como un soporte deficitario de los derechos humanos.

El populismo nos ha venido alejando de la modernidad y de la legalidad, siempre en nombre del pueblo. Al menos aspiremos a que deje de hacerlo en nombre de los derechos humanos (Alegre 2016).

Bibliografía

Alegre, Marcelo (2016): *Populismo y derechos humanos: ¿Agua y aceite?*, en *México Documents*. Disponible en: «*https://vdocuments.mx/download/populismo-y-derechos-humanos-agua-y-aceite-marcelo-alegre-*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

[9] Disponible en: «*https://www.jornada.com.mx/2020/01/26/opinion/018a1mun*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

Allegri, Carlo (2016): "El peligroso avance del populismo. Ataques globales a los valores de derechos humanos", en *Human Rights Watch*. Disponible en: «*https://www.hrw.org/es/world-report/2017/country-chapters/298540*» [Consultado el 30 de septiembre de 2020].

Alston, Philip (2017): "The populist challenge to human rights", en *Journal of Human Rights Practice*, núm. 1, vol. 9, 1-15.

Arditi, Benjamín (2005): "Populism as an internal periphery of democratic politics", en *Populism and the Mirror fo Democracy,* Panizza, Francisco (ed.), Verso, Londres, 72-98

Cançado Trindade, Antonio Augusto (1994): "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

Cisneros, Abad (2014): "El populismo en campaña, una estrategia exitosa. El caso de las elecciones presidenciales de Ecuador en 2002", noviembre 2014, Universidad de Cuenca. Disponible en: «*https://www.researchgate.net/publication/269390636_El_populismo_en_campanauna_estrategia_exitosa_El_caso_de_las_elecciones_presidenciales_de_Ecuador_en_2002/link/548825740cf268d28f0747c6/download*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2017): *Discurso de odio, poder y derechos humanos*, Centro de Investigación Aplicada de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 2. Disponible en: «*https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_02_2017.pdf*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

Consejo Nacional de Población (1998): *Índices de marginación, 1995*, Conapo-Progresa, México.

De Paz González, Isaac (2016): "La dimensión universal de los derechos humanos frente al discurso de odio de Donald J. Trump", en *Dignitas,* año 10, núm.30, 15-42.

De Sousa Santos, Boaventura (2020): "Para una nueva declaración universal de los derechos humanos", *La Jornada*, 26 enero, Opinión.

Dion, Stéphane (2018): *La democracia y los derechos universales frente al auge del populismo*, Discurso inaugural en Congreso Internacional por el 70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, 10 al 12 de diciembre de 2018, Valencia, España.

Dudai, Ron (2017): "Human rights in the Populist Era: Mourn then (Re) Organize", en *Journal of Human Rights Practice,* núm. 1, vol. 9, 16-21.

Esquivel Alonso, Yessica (2016): "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuestiones constitucionales*, núm. 35, 3-44.

Ferrajoli, Luigi (2008): "La esfera de lo indecidible y la división de poderes" en *Estudios constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 337-343.

Giménez Mercado, Claudia y Valente Adarme, Xavier (2010): "El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes", en *Cuadernos del Cendes*, vol. 27, núm. 74, 51-79.

Inzunza, Jorge Ernesto (2020): "Panorama político. El populismo daña por igual a los países", en *El Sol de Toluca*, 30 agosto, Análisis.

Moffit, Benjamin (2016): *The Global Life of Populism. Performance, political style and representation,* Stanford University Press, California.

Montgomery, Martin (2017): "Post-truth politics?: Authenticity, populism and the electoral discourses of Donald Trump", en *Journal of Language and Politics*, núm. 4, vol. 16, 619-639.

Mudde, Cas (2004): "The populist zeitgeist", en *Government and opposition,* vol. 39, núm. 4, 541-563.

Muižnieks, Nils (2017): *Populism? Human Rights Regression and the Role of the Ombudsman*, Council of Europe, 3-4 abril 2017. Disponible en: «*https://rm.coe.int/16807095ff*» [Consultado el 9 de septiembre de 2020].

Patriau, Enrique (2012): "¡El populismo en campaña! Discursos televisivos en candidatos presidenciales de la Región Andina (2005-2006)", en *Colombia Internacional*, núm. 76, 293-325.

Rocha, Armando (2020): "La comunicación política populista de Amlo", en *Beers & Politics*, núm. 5, 54-73.

Rodríguez-Garavito, Cesar y Gómez, Krizna (2018): *Populism and human rights: a new playbook,* Dejusticia, Colombia. Disponible en: «*https://www.civicus.org/index.php/re-imagining-democracy/overviews/3384-populism-and-human-rights-a-new-playbook*» [Consultado el 15 septiembre 2020].

Roth, Kenneth (2017): "The Dangerous Rise of Populism: Global Attacks on Human Rights Values", en *Journal of International Affairs*, número especial 2017, 79-84.

Southern Poverty Law Center (2016): "The Trump Effect: The Impact of the Presidential Campaign on Our Nation's Schools", en *Southern Poverty Law Center*. Disponible en: «*https://www.splcenter.org/20160413/trump-effect-impact-presi-*

dential-campaign-our-nations-schools» [Consultado el 30 de septiembre de 2020].

Zanatta, Loris (2002): "Il populismo. Sul nucleo forte di un ´ideologia debole", en *Polis*, núm.2, 263-294

El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Nacional Electoral, una asignatura pendiente para la reforma electoral en México.

The trial to settle conflicts or labor differences of the servers of the National Electoral Institute, a pending issue for electoral reform in Mexico.

Juan Antonio Palomares Leal
Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito
Orcid: 000 0-0001-8034-1830

Fecha de recepción: 17 junio 2020
Fecha de aceptación: 20 agosto 2020

No hay justicia posible si sólo se beneficia a quien ya está en una posición privilegiada; y resulta reprobable si además se perjudica a quien ya está en desventaja.
(John Rawls)

Resumen: El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Nacional Electoral es un proceso en materia laboral poco conocido en el ámbito jurídico mexicano. Desde 1996, que se dotó de competencia al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para resolverlo, nada sustancial se ha reformado en la materia procesal de dicho juicio laboral que tienen a su alcance los trabajadores del citado Instituto; esto, a pesar del cambio de paradigma en materia de derechos humanos adoptado por México a partir de la reforma constitucional de 2011. El impacto de la mencionada reforma en México repercutió en diversos rubros; uno de ellos, por supuesto, el de acceso a la justicia en distintas materias, entre ellas, la laboral. Por tanto, el presente artículo busca ofrecer un estudio de los antecedentes del citado juicio, así como un análisis de diversas problemáticas que de este derivan y que,

se estima, vulneran los derechos fundamentales de los servidores del Ine, así como de las posibles soluciones que pueden plantearse a partir de la reforma a la justicia laboral de mayo de 2019, las cuales pueden derivar en sustraer el conocimiento de dicho juicio laboral del Tribunal Electoral Federal.

Abstract: The trial to settle conflicts or labor differences of the servers of the National Electoral Institute is a process in labor matters little known in the Mexican legal field. Since 1996, when the Electoral Court of the Federal Judiciary was empowered to resolve it, nothing substantial has been reformed in the procedural matter of said labor trial that are available to the workers of the National Electoral Institute, despite the change in paradigm in the field of human rights adopted by Mexico from the constitutional reform of 2011. The impact of the aforementioned reform in Mexico had repercussions in various areas, including, of course, access to justice in different matters, including labor. Therefore, this article seeks to offer a study of the background of the aforesaid trial as well as an analysis of various problems that derive from it and which are estimated to violate the fundamental rights of the servers of the National Electoral Institute, as well as possible solutions that may arise from the reform of the labor justice of May 2019, which can derive in subtracting the knowledge of said labor judgment from the Federal Electoral Court.

Palabras clave*: derecho burocrático, tribunal electoral, derecho de acceso a la justicia, asesoría jurídica gratuita, justicia laboral.*

Keywords: *bureaucratic law, electoral court, right of access to justice, free legal advice, labor justice.*

Sumario: I. Introducción. II. El modelo de justicia laboral burocrática en México. 1. Modelo general. 2. El modelo de justicia laboral previsto para los servidores públicos del Pjf ¿diferencia o semejanza con el de los trabajadores del Ine? III. Las relaciones laborales inherentes al Ine. 1. Marco normativo constitucional. 2. Marco normativo legal. IV. Debilidades y fortalezas de la jurisdicción laboral en el Tepjf, así como su materialización. 1. Falta de asesoría jurídica gratuita a los servidores del Ine para promover juicios laborales. 2. La distancia entre los domicilios de los justiciables y las ciudades sede de las Salas donde se tramitan los juicios laborales. 3. Fortalezas del modelo especial de justicia laboral electoral.

4. Materialización de la problemática en el modelo especial de justicia laboral electoral. V. Posibles soluciones ante una eventual reforma. 1. Impartición de justicia por parte de Tribunales laborales ordinarios. 2. El modelo de justicia de los trabajadores de los organismos públicos descentralizados como ejemplo. VI. Conclusión.

I. Introducción

Dentro del modelo de justicia laboral burocrática mexicana, existe un juicio laboral especial que se encarga de dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Nacional Electoral (Ine), mismo que por cuestiones legislativas poco claras e históricas resuelve el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación[1] (Tepjf): el juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales de los servidores del Instituto Nacional Electoral (Jli). No obstante, tal como se desarrollará a través del presente, el diseño procesal normativo de dicho juicio laboral ha permeado en detrimento de los trabajadores del Ine a través de dos cuestiones que resultan sumamente importantes para el pertinente acceso a la justicia de éstos: 1) la falta de asesoría jurídica gratuita a los servidores del Ine para promover el Jli en caso de ser necesario; y, 2) la distancia entre los domicilios de los justiciables y las ciudades sede de las Salas donde se tramitan los juicios laborales.

Debido a las problemáticas antes enumeradas, el objetivo de esta colaboración, se encamina esencialmente a ser un llamado de atención, así como fuente de información, para demostrar las debilidades procesales del Jli, buscando que, derivado de dichas observaciones, el diseño procesal actual del referido juicio sea reconsiderado en cuanto a su permanencia dentro de la ley procesal electoral, aprovechando la reforma a la justicia laboral 2017-2019

[1] Conforme al artículo 99 constitucional, con excepción de lo relativo a las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, dicho Tribunal es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.

y ante una eventual reforma electoral[2], con miras a que dicho julio laboral especial sea sustraído del conocimiento del Tepjf.

Lo anterior tomando en cuenta que, a partir de la mencionada reforma a la justicia laboral, es inminente, por un lado, la extinción de la Juntas de Conciliación y Arbitraje como órganos de justicia ordinaria laboral dependientes del Poder Ejecutivo y, por otro, la creación de juzgados de distrito especializados en la materia laboral, dependientes del Poder Judicial de la Federación (Pjf), esto sin pasar por alto las peculiaridades del modelo especial de justicia laboral en el que se encuentra inmerso el Jli y las implicaciones que ello conlleva.

Por tanto, a través del presente, se pretende exponer un análisis del citado juicio laboral electoral, así como las diversas deficiencias que de este emanan, mismas que como se adelantó, transgreden derechos humanos de los servidores del Ine en ciertos aspectos.

Para lograrlo, el presente trabajo se divide en cuatro tópicos.

A través del primero, se examinará el modelo de justicia laboral burocrática que existe en México por conducto de dos subtemas, por un lado, se efectuará una exposición del modelo general que impera en el país; y por otro, se expondrá uno diverso, existente para los servidores del Pjf a efecto de dejar en claro que históricamente existen excepciones al modelo general actual que no necesariamente tienen un semejante origen.

[2] A partir del fin del proceso electoral de 2018 e inicio de funciones de la LXIV legislatura federal, comenzaron a surgir voces relacionadas con el impulso de una reforma electoral, lo cual no es ajeno en nuestro país cada vez que concluye un proceso electivo. Cabe mencionar que el proceso electoral 2017-2018 se trató de uno de los más grandes de la historia en México, pues se renovaron 18,299 cargos. Situación que pudo haber dado pie a sustanciales inconformidades derivadas de un proceso tan grande. No obstante, en propias palabras del Magistrado Presidente del Tepjf "la pronta resolución de las impugnaciones abonó a la confianza y la certidumbre en los resultados electorales" (Fuentes Barrera 2018: 14).

En el segundo apartado, se abordará a través de los respectivos subtemas, tanto el marco normativo constitucional como legal de las relaciones laborales inherentes a los servidores del Ine.

Luego, en tercer lugar, se analizarán por lo menos dos inconvenientes de la jurisdicción laboral especial que tiene el Tepjf y que como se expondrá, afecta en los derechos humanos de los servidores del Ine cuando son partes promoventes de los juicios laborales, ello a partir del contenido normativo procesal que regula dichos asuntos, sin dejar de lado el análisis de las fortalezas de dicho modelo al ser materia de conocimiento del Tepjf. Posteriormente, a través de un subapartado se expondrá un caso real a través del cual se materializó una de las problemáticas expuesta.

Enseguida, a través de un cuarto apartado, se analizará a través de dos subtemas, las posibles soluciones derivadas de la reforma a la justicia laboral del 1º de mayo de 2019, en primer lugar, dentro del marco del modelo general que recientemente se puso en marcha en México, mismo que puede y debe ser aprovechado ante una eventual reforma constitucional electoral para dar una salida plausible a la jurisdicción laboral electoral que desde 1996 conoce el Tepjf, lo anterior sin pasar por alto el único y más importante contraargumento existente, mismo que como se expondrá, en consideración de las recientes reformas, ha quedado sin sustento. Mientras que, en segundo término, para reforzar tal hipótesis, se analizará como ejemplo, el modelo de justicia laboral ordinario previsto para trabajadores de los organismos públicos descentralizados que guarda semejanza con el contexto bajo el cual, se encuentra inmerso el modelo de justicia relativo a los trabajadores del Ine.

Finalmente, se expondrán las conclusiones a las de la problemática planteada.

II. El modelo de justicia laboral burocrática en México

Si bien el Ine nace en la década de los 90 bajo la denominación de Instituto Federal Electoral, debe precisarse que la consolidación de modelo de justicia que dirime los conflictos derivados de las relaciones de trabajo que unen a los servidores y los entes que forman parte del Estado Mexicano, tales como el citado órgano constitucional autónomo, tiene antecedentes más remotos y sumamente discutidos desde 1917, de ahí que se estime pertinente efectuar un somero análisis de la calidad histórica del modelo de justicia laboral burocrática en México, así como las situaciones especiales previstas para algunos, tales como los servidores pertenecientes al Pjf. Lo anterior para esclarecer la problemática que comprende la competencia especial del Jli, que resuelve el Tepjf.

1. Modelo general

Los trabajadores burócratas, como se les conoce también con cierto sentido peyorativo, viven en una especie de limbo jurídico (Buen Lozano 2013: 99). No obstante, existen voces en el sentido de que los prestadores de servicios personales al Estado Mexicano, desde 1917 y antes de la adición del apartado B que los rige, son sujetos del artículo 123 constitucional y su relación es de naturaleza laboral, no administrativa (López Cárdenas 1987: 117).

Por otro lado, existen también afirmaciones en el sentido de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto original de 1917, no previó la regulación de las relaciones de trabajo entre el Estado y sus servidores (Acosta Romero 1995: 21). E incluso, que en su momento se les aplicó la eufemística denominación de *servidores públicos* para negar su calidad de trabajadores y marginarlos de los beneficios laborales plasmados en el artículo 123 constitucional, tal como fue redactado en 1917 (Pallares y Lara 2007: 29).

Así, durante mucho tiempo, los trabajadores que prestan sus servicios al Estado Mexicano quedaron excluidos, en su momento, del acceso a la justicia laboral. Lo anterior con base en que la Ley Federal del Trabajo de 1931, estableció en su artículo 2° que las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos estarían regidas por las leyes del servicio civil que al efecto se expidiesen, situación que enmarcó dichas relaciones en el ámbito del derecho civil (Trueba Urbina 1955: 25). Fue de esta manera como se abrió el camino para que la federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, emitieran leyes laborales sobre el servicio que se les presta, ordenamientos conocidos como leyes del servicio civil o leyes burocráticas (Farid Barquet 2006: 180). Ante la citada incertidumbre, el 7 de diciembre de 1959, el Presidente Adolfo López Mateos presentó como iniciativa, la adición del apartado B al artículo 123 constitucional, mismo que se publicó el 5 de diciembre de 1960 en el Diario Oficial de la Federación (DOF).

El citado apartado viabilizó la promulgación, el 28 de diciembre de 1963, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, encargada de regular las relaciones entre los burócratas y las dependencias del Estado a las que se encontraban adscritos, así como la creación del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, encargado de asumir el conocimiento de la justicia laboral burocrática.

El recién mencionado órgano de justicia se trata de un tribunal administrativo que depende del Poder Ejecutivo (Tovar y de Teresa 2013: 214). Mismo que sustituyó al otrora Tribunal de Arbitraje, contemplado por el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión —publicado en el DOF el 5 de diciembre de 1938—, cuyas funciones, conforme a su artículo 92 eran las siguientes:

> "[…] El Tribunal de Arbitraje para los Trabajadores al servicio del Estado, deberá ser colegiado y lo integran: un Representante del Gobierno Federal, designado de común acuerdo por los tres Poderes de la Unión; un Representante de los trabajadores designado por la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio

> del Estado, y un tercer árbitro que nombren entre sí los dos representantes citados. Además en cada unidad gubernamental existirá una Junta Arbitral, que también será colegiada, y estará integrada por un Representante del Jefe de la Unidad, otro del Sindicato de trabajadores y un tercero elegido en la forma anteriormente expresada. Las Juntas podrán ser permanentes o accidentes, según la frecuencia de sus labores".

De lo anterior se desprende entonces que, conforme a la concepción mexicana de las relaciones laborales burocráticas en México, la regulación de estas y los instrumentos procesales encargados de dirimir las controversias surgidas, no se encontraban sujetas al apartado A del artículo 123 constitucional ni a los órganos impartidores de dicha justicia laboral ordinaria. En el caso de la justicia laboral burocrática, la situación, indudablemente, influyó en lo relativo al futuro diseño normativo correspondiente a las relaciones de los servidores pertenecientes al ahora denominado INE.

2. El modelo de justicia laboral previsto para los servidores públicos del PJF ¿diferencia o semejanza con el de los trabajadores del INE?

No pasa inadvertido el hecho de que existe un modelo de justicia laboral especialmente contemplado para los trabajadores del PJF, sin embargo, debe precisarse que originariamente, ése si se encontraba implícitamente previsto para ser dirimido por el extinto Tribunal de Arbitraje, al no existir limitante alguna de los servidores del Estado que podían acudir ante el citado tribunal conforme al texto de la norma que lo creó.

No obstante, en 1944, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al haber sido llamada como parte en un juicio entonces promovido por un servidor público, por conducto de su entonces Ministro Presidente, se negó a aceptar la competencia de dicho Tribunal de Arbitraje para dirimir la controversia suscitada, de ahí que el legislador, como deferencia al máximo órgano judicial del país, acotó dicha competencia al reformar en 1960

el artículo 123 constitucional, cuando se le adicionó el apartado B, mismo que en el segundo párrafo de su fracción XIII dispuso: "los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores, serán resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

Dicho lo anterior, podría afirmarse que tal acontecimiento se relaciona con los motivos por los cuales se otorgó la competencia especial al TEPJF para dirimir los conflictos laborales de los servidores del INE, no obstante, la diferencia de dicha competencia especial radica en que, por lo menos, a través de la reforma que dio pie a la Comisión Substanciadora Única del PJF, que al día de hoy pervive, el legislador sí expuso las razones por las cuales ésta se contemplaba constitucionalmente tal como se advierte a continuación:

> "Se reitera en el Proyecto el funcionamiento de un Tribunal de Arbitraje al que, además se le asignan, en forma. Expresa, (sic) funciones conciliatorias, para el conocimiento y resolución de los diversos conflictos que puedan surgir entre el Estado y sus servidores.
>
> Una necesaria excepción se establece a este respecto: los casos de conflicto entre el Poder de Judicial Federal y sus trabajadores. Con el propósito de salvaguardar su dignidad y decoro como el órgano máximo que ejerce la función jurisdiccional, se establece la competencia exclusiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de estos conflictos y resolverlos en una sola instancia, conforme al procedimiento que la Ley Reglamentaria establece".

Mientras que, en el caso de los servidores públicos del INE, el legislador no expuso razón alguna por la cual se otorgó la competencia especial laboral para dirimir los conflictos de índole laboral entre dicha institución y sus servidores.

Lo anterior puede advertirse de una lectura, por un lado, a la exposición de motivos relativa a la reforma constitucional publicada

en el Dof del 3 de septiembre de 1993[3], que creó el otrora Tribunal Federal Electoral, contemplando dicha jurisdicción laboral, y por otro, a la diversa publicada en el Dof de 22 de agosto de 1996, que incorporó el Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación y que a su vez refrendó dicho modelo especial de justicia laboral; pues en ninguna de las respectivas exposiciones de motivos, se expone el porqué de su existencia.

De tal suerte, es hasta 2004, que a través de la competencia 97/2004, la Scjn enuncia los motivos implícitos que llevaron al legislador a crear el Jli.

Por tanto, si bien el origen del modelo especial de justicia laboral previsto para los servidores del Ine encuentra sustento en la Constitución Federal, tal como el diverso relativo a los servidores del Pjf, lo cierto es que los motivos que dieron pie al primero de los citados modelos, no fueron debidamente expuestos en sede legislativa, sino en la judicial.

De ahí que exista una diferencia de origen entre los modelos de justicia laboral que se encuentran respectivamente al alcance de los servidores del Pjf y los del Ine; situación anterior que de ninguna manera pueden hacerlos comparables entre sí para encontrar el motivo de la existencia del Jli y, justificar su subsistencia normativa de origen.

III. Las relaciones laborales inherentes al Ine

El Ine nace en el año de 1990 bajo la denominación de Instituto Federal Electoral, a fin de contar con una institución imparcial que proporcionara certeza, transparencia y legalidad a las elec-

[3] Disponible en: «*http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1Fqrif0cIan1cF+tOMEvScUkVyhMetFz5Y9M5aAmGTxki8iQw==*» [Consultado el 7 de abril de 2020].

ciones federales, dicho ente adquiere su autonomía constitucional a partir de una reforma que data de 1996.

Ahora bien, contrario a lo que se pudiera pensar conforme al expuesto marco constitucional del derecho burocrático en México, la manera en que se rigen las relaciones de trabajo entre el órgano encargado de organizar las elecciones federales y sus servidores es a través de una autorregulación. Esta implica que es el propio órgano administrativo electoral, el facultado constitucionalmente para fijar las reglas y normas relativas a las relaciones de trabajo entre el Instituto y sus servidores (Huber Oblea y Contró 2013: 400).

1. Marco normativo constitucional

Como se dijo, por mandato constitucional del artículo 41, párrafo tercero, fracción V, apartado A, y de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (Lgipe), el Ine conserva una autorregulación en las relaciones de trabajo que lo unen con sus servidores. Relaciones que, podría afirmarse, son distintas a las contenidas en los apartados A y B del artículo 123 constitucional (Espinoza Hoyo 2007: 18).

Lo anterior debido a que, la regulación de las relaciones laborales de los servidores del Ine, deriva de un precepto constitucional diverso al mencionado 123, en el caso, del citado numeral 41, párrafo tercero, fracción V, apartado A, que en lo que interesa, refiere:

> "La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:
>
> […] V. La organización de las elecciones es una función estatal que se realiza a través del Instituto Nacional Electoral y de los organismos públicos locales, en los términos que establece esta Constitución.
>
> Apartado A. El Instituto Nacional Electoral es un organismo público autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio

> propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esta función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad serán principios rectores.
>
> […] Las disposiciones de la ley electoral y del Estatuto que con base en ella apruebe el Consejo General, regirán las relaciones de trabajo con los servidores del organismo público".

De esta manera, los trabajadores del Ine se encuentran perjudicados en sus derechos laborales, pues además de no contar con un tribunal especializado en materia laboral específico como se expondrá más adelante, tampoco gozan de algún reglamento de condiciones generales de trabajo (Meléndez George 2005: 200).

2. Marco normativo legal

En el plano legal, conforme al artículo 206, párrafo 1 de la Lgipe, dentro del Ine se considera a todo su personal, incluidos los que desempeñan funciones administrativas y de servicios, como de confianza, clasificación que no tiene fundamento constitucional alguno (Alcalde Justiniani 2007). Lo anterior porque, la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional, a la que remite la citada legislación, refiere que la ley que determinará los cargos de confianza debe ser la propia reglamentaria del citado apartado B, denominada Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, no la Lgipe.

Ahora bien, no hay que pasar por alto la existencia del Servicio Profesional Electoral Nacional, el cual "es la piedra angular del Instituto, en el que descansa principalmente la función de organizar elecciones" (Bolaños Linares 2016: 127). No obstante, la pertenencia a este no se traduce en una inamovilidad, pues los servidores adscritos al citado servicio se encuentran clasificados también como personal de confianza conforme a la citada Lgipe.

Podría afirmarse que tal situación particular de los servidores del Ine vulnera ya per se sus derechos humanos conforme a acuerdos internacionales, sin embargo, esta circunstancia jurídica también forma parte de los tratados internacionales en materia de trabajo, específicamente, conforme al Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, que deja al arbitrio de sus estados miembros el régimen de protección laboral para los servidores públicos.

En ese sentido, al margen de que, en el aspecto de los servidores públicos, a nivel internacional no se prevé una protección laboral específica y de la crítica realizada al régimen normativo que impera en cuanto a las relaciones laborales de los servidores del Ine, lo que interesa en el presente, es dirigirse a evidenciar las deficiencias del modelo especial de justicia laboral previsto para estos servidores a través del Jli, pues se estima que, al menos a través de un eventual ajuste normativo procesal, se puede mejorar su situación laboral burocrática, al menos de manera indirecta.

El citado modelo especial de justicia, como ya se dijo, se reguló por primera vez a través de una reforma constitucional publicada en el Dof, el 3 de septiembre de 1993. La cual previó que el extinto Tribunal Federal Electoral, entre otras cuestiones, resolviera de forma definitiva e inatacable las diferencias laborales que se presentaran entre el entonces Instituto Federal Electoral y sus trabajadores. Sin que, de la exposición de motivos, se advirtiera motivo o razón alguna para ello. Esta situación se replicó cuando el Tribunal Electoral se incorporó al Pjf mediante una reforma constitucional publicada en el Dof, el 22 de agosto de 1996, pues en el artículo 99 constitucional, a través de su párrafo cuarto, fracción VII, se reiteró dicha competencia especial laboral sin exponer el motivo de su existencia.

Paradójicamente, su inclusión se dio en una ley procesal electoral —la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral— y no en una de naturaleza laboral, situación que, a decir de autores, desnaturalizó dicho ordenamiento toda vez que,

desde un punto de vista técnico, no se trata de un medio de impugnación y tampoco puede ser considerado como materia electoral (Cienfuegos Salgado 2012: 126).

Incluso, la propia Sala Superior del TEPJF estableció que, en el ejercicio de sus funciones, una cuestión es la "jurisdicción electoral" con sus rasgos y particularidades y, otra muy diferente, es la "jurisdicción laboral especial", la cual también cuenta con sus propias singularidades (TEPJF, Tesis LV/99, 11 noviembre 1999).

Dicha jurisdicción laboral especial fue incluida en la Ley Orgánica del PJF y en, la entonces recién emitida, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

No obstante, conforme a dichos instrumentos normativos, quien originalmente conocía de los juicios laborales era exclusivamente la Sala Superior, la cual funcionaba de manera permanente, pues las Salas Regionales únicamente se instalaban de manera provisional durante los procesos electorales federales para resolver los juicios relacionados con la votación recibida en las casillas.

Sin embargo, luego de una reforma constitucional, publicada en el DOF el 13 de noviembre de 2007, que determinó la permanencia de las Salas Regionales, mediante una diversa reforma legal publicada en el DOF el 1 de julio de 2008, la competencia del conocimiento del JLI se dividió entre la Sala Superior y las entonces cinco Salas Regionales —a través de los artículos 189, fracción I, inciso g) y, 195, fracción XII de la Ley Orgánica del PJF—.

De esta manera, la Sala Superior conservó, para su conocimiento, los conflictos o diferencias laborales entre el INE y sus servidores adscritos a órganos centrales. Mientras que, las entonces cinco Salas Regionales asumieron la competencia para conocer y resolver, en forma definitiva e inatacable, las diferencias laborales entre el referido Instituto y sus servidores adscritos a los órganos desconcentrados.

Destacándose que, a partir de la división de la citada competencia para el conocimiento de dicho juicio, nada sustancial se ha legislado respecto al referido juicio. Esto a pesar de los grandes avances que ha habido en materia de derechos humanos, logrados mediante la reforma al artículo 1° constitucional de 10 de junio de 2011 o la diversa del tercer párrafo del artículo 17 constitucional de 15 de septiembre de 2017.

IV. Debilidades y fortalezas de la jurisdicción laboral en el Tepjf, así como su materialización

Tal como se refirió al inicio de este trabajo, el Jli se trata de un juicio laboral del que conoce el Tepjf desde su creación como órgano jurisdiccional en 1996, a través de la fracción VII, del artículo 99 constitucional.

Desde el año de su inclusión en la normativa procesal electoral, el Jli no ha sufrido reforma legislativa alguna en su ley procesal —Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral—, misma que como quedó precisado, se estima que es de naturaleza primordialmente electoral (Galván Rivera 2002: 287) y no laboral.

La anterior situación ha provocado críticas en el aspecto de que dicha materia nada tiene que ver con su especialización, por lo que resulta necesaria la sustracción del conocimiento del citado juicio laboral de la competencia del Tepjf (Otálora Malassis 2019).

Ahora bien, ya que las reglas del Jli datan de la década de los 90 y éste ha permanecido legislativamente intacto desde entonces, se estima que ello ha provocado un desfase normativo en relación con el panorama actual de la justicia laboral y burocrática en relación con los derechos humanos.

Situación la anterior que incide en una desprotección e impedimento de salvaguarda de los derechos humanos que tienen los tra-

bajadores en el ramo electoral (Huber Oblea y Contró 2013: 404), entre otras cuestiones, por: 1) la falta de asesoría jurídica gratuita a los servidores del Ine para promover juicios laborales en caso de ser necesario; y, 2) la distancia entre los domicilios de los justiciables y las ciudades sede de las Salas donde se tramitan los juicios laborales.

Dichas problemáticas serán materia de análisis a través del presente trabajo, pues se estima que, indiscutiblemente vulneran el derecho humano de acceso a la justicia de los servidores del Ine, situación que motiva aún el ánimo de sustraer el conocimiento del Jli del Tepjf, ante una eventual reforma electoral y aprovechando la reforma de justicia laboral 2017-2019.

Lo anterior sin pasar por alto las fortalezas que tal juicio laboral especial tiene al ser materia de resolución por parte del Tepjf, las cuales se enunciarán de igual manera.

1. Falta de asesoría jurídica gratuita a los servidores del Ine para promover juicios laborales

Uno de los principales inconvenientes que surgen de los jli, mismo en el que se centrará este apartado, trata de la falta de asesoría jurídica gratuita en favor de los servidores públicos del Ine cuando tienen la necesidad de promover un juicio laboral para defender sus intereses.

Si bien de manera formal, no existe precepto constitucional alguno que obligue la existencia de una defensa pública o de oficio para la promoción de juicios laborales, resulta por demás inconcebible que hoy en día, los servidores del Ine no cuenten con dicho servicio gratuito de defensa para promover juicios laborales.

Más aún cuando "llama la atención que el concepto de defensa adecuada ha comenzado a emplearse por los juzgadores en relación con otras materias jurídicas, como la laboral o la administrativa" (Fix-Fierro y Suárez Ávila 2015: 165).

Lo anterior se afirma pues, por un lado, aquellos que acuden a promover juicios laborales ante las aún existentes Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuentan desde 1927, con una Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo. Dicha procuraduría se encarga de atender las necesidades de los trabajadores que no cuentan con los recursos económicos para defenderse jurídicamente mediante los servicios de abogados de forma gratuita.

De igual forma, desde 1984, existe la Procuraduría de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado, misma que brinda asesoría y representación legal, de forma gratuita, a los trabajadores al servicio del Estado o sus beneficiarios que lo soliciten. Esto respecto a asuntos que competen al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura Federal, cuenta con un órgano auxiliar de asesoría jurídica gratuita denominado Instituto Federal de Defensoría Pública. Que si bien, a partir de una reforma a su ley efectuada el 1° de mayo de 2019, se encuentra en aptitud de prestar dichos servicios en materia laboral, se entiende que éstos sólo se dirigen a aquellos asuntos que dispongan los tribunales laborales creados por mandato de ley a partir de la reforma a la justicia laboral de 2019.

Lo anterior se traduce también en una inexistencia de asesoría jurídica gratuita para defender a los servidores del Ine en los juicios laborales de los que conoce el Tepjf. Pues, al ser este último, un tribunal ajeno a los citados órganos jurisdiccionales laborales, contemplados por la Ley Federal del Trabajo desde el 1° de mayo de 2019, por mandato del artículo 99 constitucional no podría considerársele un tribunal laboral conforme a dicha normativa, dado que esencialmente, el Tepjf "tiene la elevada encomienda de garantizar los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votados y de asociación, así como de salvaguardar los principios de constitucionalidad y legalidad a que deben sujetarse todos los actos, resoluciones y sentencias de las autoridades electorales, cualquiera que sea su naturaleza" (Sánchez-Cordero

Grossman 2006), siendo la justicia laboral inherente a los servidores del Ine, como ya se apuntó, una competencia *sui generis* otorgada a un Tribunal Electoral.

Además, se debe aclarar que, hasta este punto, no resulta posible dilucidar si se ha cumplido con el cometido de ofrecer una justicia efectiva en cuanto a sus decisiones, pues los fallos dictados en esos juicios tanto por las Salas Regionales como por la Superior, resultan definitivos e inatacables, sin que exista la posibilidad de rebatirlos a través de recurso alguno, incluso del amparo directo, ello conforme a un criterio jurisprudencial de la Segunda Sala del máximo tribunal del país (Scjn, Tesis 2a. XXVI/2002, 23 abril 1999). Sin embargo, en cuanto a la justicia imparcial y de calidad, no se tiene duda alguna de este actuar por parte del Tepjf derivado de que, hasta el momento, no se ha externado inconformidad alguna documentada en ese aspecto por parte de los servidores del Ine.

Tampoco pasa inadvertido que el propio Tepjf cuenta con una defensoría pública electoral, pero esta sólo se ocupa de atender pueblos y comunidades indígenas. Siendo un órgano auxiliar de la Comisión de Administración del Tribunal Electoral con independencia técnica y autonomía operativa, encargada de prestar gratuitamente los servicios de defensa y asesoría electorales en favor de los pueblos y comunidades indígenas cuando se considere que existe una violación a un derecho político electoral, ya sea individual o colectivo. Lo anterior, sin que de manera alguna se contemple la materia laboral en la prestación de sus servicios de asesoría jurídica.

Expuesto lo anterior, se puede afirmar categóricamente que en nuestro país no existe legislación alguna que expresamente contemple asesoría gratuita en favor de los servidores del Ine que busquen promover juicios laborales ante el Tepjf. Lo anterior, aún y cuando, a partir de una reforma al párrafo octavo del artículo 17 constitucional, se previó esencialmente que la federación debe garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para toda la población.

El citado precepto, interpretado conforme al principio *pro persona* y de manera conforme, obligaría al PJF como parte del Estado Mexicano, ya sea a través del Instituto Federal de Defensoría Pública o del propio TEPJF, a proveer de un servicio de asesoría jurídica gratuita en favor de los servidores públicos del INE en caso de ser necesario. Sin embargo, hoy en día, formalmente esto no ha ocurrido.

Lo anterior no obstante que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, prohíbe a los Estados discriminar por, entre otras razones, la posición económica. Por lo que si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza —como el de acceso a la justicia —, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-11/90*, 10 agosto 1990: párr. 22), situación que indudablemente se materializa en la problemática aquí expuesta. Sin embargo, se tiene la certeza de que, en caso de ser necesario, el PJF desplegará las acciones correspondientes que colmen dicha laguna existente, con el objeto de salvaguardar el derecho de acceso a la justicia que tienen todos los gobernados, en este caso los servidores del INE que así lo requieran.

Esto con miras a cumplir la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos, establecida en el artículo 1, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a una defensa adecuada, como elemento esencial de los derechos humanos al debido proceso y al acceso a la justicia, reconocidos en los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional.

Máxime si se tiene en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido (Corte IDH, *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, 13* octubre 2011: párr. 116 a 119) que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

consagra los lineamientos al debido proceso legal que deben respetarse en cualquier instancia procesal.

Así, dentro de las *garantías* que constituyen el debido proceso se encuentra el acceso a la asistencia letrada (Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 octubre 2012: párr. 164) a que hace referencia el artículo 8, apartado 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consiste en el derecho de la persona a: i. defenderse personalmente; ii. ser asistida por un defensor de su elección; y, iii. si la persona no se defendiere por sí misma ni nombrara defensor en los plazos de ley, tiene el derecho a ser asistida por un defensor proporcionado por el Estado.

Criterio el anterior que guarda relación con lo decidido por la Primera Sala de la SCJN en el aspecto de que la garantía del debido proceso legal contenida en el artículo 14 constitucional permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal (SCJN, 1a. XCVIII/2006, 19 abril 2006).

En ese sentido, como se precisó al comienzo de este apartado, queda demostrada una de las deficiencias del JLI, pues al crearse dicho juicio, el legislador no previó organismo alguno que garantizara la adecuada defensa de los derechos laborales de los servidores del INE ante el TEPJF sin costo alguno, ya fuera por conducto de alguna procuraduría o del propio instituto federal de defensoría pública. Situación que discriminó a los mencionados servidores de acceder a una asesoría jurídica gratuita en defensa de sus intereses.

2. La distancia entre los domicilios de los justiciables y las ciudades sede de las Salas donde se tramitan los juicios laborales

Como ya se mencionó, al crearse el TEPJF en 1996 y con este el JLI, la competencia para conocerlo y resolverlo se concentraba únicamente en su Sala Superior, que tiene su residencia en la Ciu-

dad de México. Lo anterior significaba, por ejemplo, que en el caso de que un servidor adscrito a alguna Junta Distrital con residencia en Tijuana, Baja California fuera cesado y dicha situación se tratara de un despido injustificado que ameritara la promoción de un JLI, este tenía que acudir a litigar el asunto a la Ciudad de México. Situación que ya de por sí representaba un enorme perjuicio para alguien que posiblemente no contaba con un ingreso estable de recursos económicos, al encontrarse en una situación de desempleo. Sumado a esto, con la obligación de trasladarse a la capital del país para promover y dar seguimiento a la substanciación de su asunto laboral.

No obstante, como se indicó en párrafos que anteceden, a partir de la citada reforma constitucional de 2007 y la diversa legal de 2008, se hicieron permanentes las en ese entonces sólo cinco Salas Regionales existentes y, se les otorgó la competencia para resolver también el JLI. En ese sentido, la mencionada competencia del juicio laboral especial se distribuyó conforme a los artículos 189, fracción I, inciso g) y 195, fracción XII de la Ley Orgánica del PJF de la siguiente manera:

> "Artículo 189.- La Sala Superior tendrá competencia para: I. Conocer y resolver, en forma definitiva e inatacable, las controversias que se susciten por:
>
> […] g) Los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores adscritos a órganos centrales.
>
> Artículo 195.- Cada una de las Salas Regionales, con excepción de la Sala Regional Especializada, en el ámbito en el que ejerza su jurisdicción, tendrá competencia para:
>
> […] XII. Conocer y resolver en forma definitiva e inatacable, las diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores adscritos a los órganos desconcentrados".

Ahora bien, lo anterior podría parecer que atemperó la problemática relacionada con la distancia entre los domicilios de los

posibles trabajadores actores y la residencia de los órganos jurisdiccionales encargados de resolver los asuntos laborales. No obstante, cabe recordar que las Salas Regionales, por mandato del artículo 192 de la Ley Orgánica del PJF, tienen su sede en la ciudad designada como cabecera de cada una de las cinco circunscripciones plurinominales en que se divide el país, tratándose, actualmente, de las siguiente localidades:

1) Guadalajara, Jalisco, cabecera de la Primera Circunscripción Plurinominal y con competencia en los asuntos inherentes a dicha entidad federativa y las siguientes: Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Nayarit, Sinaloa y Sonora.

2) Monterrey, Nuevo León, cabecera de la Segunda Circunscripción Plurinominal y con competencia en los asuntos inherentes a dicha entidad federativa y las siguientes: Aguascalientes, Coahuila, Guanajuato, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas y Zacatecas.

3) Xalapa, Veracruz, cabecera de la Tercera Circunscripción Plurinominal y con competencia en los asuntos inherentes a dicha entidad federativa y las siguientes: Campeche, Chiapas, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán.

4) Ciudad de México, cabecera de la Cuarta Circunscripción Plurinominal y con competencia en los asuntos inherentes a dicha entidad federativa y las siguientes: Guerrero, Morelos, Puebla y Tlaxcala.

5) Toluca, Estado de México, cabecera de la Quinta Circunscripción Plurinominal y con competencia en los asuntos inherentes a dicha entidad federativa y las siguientes: Colima, Hidalgo y Michoacán.

En ese sentido, subsiste la problemática planteada respecto a un eventual despido de un servidor de una Junta Distrital de Tijuana, Baja California. Pues para litigar el asunto, este debe promover el juicio ante la Sala Regional Guadalajara, misma que se encuentra

a 2,221.790 kilómetros de distancia de la ciudad de Tijuana, lo cual, se insiste, provoca un menoscabo en las ya precarias condiciones en las que se encuentra una persona desempleada con motivo, por ejemplo, del cese en su puesto de trabajo.

La situación anterior, vinculada con la expuesta falta de asesoría jurídica gratuita en favor de los servidores del Ine, en nuestro concepto, vulnera flagrantemente el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 constitucional. Ataca, por lo tanto, el derecho humano, económico y social, que incide directamente y de manera definitiva para hacer efectivos otros derechos sustantivos (Trujillo García y Ávila Silva 2019: 69).

Además de lo mencionado, tal proceder parecería contravenir en lo que a semejantes situaciones se ha pronunciado la Segunda Sala de la Scjn, al decidir de manera amplia qué debe entenderse por domicilio del demandado, a efectos de fincar la competencia territorial de tribunales laborales cuando se demanda a un ente del Estado con presencia en todo el territorio nacional, tal como es el caso del Ine, en el sentido de que su domicilio no sólo es aquel establecido en la Ciudad de México en términos de su normativa, sino también en el que se ubican las oficinas o instalaciones que tienen en la República Mexicana para el cumplimiento de su objeto.

Lo anterior, con el fin de evitar no sólo coartar la facultad del trabajador de elegir el tribunal laboral ante el cual presentar su demanda, sino también el traslado de los empleados a la capital del país a efecto de poder ejercer sus derechos laborales, lo que implicaría una violación al derecho de acceso a la justicia a decir del máximo tribunal del país (Scjn, 2a./J. 161/2006, 22 noviembre 2006).

Cabe aclarar que tal situación surge a causa del diseño normativo de competencias del Jli conforme a la Ley Orgánica del Pjf en cuanto al número de Salas disponibles para atender los asuntos que se someten a su conocimiento, pues el máximo órgano de justicia electoral de nuestro país actúa en el margen de manio-

bra que tiene a su alcance a través del marco normativo otorgado por el legislador.

3. Fortalezas del modelo especial de justicia laboral electoral

Una fortaleza del JLI es el bajo un número de éste que se promueven en las Salas, pues conforme a la estadística del TEPJF, dicho juicio es el que menos carga de trabajo le representa. De hecho, desde su creación, el TEPJF ha conocido de 1,625 juicios laborales —Unidad de Estadística e Información Judicial del TEPJF, asuntos recibidos por el TEPJF por tipo de medio y año del 1° de noviembre de 1996 al 15 de junio de 2020, 15 de junio de 2020 —, además de que se resuelven en los plazos que marca la ley de una manera pronta y expedita, en un promedio de 47.79 días —Unidad de Estadística e Información Judicial del TEPJF, promedio de días de resolución por Sala del 1° de enero al 15 de junio de 2020, 15 de junio de 2020—.

Es decir, el bajo número de juicios existentes en la instancia del TEPJF sin duda alguna impacta en el aspecto de la celeridad que se le da a los mismos para ser resuelto, lo cual sin duda alguna se trata de un importante punto a favor de su existencia en dicha instancia judicial electoral.

Lo anterior, sin duda alguna contrasta, por mencionar un ejemplo, con el panorama de los aun existentes órganos impartidores la justicia laboral ordinaria, las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en las cuales se observó un proceso tardado, ineficiente, complejo y poco transparente que dio pie a una dilación y prolongación del trámite de sus asuntos (Molina Martínez 2018: 95).

4. Materialización de la problemática en el modelo especial de justicia laboral electoral

La fortaleza de cantidad y celeridad del JLI no debe pasar por alto la transgresión, también expuesta, del derecho acceso a la

justicia de que son objeto los trabajadores del Ine cuando desean dirimir sus conflictos de índole laboral ante el Tepjf.

Como ejemplo de la problemática que se presenta en el Jli, debe destacarse un criterio reciente que data del 7 de junio de 2019, emitido por la Sala Regional Toluca del Tepjf a través de un acuerdo colegiado, mediante el cual, sometió a consulta competencial el trámite de un Jli presentado ante dicho órgano jurisdiccional. Se hizo esta consideración debido a que, entre otras cuestiones, la parte promovente alegó que su domicilio se encontraba dentro de esa jurisdicción y no contaba con los recursos para trasladarse a la entidad federativa en la que debía tramitarse el citado juicio laboral (Tepjf, St-Jli-9/2019, 7 junio 2019: 9).

Sin embargo, al resolver la consulta planteada por la Sala Toluca, la Sala Superior del Tepjf únicamente definió que la competencia para conocer del asunto se surtía a favor de la Sala Regional Monterrey, pues la compensación y prestaciones demandadas se encontraban relacionadas con la conclusión de la relación laboral entre el actor y el Ine de un encargo que tenía como adscripción el Estado de Querétaro, refiriendo que, respecto a la imposibilidad de presentar la demanda ante la Sala Monterrey, alegada por la parte actora, ésta quedaba colmada por la determinación tomada en ese acuerdo colegiado para remitir su escrito al órgano jurisdiccional competente.

Por otra parte, respecto a la cuestión de los recursos económicos, la superioridad únicamente se concretó a referir que sería la Sala Regional Monterrey quien, en su caso, determinaría lo conducente respecto a una potencial imposibilidad económica de la parte promovente para comparecer en el juicio laboral en aquella entidad federativa y la implementación de mecanismos idóneos para el acceso a la justicia del actor (Tepjf, Sup-Jli-19/2019, 11 junio 2019: 17).

Por lo que la situación hecha valer por la parte promovente con relación a la deficiencia de acceso a la justicia que le represen-

taba el Jli y la decisión tomada por la Sala Superior conforme a la normativa procesal, dejó de manifiesto las adversidades a las que se enfrentan aquellos servidores del Ine que, por alguna razón, pretenden demandar alguna prestación laboral a la que tienen derecho.

Esto demuestra una problemática que indiscutiblemente transgrede los derechos humanos de dichos trabajadores en el aspecto del derecho fundamental relacionado con el debido acceso a la justicia, situación que inclusive, en apariencia contraviene la citada jurisprudencia 2a./J. 161/2006 (21 noviembre 2006), emitida por la Segunda Sala del máximo tribunal del país.

Sin que pueda alegarse dicha circunstancia de vulneración de derechos en lo que respecta a la contraparte de los servidores, es decir, el Ine, pues éste cuenta con un órgano especializado en la defensa de sus intereses en los citados juicios laborales, es decir, una Dirección de Asuntos Laborales. Máxime que el citado órgano administrativo electoral nacional cuenta con presencia en la capital del país y, por supuesto, en la ciudades cabeceras de las circunscripciones plurinominales sedes de las Salas que conocen de los asuntos para vigilar su sustanciación, así como para defender sus intereses dentro de los juicios.

V. Posibles soluciones ante una eventual reforma

Durante el año 2019 se organizaron diversos foros de consulta encaminados hacia una reforma electoral, de estos surgieron distintas propuestas que, en lo que interesa, permeaban en la impartición de justicia relacionada con el Jli.

En concreto, destaca la propuesta relativa a una nueva legislación procesal electoral federal denominada *Ley de Enjuiciamiento Electoral*, a través de ésta, se planteó la posibilidad de suprimir la competencia otorgada a las Salas del Tribunal Electoral para resolver los conflictos laborales de los trabajadores del Ine, es decir,

que dichas controversias fueran conocidas por las autoridades jurisdiccionales laborales (Mata Pizaña 2019) sin que, expresamente en dicho proyecto, se esbozara el órgano jurisdiccional que debía encargarse de substanciar los citados juicios laborales.

Usualmente, el principal argumento que se invoca para tal solicitud tiene como origen el hecho de que, al ser el TEPJF un órgano jurisdiccional especializado en la materia electoral, este no debe conocer de asuntos en materia laboral.

Sin embargo, dicha petición pasa por alto la contraargumentación que existe respecto a la sustracción del JLI del conocimiento del TEPJF, en el sentido de que su creación deriva de un ánimo de mantener la autonomía del INE (Meza Pérez 2017: 429).

Tal afirmación deriva un criterio de la SCJN que data de 2004, a través del cual, se expuso que los juicios laborales electorales surgieron a partir de una concepción de contribuir a garantizar, al grado máximo, la autonomía e imparcialidad de las autoridades electorales mediante el apartamiento de la función electoral; tanto en lo sustantivo como en lo jurisdiccional, del ámbito de influencia y decisión de otras autoridades del país, inclusive de los tribunales laborales ordinarios (SCJN, Conflicto de Competencia 97/2004, 15 de octubre 2004: 43).

No obstante, en la época de la emisión del criterio, los tribunales laborales ordinarios a los que hacía referencia la SCJN, se trataban de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, órganos de justicia ordinaria laboral y laboral burocrática que, de manera particular, formaban parte de la Administración Pública Federal, lo cual se traducía en una limitante para echar a andar las citadas propuestas de sustraer el conocimiento del JLI del TEPJF, en aras de salvaguardar la autonomía del INE en todos los aspectos.

De tal suerte que, el contexto de la citada situación sobre la que se pronunció el Alto Tribunal cambió a partir de la reforma a la

justicia laboral de 1° de mayo de 2019, pues a través de ésta se otorgó el conocimiento de la justicia laboral ordinaria a órganos jurisdiccionales especializados de los Poderes Judiciales, tanto federal, como de las entidades federativas.

En nuestro concepto, dicho acontecimiento superó la afirmación realizada por el máximo tribunal del país en el sentido de apartar la influencia y decisión de otras autoridades del país en lo concerniente al INE, pues al tratarse el Tribunal Electoral de un órgano perteneciente al PJF y ser este el argumento bajo el cual se otorgó el conocimiento de los juicios laborales promovidos por los trabajadores del citado órgano constitucional autónomo que organiza las elecciones, nada impide el traslado de la justicia laboral de dichos servidores a los tribunales laborales ordinarios del PJF, creados mediante la citada reforma de 1° de mayo de 2019.

Superándose de esta manera el único y más importante contrargumento existente para dejar en manos de la justicia electoral, la resolución de los conflictos laborales de los trabajadores del INE, al pasar a manos del Poder Judicial, la impartición de la justicia laboral ordinaria.

De esta manera, como se expondrá a continuación existen condiciones normativas, así como derivadas de criterios judiciales, que hacen plausible el traslado de los juicios para dirimir controversias de índole laboral de los trabajadores del INE, a los órganos jurisdiccionales del PJF.

1. Impartición de justicia por parte de Tribunales laborales ordinarios

No pasa inadvertido el hecho de que dichos tribunales laborales creados por la reforma de justicia laboral de 2019, únicamente se concentrarán en impartir la justicia relativa a los trabajadores del apartado A del artículo 123 constitucional; subsistiendo la presencia del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, encargado de impartir la justicia laboral burocrática.

Así como que, por criterio jurisprudencial de la SCJN, la impartición de justicia laboral relativa a los trabajadores de órganos constitucionales autónomos recae por lo general en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, al tratarse de conflictos que deben dirimirse conforme al Apartado B del artículo 123 constitucional (SCJN, 2a./J. 197/2010, 24 noviembre 2010).

Sin embargo, debido a los propios motivos dados por la SCJN para la existencia de dicha jurisdicción laboral especial del TEPJF, se estima que tal jurisdicción no podría reubicarse en el conocimiento citado tribunal burocrático, no obstante, nada impide que esta sea trasladada a los incipientes tribunales laborales del PJF.

Lo anterior acabaría con años de discusión con relación a la materia de competencia del TEPJF. Además de que, al efectuar dicho ajuste normativo procesal, los servidores del INE tendrán un acceso más efectivo a la justicia a través de la asesoría jurídica gratuita por conducto del Instituto Federal de Defensoría Pública o de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo.

De igual manera, los servidores se encontrarían en la posibilidad de acudir a dirimir las controversias laborales ante órganos jurisdiccionales más cercanos en distancia, pues el número de juzgados que se instalarán, serán aún más numerosos a lo largo de la República Mexicana, lo cual, sin duda, abonará en el seguimiento a los asuntos que en su caso se promuevan.

2. El modelo de justicia de los trabajadores de los organismos públicos descentralizados como ejemplo

Como sustento al argumento antes expuesto, debe tenerse en cuenta que los trabajadores de los organismos públicos descentralizados, tales como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Correos de México y Petróleos Mexicanos, no se encuentran sujetos al apartado B del artículo 123 constitucional, pues, de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica

de la Administración Pública Federal, dichas dependencias cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten. Es decir, no forman parte de los Poderes de la Unión, ni del gobierno de la Ciudad de México ni de los Poderes de los Estados o los Municipios. Por lo que sus trabajadores no tienen el carácter de servidores públicos, lo anterior a pesar de que mantienen una vinculación jurídica con el Estado para que este les otorgue recursos para el desarrollo de sus fines (Pallares y Lara 2007: 51 y 53).

Si bien, existen afirmaciones en el sentido de que la exclusión de los sectores antes mencionados contradice el carácter unitario que debiera conservar el derecho burocrático, ya que está clara la existencia de una relación jurídica burocrática, pues el Estado en estos casos actúa desarrollando una función de poder (Villarreal Reyes 2011: 4), tal segregación deviene de un pronunciamiento de la Segunda Sala de la SCJN.

Dicho criterio sostiene que, al tener dichos organismos personalidad jurídica propia, es decir, estar descentralizados, es ese carácter distintivo el que define un tratamiento diferente para esos efectos por mandato constitucional. Independientemente de que se ubiquen dentro de la administración pública paraestatal encabezada por el titular del Poder Ejecutivo. En consecuencia, los conflictos laborales entre dichos organismos y sus trabajadores son competencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, conforme a la normativa que rige sus relaciones laborales (SCJN, Jurisprudencia 2a./J. 180/2012, 21 noviembre 2012).

Sin embargo, resulta curioso que, por propia disposición jurisprudencial del Pleno del máximo tribunal del país, aún y cuando las relaciones laborales del ISSSTE y sus trabajadores están regidas por el apartado A del artículo 123 constitucional, lo anterior no impida que el propio ISSSTE otorgue a sus trabajadores las prestaciones de seguridad social correspondientes (SCJN, Jurisprudencia P./J. 153/2008, 30 septiembre 2008).

En ese contexto podría situarse también el Ine, así como las relaciones laborales de sus trabajadores, al ser dicho ente un órgano constitucional autónomo, cuya naturaleza general, a decir de la Scjn radica entre otras cuestiones en que no forma parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como un organismo que se encuentra a la par de los órganos tradicionales, y que además cuenta con autonomía e independencia funcional y financiera (Scjn, P./J. 20/2007, 17 abril 2007).

Dicho lo anterior, tampoco es obstáculo para que se diriman los conflictos laborales en los tribunales judiciales ordinarios, el hecho de que la seguridad social de los servidores del Ine se encuentra sujeta al Issste. Pues, como quedó de manifiesto a través del criterio del máximo tribunal del país, ello no causa conflicto alguno en cuanto al órgano de justicia que se encarga de dirimir los conflictos suscitados de la relación laboral, superándose así el obstáculo argumentativo que existía en el aspecto de conservar la autonomía del Ine de otros poderes de la unión.

Incluso, como sustento de lo anterior, debe destacarse el criterio que fue emitido por un Tribunal Colegiado de Circuito, el cual estimó que los órganos constitucionales autónomos —como en nuestro caso, el Ine—, sólo mantienen una relación de coordinación con los órganos estatales, pues cuentan con autonomía e independencia funcional y financiera, sin pertenecer ni encontrarse subordinados a las dependencias que integran la administración pública centralizada; razón por la que las relaciones laborales con sus trabajadores se rigen por el apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su ley reglamentaria (Tribunal Colegiado en Materias de Trabajo y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, Tesis XIII.T.A.16 L, 25 septiembre 2018).

En consecuencia, resulta viable lo aquí planteado, al menos en el aspecto de que la resolución de los conflictos laborales del Ine pueda trasladarse al conocimiento de los incipientes tribunales laborales del Pjf.

IV. Conclusión

El Jli se trata de un juicio del que conoce el Tepjf desde su creación en 1996, no obstante, la única reforma de gran dimensión que este ha experimentado es la distribución de su competencia originalmente concentrada en la Sala Superior, a cinco Salas Regionales en ciertos casos. Por lo anterior, puede afirmarse que procesalmente este no ha sufrido reforma legal alguna trascendente que se ajuste a los cánones constitucionales relativos a los derechos humanos en México. Por lo cual, se identifican al menos dos problemáticas que inciden en los derechos fundamentales de los principales protagonistas de los juicios: los trabajadores del Ine. Lo anterior, al margen de las fortaleza que presenta en cuanto a la celeridad de resolución.

La primera se trata de una falta de asesoría jurídica gratuita a los servidores/trabajadores del Ine para promover juicios laborales, lo cual, como se precisó, es un derecho humano que todos y cada uno de los gobernados deben gozar. De no ser así, se les estaría discriminando de un acceso a la justicia derivado de una situación económica. Máxime que dicha situación se materializa con mayores consecuencias en un conflicto laboral, pues usualmente, quienes acuden a los tribunales en materia de trabajo, ya no cuentan con un ingreso para sufragar los gastos que representan la defensa de los intereses en un juicio laboral.

Otro de los problemas que se advierten del diseño normativo actual radica en la distancia entre los domicilios de los justiciables y las ciudades sede de las Salas donde se tramitan los juicios laborales. Situación que, de igual manera, limita bastante el margen de actuación de los actores en materia laboral electoral, pues para promover y seguir de cerca las actuaciones inherentes al juicio promovido, deben acudir a la ciudad sede, ya sea de la Sala Superior —Ciudad de México— o de alguna de las cinco Salas Regionales —Guadalajara, Monterrey, Xalapa, Ciudad de México o Toluca— donde se tramite el asunto. Nuevamente, poniendo en desventaja a los trabajadores promoventes dado que su contraparte —el Ine—

cuenta con una Dirección creada específicamente para la defensa de los asuntos laborales.

Las dos situaciones antes expuestas ponen en evidencia que el Estado Mexicano, por lo menos en el aspecto legislativo inherente al JLI, vulnera de manera sistemática los derechos humanos de los trabajadores del INE a causa del diseño procesal normativo que actualmente prevalece. En nuestro concepto, actualmente existe un nicho de oportunidad para superar aquella decisión de la SCJN que data de 2004, en el aspecto de mantener ajeno de los tribunales de trabajo —históricamente dependientes de la Administración Pública Federal— los conflictos laborales del INE a efecto de garantizar la autonomía e imparcialidad de las autoridades electorales, pues a partir del 1° de mayo de 2019, se contemplan tribunales laborales dependientes del PJF. Por lo que ya no debería existir motivo alguno para que el TEPJF, máxima autoridad en materia de justicia electoral siga conociendo de asuntos concernientes a la justicia laboral; aunado a las problemáticas detectadas en la configuración normativa de dichos juicios, que indiscutiblemente, vulneran los derechos humanos de los servidores del INE.

Por tanto, se concluye que, al día de hoy, resulta viable trasladar el conocimiento de los juicios laborales electorales a los nuevos tribunales laborales que dependerán del PJF.

Bibliografía

Acosta Romero, Miguel (1995): *Derecho Burocrático Mexicano*, Porrúa, México.

Alcalde Justiniani, Arturo (2007): "IFE, en casa del herrero...", en *La Jornada*, 7 de julio de 2007, Opinión. Disponible en: «*https://www.jornada.com.mx/2007/07/07/index.php?section=opinion&article=018a2pol*» [Consultado el 10 de septiembre de 2020].

Buen Lozano, Néstor de (2013): "México", en *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Ackerman, Mario (ed.), Porrúa, México, 99-136.

Bolaños Linares, Rigel (2016): *Derecho Laboral Burocrático*, 5ª Edición, Porrúa, México.

Cienfuegos Salgado, David (2012): "Juicios laborales en materia electoral federal", en *El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas: estudios en homenaje a César Esquinca Muñoa*, Cienfuegos Salgado, David y Guinto López, Jesús Boanerges (ed.), Porrúa, México, 119-146. Disponible en: «*https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/1.pdf*» [Consultado el 10 de septiembre de 2020].

Espinoza Hoyo, Omar (2007): *Los conflictos laborales del Instituto Federal Electoral/Reflexiones*, Porrúa, México.

Farid Barquet, Alfredo (2006): "El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Un Tribunal en evolución", en *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Kurczyn Villalobos, Patricia (ed.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 177-190.

Fix-Fierro, Héctor y Suárez Ávila, Alberto Abad (2015): "Hacia una defensa pública de calidad. El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República Mexicana", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, 157-200.

Fuentes Barrera, Felipe Alfredo (2018): "Breve reflexión sobre el proceso electoral 2017-2018 y los retos para la justicia electoral", en *Revista Justicia y Sufragio*, núm. 21, 14-22.

Galván Rivera, Flavio (2002): *Derecho Contencioso Electoral*, 2ª Edición, Porrúa, México.

Huber Oblea y Contró, Jean Paul (2013): *Derecho Contencioso Electoral*, 2ª Edición, Porrúa, México.

López Cárdenas, Próspero (1987): "Legislación especial laboral sobre trabajadores del Estado en México. Causas y consecuencias", en *Instituciones de Derecho Burocrático. Memorias del Segundo Congreso Nacional de Derecho Burocrático*, Porrúa, México, 113-118.

Mata Pizaña, Felipe de la (2019): "Ley de Enjuiciamiento Electoral", en *Conferencia dictada durante el Parlamento abierto para el análisis y discusión de la reforma electoral*, 18 de junio, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Meléndez George, León Magno (2005): *Derecho Burocrático/Incertidumbre Jurídica*, Porrúa, México.

Meza Pérez, Jorge (2017): *Presupuestos prácticos para la aplicación de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Molina Martínez, Sergio Javier (2018): "El nuevo sistema procesal laboral mexicano. Los principios que ahora deben conformarlo", en *Revista Mexicana de Justicias Orales*, año I, núm. 2, 78-120.

Otálora Malassis, Janine M. (2019): "Hiperlitigiosidad", en *Conferencia dictada durante el Seminario: Reforma Electoral*, De Cara al Futuro Inmediato, 8 de agosto, Universidad Nacional Autónoma de México.

Pallares y Lara, Sergio (2007): *Las relaciones laborales en el servicio público*, Porrúa, México.

Sánchez-Cordero Grossman, Jorge (2006): "Notas sobre el sistema electoral mexicano: el control de la constitucionalidad en materia electoral y la designación de los magistrados

electorales", en *Derecho electoral mexicano/Perspectivas para una reforma*, Cienfuegos Salgado, David e Islas Colín, Alfredo (ed.), Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 229-238.

Tovar y de Teresa, Fernando (2013): "El Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y sus características legales", en *El Derecho laboral burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje/Ensayo Temáticos*, Quintana Roldán, Carlos F. (ed.), Secretaría de Gobernación y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, México, 213-232.

Trueba Urbina, Alberto (1955): *Ley Federal del Trabajo de 1931*, Porrúa, México.

Trujillo García, Rosa Ivonne y Ávila Silva, Juan Manuel (2019): "El derecho humano de acceso a la justicia de los trabajadores burocráticos en México", en *Revista Jurídica de Derecho*, núm. 10, 68-91.

Villarreal Reyes, Alma Ruby (2011): *Derecho Colectivo Burocrático*, Porrúa, México.

ENSAYO

En esta sección se contienen textos en los cuales las y los autores analizan, reflexionan, interpretan y evalúan distintas temáticas inmersas en los estudios sobre el género y los derechos humanos desde diversas perspectivas a través del género ensayístico.

De los Grupos Vulnerables a las Comunidades de Práctica. Un esbozo teórico en clave de Derechos Humanos.

From Vulnerable Groups to Communities of Practice. A theoretical sketch in the key of Human Rights.

Diego A. Carrillo Torres
Julia L. A. López Ramos
Gerardo Ballesteros de León
Subsecretaría de Derechos Humanos del Estado de Jalisco

ENSAYO

Fecha de recepción: 31 julio 2020
Fecha de aceptación: 26 agosto 2020

Resumen: El presente ensayo tiene como propósito plantear una propuesta teórica que cumpla con dos objetivos: 1. Ampliar el marco de entendimiento sobre los derechos políticos de los grupos vulnerables, proponiendo para ello un nuevo marco conceptual orientado hacia la construcción de comunidades de práctica; y 2. Proponer la utilización de este nuevo marco conceptual entre los actores políticos e institucionales que construyen las respuestas de abordaje y atención de las necesidades de los llamados grupos vulnerables, transitando del modelo paternalista jurídico al modelo de comunidades de práctica, donde cada uno de los actores intervinientes en los procesos de justicia y creación de políticas públicas, se asuman así mismos como agentes de cambio en la transición, ponderando las capacidades inherentes a las personas para el ejercicio de sus derechos, de acuerdo al lenguaje de los conceptos interdependientes abordados en este texto: Autonomía de la voluntad, derechos humanos, no discriminación y agenda pública.

Abstract: The purpose of this essay is to put forward a theoretical proposal that meets two objectives: 1. To broaden the framework of understanding on the political rights of vulnerable groups, proposing a new conceptual framework oriented towards the construction of communities

of practice; and 2. To propose the use of this new conceptual framework among the political and institutional actors that build the responses to address the needs of the so-called vulnerable groups, moving from the legal paternalistic model to the model of communities of practice, where each of the actors involved in the processes of justice and creation of public policies assume themselves as agents of change in the transition, considering the inherent capacities of people to exercise their rights, according to the language of the interdependent concepts addressed in this text: free of will, human rights, non-discrimination, and the public agenda.

Palabras clave: *Derechos políticos; Derechos humanos; autonomía de la voluntad; comunidades de práctica; no discriminación; responsabilidad horizontal y agenda pública.*

Keywords: *Political rights; Human rights; Community of practice; public agenda; Free will; Non-discrimination; Horizontal accountability.*

Sumario: I. Introducción. Límites empíricos del esbozo teórico. II. ¿Cómo entender la transición de grupos vulnerables a comunidades de práctica? 1. El concepto de vulnerabilidad. 2. El concepto de comunidades de práctica. III. El proceso de politización y de construcción de la agenda pública de las comunidades de práctica. IV. Cierre y apertura. El encanto de una teoría sobre los derechos de los grupos vulnerables, y su tránsito hacia las comunidades de práctica.

I. Introducción. Límites empíricos del esbozo teórico

¿Cómo forjar los conceptos de un modelo teórico? ¿Dónde encontrar puntos de quiebre de estructuras conceptuales que permitan ampliar los horizontes de comprensión de un fenómeno social? Sirva este primer apartado al lector del presente ensayo para plantear un posicionamiento de entrada, una interpretación sobre las formas de organización social actuales: los llamados *grupos vulnerables*, son una categoría social que: organiza el sistema de creencias; organiza al aparato político estatal; organiza a las propias personas pertenecientes por voluntad, por imposición o por accidente, a alguno de estos grupos. Además, hablar de *los derechos políticos de grupos vulnerables*, es establecer como pun-

to de partida *desde dónde* entendemos esta frase, y *desde dónde*, construimos tales derechos políticos. Para ello, marquemos desde un inicio el modelo teórico a abordar en el presente trabajo.

Con las palabras definimos todo: cosas, cualidades, tiempos, normas. Los conceptos son palabras también, administrados por sistemas de poder invisibles en la vida cotidiana (Foucault 2005). Las palabras organizan discursos que definen quiénes somos nosotros, lo que creemos, lo que ordenamos y sentimos. Insistiendo en Foucault, nos comportamos en una *logofilia* (Foucault 1967).

Un modelo teórico en las ciencias sociales es la puesta en escena de ciertos conceptos que representan a la realidad, a sus escenarios de interacción, la capacidad de predecir el resultado de los comportamientos de los Estados, los gobiernos, las instituciones y las personas (Badie y Hermet 1990; Lapierre 1973). Estos conceptos, articulados en una teoría, conforman una forma de lenguaje, capaz de verificarse, de discutirse, perfeccionarse o corregirse (Carnap 1974a: 297). Lo primero que debe hacerse es configurar un determinado universo de lo discutible. Umberto Eco lo denomina como los presupuestos referenciales (Eco 1991: 172). Los presupuestos referenciales buscan abatir el sentido de inconmensurabilidad, que Eco llama denomina como *límites empíricos*, y que aquí se cotejarán a partir de la forja de un boceto teórico sin pretensiones.[1]

Los límites empíricos se enmarcan en esta propuesta de trabajo a partir de fronteras de un modelo teórico bastante bien definido, a saber, el modelo teórico de las sociedades modernas, culturalmente dentro de una *civilización occidental* que tiene como pilares conceptuales, los siguientes:

[1] Los límites empíricos forman parte de las advertencias en el modelo teórico de Semiótica que Umberto Eco distinguiera en su tratado de semiótica. Al respecto, puede decirse que, al encontrar la raíz más profunda posible de los conceptos en el modelo teórico, se advierte una probabilidad incontrolable de hechos, situaciones y casos que no pueden ser *atrapados* en una teoría, sino estimados en la forja de sus principios (Eco 1991: 20-21).

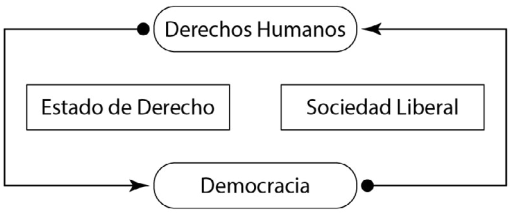
1) *Un Estado de Derecho*, como ámbito donde se depositan la Constitución, la producción de normas, el ejercicio del poder público, la fuerza y la regulación de los otros poderes, en donde se desarrolla una certidumbre en el cumplimiento de las leyes y donde se legitiman principios de organización humana.

2) *Los Derechos Humanos,* como elementos de racionalidad y legitimidad básica de un Estado de Derecho, donde deben orientarse o justificarse el poder público y la regulación de otros poderes. Son pretensiones éticas con validez universal, donde reposan los consensos de dignidad humana, libertades públicas, integridad física, personalidad, salud, justicia, identidad, cultura, necesidades básicas, y otros elementos de valor intangible para nuestra sociedad, transformados en formas jurídicas disponibles para las personas y las instituciones de poder público.

3) *Una Sociedad Liberal,* como páramo de comprensión del sistema social, donde las personas, además de ser portadoras de Derechos Fundamentales, son libres para definir su destino personal, su destino comunitario y social en todo momento.

d) *El sistema democrático como forma básica de Gobierno,* en donde se reproducen fórmulas para que las personas que constituyen una Sociedad Liberal puedan decidir sobre quiénes serán las autoridades responsables de conducir el poder público, y de responder a las demandas sociales.

Figura 1: Estructura del sistema simbólico de una Sociedad Liberal y un Estado de Derecho.



Fuente: Elaboración propia

Tales límites empíricos, constituyen el marco de entendimiento, la *deixis* inicial para una lectura sobre derechos políticos de grupos vulnerables. En este sentido, la definición de los derechos políticos tiene su basamento simbólico a partir de este entramado conceptual de las democracias modernas, pues, comúnmente los derechos políticos se entienden como una serie de prerrogativas y libertades asociadas a los derechos de representación política electoral, reducida a la acción periódica de votar y en acotadas ocasiones el ser votado.

Sin embargo, los derechos políticos no se circunscriben a la actividad electoral. Estos derechos configuran la estructuración social de la agencia pública, desde diferentes espacios de intervención, toma de decisiones y acción corresponsable, su ejercicio se desdobla en la capacidad, oportunidad y acceso que tengan las personas de participar e incidir en los procesos que les determinan a ellas mismas y a su comunidad. Los sujetos que habitan la comunidad, lo hacen a partir del entendimiento de *lo político y* del rol que desempeñan en la consecución de fines y demandas para la satisfacción de necesidades y para el ejercicio en plenitud de la ciudadanía.

Los derechos políticos y el rol de ciudadanos con capacidad de intervención, implica la correlación del goce de diversos núcleos de derechos en su cotidianidad, que les brinda la capacidad, autonomía y voluntad para desarrollar acciones de carácter público que repercutan más allá de la afinidad de sus intereses particulares. Considerando lo anterior, sobre este primer universo simbólico presentado, que delinea las formas de entendimiento de los derechos políticos a partir de grupos vulnerables —y que ya contiene en sí mismo un cierto grado de debate—, se forjan nuevos elementos que ponen a prueba dicho universo:

1) *Comunidades de Práctica:* Son redes de personas e instituciones que se identifican en una causa común de derechos humanos, y se organizan para reproducir una conciencia social en torno a la protección, garantía y promoción de los derechos humanos. A través de la organización forjan las condiciones para

construir una agenda pública por medio de acciones colectivas y estrategias de incidencia ante los actores públicos, ante los medios de comunicación y las redes sociales. Las Comunidades de Práctica se encuentran en un ecosistema político y social, que se cierne entre una jungla de intereses, donde se disputan la hegemonía frente a diversos grupos de interés de corte local, regional, nacional e internacional, de origen corporativo-económico, religioso, sindical-gremial, en colectivos, asociaciones, organizaciones civiles, y de partidos o asociaciones políticas de corte electoral.

2) *Agenda Pública:* Los derechos humanos que reivindican las Comunidades de Práctica se inscriben en una competencia abierta sobre las decisiones del Estado. Para las mayorías, para las agendas de las minorías activas, los derechos humanos no figuran necesariamente como prioridades. Más allá del dogma sobre la legitimidad original —indisputable— de los derechos humanos sobre cualquier otra prioridad pública, el escenario real para los derechos humanos se inscribe en un conjunto de problemas sociales y políticos, provenientes de diversos intereses y legitimidades —religiosas, culturales, económicas, nacionales, vernáculas, identitarias, gremiales o meramente político-electorales— que exigen intervención pública con el mismo pulso, y lo pujan de manera organizada, estratégica y política.

Es aquí donde importa decir que los derechos políticos de los denominados grupos vulnerables, no pueden nunca reducirse a los escenarios político-electorales, pues la democracia representativa es incapaz de construir consensos contra ideas arraigadas por las mayorías, aunque dichas ideas sean discriminantes y violatorias de derechos humanos[2]. Los derechos humanos de las comunidades de práctica deben arraigarse en los fundamentos de la vida cotidiana, y no sólo en los textos de los tratados internacionales y las leyes aprobadas por los poderes legislativos. Esto implica una re-signi-

[2] Destaca aquí el debate sobre los límites de las mayorías frente a los derechos humanos. Merece la pena la deliberación de Garzón Valdéz 2000.

ficación de los grandes instrumentos de decisión pública: los planes, programas, presupuestos, reglas de operación y ejercicios de la política pública; así como las regulaciones, procedimientos e instrumentos de garantía y protección ante violaciones de derechos.

3) *No Discriminación:* Es una prohibición deontológica, que describe las conductas individuales, colectivas, institucionales y culturales, perpetradas contra personas y grupos sociales, a partir de la estigmatización, estereotipación y construcción de prejuicios en torno a su identidad, forma y expresión de vida, que derivan en omisiones, privaciones, negaciones o violaciones de derechos humanos. Es la no- discriminación el punto de partida que permite identificar de acuerdo a la libertad del ejercicio y goce de diversos núcleos de derechos a la persona y al grupo social por su género, orientación sexual, rasgos físicos, étnicos, fenotípicos, religiosos, etarios, etc., como grupos sociales en situación de vulnerabilidad.

4*) Responsabilidad Horizontal:* Desde su fuente original, entendemos la responsabilidad como el deber de responder (Raz 2010: 1-18). La responsabilidad se encarna en toda la sociedad en su conjunto, superando la distinción polarizada que caracterizó la lucha por los derechos humanos en décadas anteriores, en la que existía un Estado violador o perpetrador directo de las violaciones de derechos, frente a una sociedad víctima del poder autoritario.

La evolución de los derechos humanos ha penetrado en el ámbito de lo privado de la familia, como es el caso de los derechos de niñas, niños y adolescentes, el derecho a una vida libre de violencia de género y los derechos sexuales y reproductivos; y ha penetrado en los ámbitos del derecho privado de las instituciones, como es el caso de los derechos de las personas con discapacidad, la igualdad de género, o los derechos ambientales. En términos rasos, la posibilidad de garantía y protección de los derechos sólo es posible a partir de la responsabilidad de las personas en sus ámbitos íntimos, privados, comunitarios y públicos. Así, la familia,

el trabajo, la comunidad, la ciudad, el mercado, la economía y la fuerza pública, podrán apreciar su capacidad institucional de actuación en clave de derechos humanos. No habrá régimen, ni sistema de gobierno capaz de proteger derechos humanos en una sociedad que acepta la discriminación, tolera la violencia, esconde el crimen, apoya la dominación inmanente, o que es indiferente a la tragedia. La responsabilidad horizontal, en este páramo de reflexión, es el deber de todas las personas en el respeto de los derechos.

5) *Autonomía de la Voluntad:* El imperativo categórico de Kant, en una de sus formas de expresión, establece que entre las personas debemos tratarnos como fines, y no como medios. Es cierto que se antoja difícil que siempre operemos como fines y nunca como medios, pero de hecho si fija un baremo fundamental: la voluntad libre, es la única forma de expresión de un derecho humano (Rivera 2004). De otro modo, entramos en una relación desigual, paternalista y seguramente discriminatoria del otro.

La autonomía de la voluntad en el Derecho es indispensable para reconocer que existe libre albedrío en las personas, un ejercicio de autodeterminación como reivindicación de la identidad (personal y colectiva) de las personas en situación vulnerable, y fija las bases para exigir derechos: bilateralidad de deberes, obligaciones, prohibiciones, prerrogativas. Es decir, que la autonomía de la voluntad es la base mínima para entender una relación cultural, política y jurídica de derechos. Esto implica una diátesis jurídica para los denominados grupos vulnerables, porque hay una condición pasiva inicial en la definición del sujeto de derecho —las personas identificadas dentro de un grupo vulnerable—, como personas en interdicción —menores, enfermos, incapaces— a la transición de sujetos activos que deliberan, negocian, son responsables.

6) *Ensamble,* comunidades de práctica formadas por personas libres, autónomas y responsables.

De acuerdo a los límites empíricos que hemos demarcado al inicio del presente apartado, una Sociedad Liberal, amparada en un

Estado de Derecho y en una Democracia, deriva en que cada persona es titular de los Derechos Humanos inscritos en la Ley. Correlativamente, el orden jurídico define un destinatario o autoridad que se obliga, y un objeto o el compromiso que involucra la existencia de ese Derecho para el Estado y las instituciones que ostentan autoridad. En esta visión que forja Robert Alexy, entendemos un ejercicio puro de autonomía de la voluntad para la fórmula básica de los Derechos Humanos.

Figura 2: Estructura tríadica de los Derechos Humanos en un sistema constitucional y democrático

Fuente: Interpretación gráfica de Alexy (2000)

De esta manera, frente a los límites empíricos que enarbolan y materializan los derechos humanos, estos nuevos elementos citados representan un marco conceptual que abren una oportunidad para pensar en una transición: de los grupos vulnerables a las comunidades de práctica. Es aquí donde se encuentra el punto nodal y el hilo conductor del presente trabajo. ¿Cómo entender los derechos políticos de los *grupos vulnerables*, de tal forma que tales derechos puedan ser constituyentes de comunidades de práctica? Son justamente la ampliación de los límites empíricos, tal y como Eco lo definió, como podemos generar interpretaciones de la realidad anclada y marcada por la idea hegemónica sobre la categorización de personas en grupos vulnerables; una realidad que se agota en los propios límites empíricos que la enmarcan. ¿Quién identifica, clasifica, significa y actúa sobre los grupos vulnerables?

La ampliación conceptual propuesta, permite esbozar las posibilidades de una transición que establezca las formas semánticas bajo las cuales, se pueda dejar de ver a estos grupos de personas como vulnerables, y comenzar a verlos como sujetos de derechos, con capacidades y potenciales para ejercerlos. Lo anunciaba de forma simple Eduardo García Máynez (1988): el derecho es una posibilidad. Como personas, sujetas y sabedoras de derechos, la posibilidad de ejercerlos es siempre un potencial inherente que requiere la construcción de una conciencia, de una autonomía que, por ningún motivo, puede ser desarrollada bajo esos límites empíricos que perfilan el entendimiento del concepto de grupos vulnerables.

Volviendo a los límites empíricos, en el entorno de una Sociedad Liberal, y el ejercicio de las libertades públicas, como yacimiento de los derechos civiles y políticos, en lugar de imponer planes de vida desde un paternalismo jurídico y social, los Derechos Humanos presentan la posibilidad de crear una sociedad en donde las personas serán capaces de construir un plan de vida conforme a la dignidad humana (Fernández García 1998: 218). Al respecto, Carlos Santiago Nino explica: "Un liberalismo igualitario conduce a reconocer un alcance de los derechos tal que permita la expansión de la autonomía de los individuos que no se haga a costa de una menor autonomía de otros" (Nino 2007: 160).

Por ello, frente al concepto de grupos vulnerables, se contrapone propiamente el de comunidades de práctica, ya que puede englobar de forma más clara las posibilidades de ejercicio de los derechos. He aquí la clave de la transición: la constitución de personas con autonomía, que definen su propia condición y transforman su situación social. Es en este esbozo teórico, que se trata de pincelar esas partículas conceptuales que pueden dar forma a las comunidades de práctica, en oposición a la vulnerabilidad. Para ello es indispensable poner en contraste, en primer lugar, qué entender como vulnerabilidad, y qué entender como comunidades de práctica, un debate necesario para el entendimiento de los derechos humanos en la actualidad. El apartado siguiente se centrará

en generar este contraste. Posteriormente, se plantearán las formas bajo las cuales una comunidad de práctica puede posicionarse en la agenda pública, frente al *canon* de la construcción de las políticas públicas dirigidas a los derechos de los grupos vulnerables.

II. ¿Cómo entender la transición de grupos vulnerables a comunidades de práctica?

1. El concepto de vulnerabilidad

Al referirnos a la condición de vulnerabilidad, sin duda hablamos de una categorización social, de un término que intenta construir un apartado lingüístico, legislativo, académico y jurídico, que pueda ser útil para la protección de personas y grupos que comparten una condición o situación de desventaja social, económica, cultural, política, etc., estableciendo funciones y ajustes razonables a las herramientas de gestión, política pública y de capacidades institucionales del estado. Un ejemplo de ello son las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Sentencia de *Ximenes Lopes vs. Brasil*, donde la causa fue el trato deshumanizado en contra de una persona con discapacidad mental, donde se expresa:

> "La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre" (Corte IDH, *Ximenes Lopes vs Brasil*,4 julio 2006: párr. 103).

Sin embargo, este apartado conceptual y categórico se encuentra en tránsito de definición. En principio se vincula la vulnerabilidad al intento de englobar a grupos de personas como aquellas minorías en situación de riesgo que además de compartir la desigualdad, les atraviesa la exclusión de forma histórica, sistemática y estructural de la toma de decisiones públicas, privadas e íntimas, a partir de su identidad, formas de vida y expresión de las mismas, así como el carácter de víctimas de obstaculización, negación e invisibilización de su legítima titularidad como sujetos de derechos. También se entrelaza la visión de un estado como ente monolítico asociado a un gobierno que da respuesta a las necesidades y demandas de grupos para la total protección de derecho.

Este paradigma donde se vincula la vulnerabilidad con personas en situación de riesgo de sufrir discriminación ha moldeado las propuestas teóricas que asocian de forma intrínseca la vulnerabilidad con relaciones asimétricas en el ejercicio del poder; estas propuestas crean categorías que intentan representar a "las minorías" excluidas. Jesús Rodríguez Zepeda (2014), uno de los teóricos con mayor reconocimiento sobre estudios de discriminación en México, relaciona el dominio y la subordinación con grupos de personas históricamente excluidas:

> "Las fuentes simbólicas y culturales de la discriminación pueden ser identificadas mediante los conceptos de estigma y prejuicio. Solo es posible entender el fenómeno de la discriminación si se toman en cuenta los estigmas que padecen y los prejuicios sociales de dominio y subordinación entre grupos. esto significa entender la discriminación como un proceso histórico" (Rodríguez 2014: 45).

En este sentido es inminente preguntarse: ¿Sobre quién recae la vulnerabilidad y qué efectos genera? ¿El compartir una situación de riesgo implica la subordinación perene? ¿Quiénes son aquellos que perpetúan la condición de vulnerabilidad? A pesar de la evolución desde el primer reconocimiento de personas en situación de desigualdad en la Declaración Universal de los Derechos Hu-

manos en 1948, donde se adopta una visión paternalista y su tránsito hacia a la determinación en la que se retira la vulnerabilidad como elemento inherente a la persona y se asocia a las limitaciones sociales para garantizar derechos, plasmada en la Convención Internacional de Personas con Discapacidad en el pasado inmediato del año 2006, aún continúa un enfoque integracionista y no inclusionista de personas y grupos que comparten características que les hacen sujetos de conductas discriminantes, tomando como único responsable de generar medidas para la igualdad a una monolítica concepción del estado.

Uno de los principales problemas de este enfoque es idealizar que la categorización como grupos vulnerables, es suficiente para transitar de un paradigma asistencial a un modelo social que integre, estimule, responsabilice y coordine a todas las partes del estado para la garantía de derechos. Esto no solo es limitativo al enfocarse a mitigar obstáculos que integran en la comunidad a estos grupos en situación de vulnerabilidad a mediano plazo, y a la contención de daños inmediata, sino que circunscribe las acciones públicas y privadas a una incidencia que corre el riesgo de estancarse únicamente en nichos o colectividades, que no garantice la accesibilidad universal al ejercicio de derechos y que no comprometa a los actores con capacidad de intervención para generar medidas para la igualdad de forma sustantiva que beneficien, no solo al grupo que las gestiona, sino a la construcción de un modelo social que involucra las entidades del estado de forma corresponsable y transformadora, y con ello a la comunidad.

Por ello, es importante hacer un giro conceptual sobre quiénes son esos actores intervinientes; en ese sentido, dos grandes aportes de la Convención previamente mencionada que abonan a dimensionar estos aspectos son:

a) El posicionar la visión de estado como la complejidad de partes integrada por familias, instituciones, sociedad y mercado, con la responsabilidad compartida de garantizar libertades y derechos, y;

b) Entender que quienes han conformado históricamente la categoría de grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad, son personas que se asumen como agentes de cambio de su realidad que intervienen en la transformación del paradigma asistencial al del ejercicio pleno de sus derechos y su ciudadanía dentro de los espacios públicos de toma de decisiones, constituyéndose en comunidades de práctica.

Estos primeros pasos son orientativos para reconfigurar el proceso de creación de la agenda pública, el financiamiento y las políticas para la igualdad y no discriminación hacia un paradigma en clave de derechos humanos, desde el reconocimiento de la complejidad de los actores participantes del estado que tienen la responsabilidad de intervenir, sea como titulares y sujetos del derecho o como destinatarios. Sin embargo, este reconocimiento implica una separación sustancial de esta primera concepción de la vulnerabilidad, a la luz de otros enfoques que permitan visualizar y potencializar las capacidades de construcción de tales sujetos conscientes de sus derechos. De esta manera, el hablar de la construcción de comunidades de práctica representa una oportunidad de establecer ese nuevo entendimiento.

2. El concepto de comunidades de práctica

Partimos de la idea de un supuesto general: todos los grupos de personas que comparten características similares, pueden constituirse como comunidades, si pensamos que tales personas, tienen *en común* sistemas de valores y creencias, que determinan las formas de interrelación y de actuar entre sus propios miembros y frente a *otras* comunidades. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a comunidades de práctica? Y, mucho más importante: ¿Es posible conjeturar o siquiera pensar que, los grupos vulnerables, son, o pueden ser, por el hecho de compartir *características en común* (sus vulnerabilidades), una comunidad? En principio, y desde la concepción hegemónica de la idea de comunidad, tal posibilidad se desdibuja. Por otro lado, no sería políticamente deseable hablar de una especie de *comunidades de vulnerabilidad,* pues una afirma-

ción de tal envergadura, produciría una imagen social que conlleva irremediablemente al cuestionamiento sobre los fines de los sistemas políticos actuales.

Ello no extingue la posibilidad de que los grupos considerados como vulnerables, puedan, efectivamente, constituirse como comunidades, pero no a partir de los paradigmas *comunes* —valga la redundancia— de pensamiento. Todas las concepciones dominantes de la comunidad, como corriente de pensamiento filosófica-política, parten del presupuesto de que la comunidad es una propiedad de las personas "que une, un atributo, una determinación, un predicado que los califica como pertenecientes al mismo conjunto" (Esposito 2012: 22). Es el filósofo italiano Roberto Esposito, quien puede dar pistas de la posibilidad del origen de las comunidades de práctica, ya que su planteamiento permite interpretar, no sin antes marcar una ruptura semántica de gran importancia con la idea de comunidad desarrollada por las sociedades modernas, una forma alternativa de constitución de las personas en comunidades: "Ya sea que uno deba apropiarse de lo que no es nuestro común (para comunismos y comunitarismos), o poner en común lo que nos es propio (para las éticas comunicativas), el producto no cambia: la comunidad sigue atada a la semántica del *proprium*".

Sin embargo, no es lo propio sino lo impropio, dirá Esposito, aquello que es constitutivo de la comunidad. Valdrá la pena hacer un breve acercamiento a sus elementos teóricos para poder estar en condiciones de comprender tal mensaje. Las ideas de Esposito sobre la comunidad están enmarcadas en su obra *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (2012), cuyo planteamiento general es una invitación a pensar en el origen aglutinador de las comunidades. Es justamente el pensar en el origen, lo que llevó a Esposito a buscar en la semántica de la palabra comunidad, lo cual, abre las posibilidades de interpretar de forma totalmente distinta lo que se entiende de este concepto.

Aquí es donde aparece la palabra *communitas*, y la carga semántica, simbólica y discursiva que abre este concepto, representa

una ruptura con la tradición filosófica, a la vez que da pistas sobre las formas de comprender la conformación de comunidades. Así, el origen de la palabra, plantea la comunidad como aquello que no es propio; es lo público en oposición a lo privado, es lo general en oposición a lo particular, y en este sentido, el origen del concepto marca una contraposición al discurso actual. Ahora que se habla demasiado de la apropiación de los espacios públicos como forma de construcción de comunidad, o bien de apropiación de las políticas gubernamentales por parte de las comunidades a las que van dirigidas las acciones, en el marco de la democracia moderna, que incluye la participación política y ciudadana como uno de sus pilares, y, sin embargo, nada más lejano a la idea originaria de comunidad si se piensa en los términos aquí expuestos.

Además, hay algo aún más importante que esta ruptura inicial; la *communis*, significa sobre todo un deber con los demás: "El sentido antiguo, y presumiblemente originario, de *communis*, debía ser *quien comparte una carga*" (Esposito 2012: 29). Esta definición del deber de la communis lleva a Esposito a plantear otro concepto, el de *munus* (que significa, justamente, deber), en donde, "Lo que prevalece en el *munus es*, en suma, la reciprocidad o <*mutualidad* (*munus-mutuus*), del dar que determina entre el uno y el otro un compromiso, y digámoslo también un juramento, común" (Esposito 2012: 29). Es aquí donde pueden encontrarse una de las primeras pistas de la concepción de las comunidades de práctica, en oposición a los grupos vulnerables: "Un *deber* une a los sujetos de la comunidad —en el sentido de *te debo algo,* pero no *me debes algo*—, que hace que no sean enteramente dueños de sí mismos. En términos más precisos, les expropia, en parte o enteramente, su propiedad inicial, su propiedad más propia, es decir, su subjetividad" (Esposito 2012: 30-31).

¿Qué le debe una persona con discapacidad a otra? ¿A los demás? ¿Cuál es la razón por la cual, los colectivos de familiares de personas desaparecidas se unen, para buscar a sus hijos, padres, madres, esposos, para exigir a las autoridades que cumplan su res-

ponsabilidad de protección y garantías de sus derechos? ¿Qué une a estas personas si no la carga, el sufrimiento que tienen en común? Este representa un ejemplo empírico claro, que permite comprender esa forma genuina, incluso natural, de la construcción de la comunidad. Los colectivos de familiares de personas desaparecidas se unen justamente para compartir la carga que representa psicológica, física y emocionalmente buscar a una persona, para generar empatía.

Los grupos de personas con discapacidad comparten la carga de la coexistencia en un mundo que la discapacidad, y luchan para transformarlo, transformando con ello una realidad entera. Son claros ejemplos de la transición anunciada; estos grupos, en principio vulnerables, hacen de su vulnerabilidad, su fuerza de unión, de constitución como comunidades, a partir de su exposición, de su expropiación como sujetos individuales. Tal exposición hacia lo otro, hacia los riesgos externos, hacia aquello que no es suyo, que no es propio, fundamenta y legitima la lucha de estos grupos, y permite articular movimientos revolucionarios, regeneradores, reformadores de la realidad que les ha colocado en ese papel de vulnerabilidad.

Por supuesto que esto implica dejar a un lado muchos de los elementos de particularidad o de diferencia, para anclarse a una extensión de derechos de mucho mayor alcance. Frente a los derechos de cada una de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTTTIQ+, existe el derecho a la libre personalidad, el derecho a la identidad, los cuales, no son exclusivos de este grupo de población, pero es este grupo de población, conformado como una comunidad de práctica, que puede impulsar con gran fuerza el ejercicio de tales derechos, independientemente de la pertenencia o no de tal o cual grupo.

De esta manera, el primer punto de la transición se encuentra representado: hacer de las vulnerabilidades, una fuerza, un motor de movilización, de articulación, que permita pensar en la práctica y el ejercicio de los derechos no sólo de los grupos afectados

en lo particular sino de todo un conjunto social, es el primer paso de la constitución de las comunidades de práctica. El segundo paso es pensar en la colocación de las luchas de las comunidades de práctica dentro de la agenda pública, que, como se ha mencionado, debe ingresar a un juego de intereses complejo y diverso, en donde la propia agenda de la vulnerabilidad se encuentra presente. El reto en este sentido, es comprender un "proceso de politización" de las comunidades de práctica, que es fundamental para la determinación y la concreción de los fines de los derechos, más allá de paternalismos, representatividades, asistencialismos, y victimizaciones.

III. El proceso de politización y de construcción de la agenda pública de las comunidades de práctica

Los grupos vulnerables no definen su condición, no caracterizan sus problemas, no crean las soluciones requeridas, y puede decirse que no siempre son beneficiarios de las políticas y prerrogativas dirigidas hacia ellos.

Al momento de construcción de agenda pública, los grupos vulnerables tienen un papel fundamental. Se constituyen como *un problema a resolver*, debido a las afectaciones sociales, económicas, culturales, psicológicas, ambientales, entre otras, que sufren aquellas personas que comparten características de vulnerabilidad. Esta ha sido en los últimos años una fórmula de construcción de política pública por demás establecida y utilizada. Al problema de las distintas vulnerabilidades, de los riesgos de vulnerabilidad, se han de presentar soluciones de mitigación de estos, medidas de nivelación, ajustes razonables, medidas de asistencia social; se entregarán apoyos económicos o en especie, se otorgarán servicios especiales y específicos, se construirán presupuestos exclusivos. Esto es: las instituciones y dependencias públicas toman decisiones de política pública e invierten sus recursos económicos y materiales a partir de la definición de los problemas de los grupos considerados prioritarios o vulnerables.

Y es justo esta forma de abordaje y construcción de las problemáticas de carácter público, lo que producirá de forma implícita un discurso poderoso y penetrante en las formas de entender la vulnerabilidad. La vulnerabilidad es, en ese sentido, un problema público, que *da origen* a la política pública. Pero no todo problema público relacionado con la idea de vulnerabilidad se convierte en agenda pública, digna de ser abordada a través de las políticas públicas. En resumen, "son las autoridades públicas quienes modelan las necesidades" (Meny y Thoening 1992: 111).

Esta situación no debe interpretarse a través de juicios morales sobre el papel gubernamental, pues la selección de las necesidades no es un proceso único y exclusivo de las estructuras gubernamentales. Meny y Thoening (1992) demuestran muy bien que la formulación de los problemas públicos conlleva una *selección*, en muchos casos subjetiva, de las necesidades a atender y de las formas bajo las cuales serán atendidas. Sea una demanda que asciende hacia las esferas de decisión pública, o bien, sea una oferta definida en el propio núcleo de estas esferas, habrá en todo momento una selección, porque "las necesidades no se definen ni se enuncian con toda la claridad. La visión de las necesidades es selectiva" (Meny y Thoening 1992:119).

Esto es así, porque no sólo las instituciones de gobierno representan intereses particulares, sino porque las mismas organizaciones demandantes los hacen de igual manera. Un problema público como la contaminación de ríos o lagos, será comprendido y abordado desde distintas perspectivas, producidas de acuerdo con los intereses y prioridades establecidas por cada una de las organizaciones civiles, sociales, políticas o empresariales, que negocian en las esferas de decisión; de tal manera que, en el juego de legitimidades y construcción de soluciones, la exposición de las necesidades y las fuerzas de los grupos, tienen la última decisión. Así, "un grupo determinado decide que un problema es acreedor a una intervención pública porque dicho grupo tiene capacidad, autoridad para promoverlo como tal" (Meny y Thoening 1992: 120).

Ante ello, Meny y Thoening lo explican de forma clara:

> "Los consumidores o el público hablan poco; en cambio, muchos otros actores sociales lo hacen en su nombre: el empresario político, el abogado de una causa, el promotor de un interés social, y la misma autoridad pública afectada. Del mismo modo que no dispone de necesidades claramente expresadas, una autoridad pública tampoco tiene criterios claros para determinar objetivos. Mientras que la empresa privada puede definir las escalas y los parámetros de forma relativamente simple y unívoca (cifra de negocios, margen de utilidades, imagen de marca, etc.), para la autoridad pública esa definición es mucho más compleja. De ahí la búsqueda de sustitutos que permitan definir estados orientativos; por ejemplo, el movimiento de los *indicadores sociales* que fija indicadores de estados normativos (Cazes 1970). Sin embargo, dichos indicadores son muy abstractos, ya que su traducción concreta es, a la vez, técnicamente difícil y delicada, desde el punto de vista normativo. ¿Cómo medir el nivel educativo de una población? ¿Por medio del analfabetismo? No basta. ¿Con el número de diplomas de enseñanza secundaria? Tampoco es evidente. En resumen, ningún indicador social suscita el consenso necesario. Nadie ve los mismos hechos, porque cada cual tiene intereses divergentes" (Meny y Thoening 1992: 119-120).

Desde este enfoque, el *proceso de politización* de las vulnerabilidades, es un proceso definido no solamente por las instituciones de gobierno, sino por las minorías activas que apropian una causa y una lucha frente a las desigualdades estructurales, económicas, sociales o culturales, de tal forma que no todos los derechos ni todos los grupos vulnerables serán atendidos de la misma manera. Y algo mucho más importante: no todas las acciones que se generen estarán enfocadas al desarrollo pleno en cuanto a las formas de ejercicio de los derechos de los grupos vulnerables. Es aquí en donde comienza a ubicarse el segundo punto transitorio hacia las comunidades de práctica, ya que esa pugna por la colocación en la agenda pública, abre una posibilidad de gran valor: ante la oferta política y social, las personas que son caracterizadas por pertenecer a uno de estos grupos, tienen la posibilidad de plantear como comunidad

de práctica, posicionamientos y posturas de ejercicio de derechos, desde su autonomía, que produzca una oferta alternativa al asistencialismo y a la propia visión de vulnerabilidad auspiciadas y reproducidas tanto por los autoridades gubernamentales como por los liderazgos de las agendas sociales, que representan organizaciones de la sociedad civil, universidades y otros organismos no gubernamentales de escala local, nacional o internacional.

IV. Cierre y apertura. el encanto de una teoría sobre los derechos de grupos vulnerables, y su tránsito hacia las comunidades de práctica

El modelo teórico propuesto en este artículo es, que para abordar los problemas públicos que colocan en estadios de exclusión y vulnerabilidad a diversos grupos de personas, es necesario transitar del modelo paternalista jurídico al modelo de comunidades de práctica, donde cada una de los actores intervinientes en los procesos de justicia, creación de políticas públicas y representación de personas en riesgo, se asuman así mismos como agentes de cambio en la transición, así como las decisiones en la esfera pública y privada de acuerdo al lenguaje de los conceptos interdependientes abordados en este texto: Autonomía de la voluntad, derechos humanos, no discriminación y agenda pública.

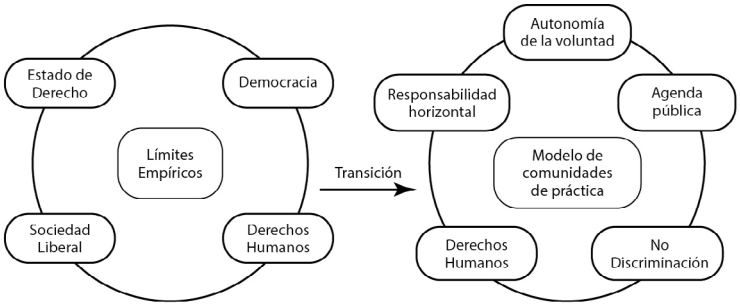
Siguiendo a Carnap y a Foucault, establecemos las palabras y conceptos que reconstruyen nuestro mundo, nuestra sociedad, nuestro sistema político y nuestros derechos, y fijamos las bases normativas para verificar como verdadero o falso aquello que nos hemos propuesto.

La clave de esta comunidad de práctica es que los jueces, las personas vulnerables, las organizaciones civiles, partidos políticos, legisladores, académicos y funcionarios, hablen con la plena competencia lingüística sobre estos conceptos y palabras, y hacerse responsables de lo que dicen. Así, hablar de personas vulnerables y construir su agenda pública, pensar y normar los grupos vul-

nerables como meros beneficiarios de asistencialismo, y suponer que su condición es intrínseca, nos lleva a un páramo paternalista y profundamente discriminatorio. Este páramo puede y es proferido por todos los actores del sistema: jueces, organismos civiles, medios de comunicación, legisladores, académicos y hasta las mismas personas vulnerables.

El Estado de Derecho y la Sociedad Liberal como yacimientos de significado y legitimidad. Los Derechos políticos, como capacidades para colocarse en la agenda pública. Las políticas públicas como un instrumento para la posibilidad de ejercicio de los derechos. El tránsito de grupos vulnerables a comunidades de práctica como el resultado del imperativo categórico kantiano: la capacidad humana de proponernos fines sin convertirnos en medios o instrumentos. La comunidad como un ejercicio del deber y la reciprocidad. La autonomía de la voluntad como elemento fundacional de los derechos. La no-discriminación como prohibición de conductas nocivas y límites al poder. Este "ensamble" de conceptos y proposiciones define relaciones determinables dentro de una realidad, la cual se puede representar, identificar, calcular, analizar o criticar. ¿Cómo entender los derechos políticos de *grupos vulnerables*?

Figura 3: Esquema de transición al Modelo de comunidades de práctica



Fuente: Elaboración propia

Una contribución teórica ofrece ideas importantes, útiles u originales. Pero primordialmente desarrolla un *conocimiento codificado*, o decir de estándares tradicionales y normas para la generación y la diseminación del conocimiento.

> "El principio de originalidad en una tesis de ciencia social consiste en desafiar y extender el estado actual del conocimiento. La aportación original consiste en imponer nuevas medidas de significación a partir de la arquitectura de conceptos y proposiciones. El principio de utilidad estriba en la capacidad de que la aportación sea leída, asimilada y practicada por la comunidad científica relevante. Así, una contribución teórica puede revelar nuevos conceptos y proposiciones, o nuevas significaciones de la realidad teorizada. Aquí se agregaría la relevancia de esta teoría en llevar su encanto a las comunidades de práctica. Así, la teoría es performativa y forja un vocabulario, una forma de hablar y describir el mundo, y sucede lo que Badie y Hermet denominan como mecanismos institucionales productores de poder, en donde se comienza por el análisis de las expresiones básicas del poder instituido (acción/proposición), las reglas del juego (contexto), la conformación de actores públicos, sociales, privados e internacionales en torno al sentido del poder (circunstancia), y el grado de coherencia que tienen los derechos políticos de las personas vulnerables ante los valores superiores que figuran como elementos de organización, cohesión y sentido" (Badie y Hermet 1990).

Al respecto, Carnap dice: "Si alguien quiere hablar en su lenguaje acerca de un nuevo tipo de entidades, tiene que introducir un sistema de nuevas maneras de hablar, sujeto a nuevas reglas; llamaremos a este procedimiento la construcción de un marco lingüístico para las nuevas entidades en cuestión" (1974b: 402).

Pero la nueva entidad que se quiere incorporar en el debate no es un nuevo término o neologismo, sino una forma de comprender el ensamble de conceptos que circunscriben a los derechos políticos de los denominados Grupos Vulnerables para buscar una nueva forma de construcción teórica. Siguiendo la veta de Carnap, se cita: "Lo que confiere significado teórico a un enunciado

no son las imágenes y pensamientos concomitantes, sino la posibilidad de deducir de él enunciados prescriptivos. En otras palabras, la posibilidad de verificación" (Carnap 1974a: 297). La verificación de los derechos en estos grupos es, inicialmente, la transformación de los Grupos Vulnerables en Comunidades de Práctica, en el acto de identidad como sujetos de deber recíproco, en ejercicio de sus libertades públicas a través de la Autonomía de la Voluntad, en contacto con las personas, las instituciones y los poderes que eventualmente serán sujetos de sus legítimas pretensiones de existir plenamente.

Bibliografía

Alexy, Robert (2000): "La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático", en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 5, núm. 8, 21-42.

Badie, Bertrand y Hermet, Guy (1990): *Politique comparée*, Themis-Presses Universitaires de France, París.

Carnap, Rudolf (1974a): "Filosofía y sintaxis lógica", en La concepción analítica de la filosofía, Javier Muguerza, vol. I, Alianza, Madrid.

Carnap, Rudolf, (1974b): "Empirismo, semántica y ontología", en *La concepción analítica de la filosofía*, Javier Muguerza, vol. II, Alianza, Madrid.

Eco, Umberto (1991): *Tratado de Semiótica General*, Lumen, Barcelona.

Esposito, Roberto (2012): *Communitas. Origen y destino de la comunidad,* Amorrortu, Buenos Aires.

Fernández García, Eusebio (1998): *La Obediencia al Derecho*, Civitas Ediciones.

Foucault, Michel (2005): *El orden del discurso*, Tusquets, Barcelona.

Foucault, Michel (1967): *Les Mots et les Choses*, Gallimard, Paris.

García Máynez, Eduardo (1988): *Introducción al estudio del* derecho, Porrúa, México.

Garzón Valdéz, Ernesto (2000): *"El Consenso Democrático: fundamento y límites del papel de las minorías",* en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 12, 7-34.

Lapierre, Jean-William (1973): *L'Analyse des Systemes Politiques*, PUF, París.

Meny, Ives y Thoenig, Jean-Claude (1992): *Las Políticas Públicas*, Ariel, Barcelona.

Nino, Carlos Santiago (2007): *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires.

Raz, Joseph (2010): "Responsibility and the Negligence Standard", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, núm. 1, 1-18.

Rivera Castro, Fabiola (2004): "El Imperativo Categórico en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres", en *Revista Digital Universitaria* DGSCA-UNAM, vol. 5, núm. 11.

Rodríguez Zepeda, Jesús (2014): *Prolegómenos de una teoría política de la igualdad de trato, Hacia una razón antidiscriminatoria*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Ciudad de México.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Esta sección está conformada por síntesis que informan sobre el contenido, aporte y significado de obras jurídicas académicamente relevantes en materia de derechos humanos; ya sea publicadas durante los últimos años, o bien editadas con anterioridad y consideradas esenciales en los temas abordados por esta publicación.

En esta ocasión, los textos reseñados fueron seleccionados por los editores de la publicación de entre las obras referidas publicadas en el último año, y los autores de dichas reseñas fueron invitados específicamente para la elaboración de dichas reseñas.

Martinico, Giuseppe, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della* Reference Re Secession of Quebec, Turín, G. Giappichelli Editore, 2019, 233 pp.

Irene Spigno
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

En 1996, el gobierno federal de Canadá, utilizando el instrumento de la *Reference*[1], solicitó a la Corte Suprema que emitiera una opinión sobre la legitimidad, bajo el derecho nacional e internacional, de una posible secesión unilateral de la provincia de Quebec del resto de Canadá. Esta solicitud fue presentada tras el referéndum celebrado el año anterior en el que la población provincial fue convocada a las urnas para emitir su voto sobre la adhesión de Quebec al estado de soberanía.

A pesar del creciente apoyo popular a la solución independentista, el resultado del referéndum fue negativo[2].

En particular, la solicitud de *Reference* se articuló en torno a tres preguntas: la primera, tenía como objetivo pedir a la Corte que determinara si la Asamblea Nacional o el gobierno de Quebec, de acuerdo con la Constitución de Canadá, podía proceder unilateralmente a la separación de la provincia del resto del país;

[1] Se trata de un procedimiento previsto en la sección 53 del *Supreme Court Act* (R.S.C., 1985, c. S-26) que permite al Gobierno presentar una solicitud de opinión a la Corte Suprema para que emita su opinión sobre hechos considerados relevantes. La naturaleza vinculante de la pronuncia de la Corte es objeto de discusión en el derecho interno.
[2] El referéndum, en el que participaron casi el 94% de los votantes, fue rechazado con el 50,6% de los votos negativos.

la segunda, preguntaba a los jueces acerca de la dimensión internacional de este derecho y, específicamente, si se podría considerar existente en el marco normativo internacional un derecho a la autodeterminación que hubiera conferido al Quebec la posibilidad de secesión unilateral; en la tercera y última pregunta, el gobierno federal requirió que la Corte determinara cuál de los dos regímenes, nacional o internacional, tendría precedencia en Canadá en caso de conflicto entre los dos sobre el derecho de la provincia a la secesión unilateral.

La pronunciación de la Corte Suprema con la *Reference Re Secession* ([1998] 2 S.C.R. 217) no simplemente se expresa sobre las preguntas formuladas por el gobierno federal, sino que constituye una verdadera mina de oro para los estudiosos del derecho y la teoría constitucional. Se trata de una decisión de gran relevancia, no solo por los argumentos desarrollados con referencia específica a los temas sometidos por el gobierno, ya objeto de una amplia discusión y análisis en la literatur a jurídica, sino que también es un tema de actualidad que trasciende los límites temporales —se trata de una pronunciación que tiene más de veinte años— y geográfica —dada su importancia también para el derecho constitucional comparado—.

Estos puntos se destacan magistralmente en el libro *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della* Reference Re Secession of Quebec, de autoría de Giuseppe Martinico que pretende ser un homenaje en clave comparativa a lo dictado por el juez supremo canadiense. El libro del profesor Martinico se distingue por la enorme riqueza del apartado bibliográfico, con base en la cual el autor destaca, con una gran sagacidad y destreza, que la *Reference* contiene el mensaje que el derecho constitucional puede constituir una fuente de esperanza en un contexto en el que las democracias constitucionales están sufriendo por, entre otras causas, la manipulación y la distorsión de las categorías clásicas y tradicionales del derecho constitucional implementadas por los movimientos populistas. En este sentido, la retórica de los populismos —de derecha o de izquierda— se construye entorno

al concepto de *identidad* y a la idea de que la democracia implica el contacto directo e inmediato con el pueblo, sin intermediarios, superando así el —solo aparente— contraste entre constitucionalismo y democracia.

Este mensaje de esperanza se justifica, por un lado, en el gran mérito que tuvo la *Reference* de rehabilitar la secesión como opción legal, ya que hasta entonces se consideraba como un fenómeno puramente político. Este resultado fue posible mediante un proceso de *domesticación* que la Corte pudo lograr a través de la creación del concepto de *condicionalidad a la salida*. Por otro lado, la esperanza la podemos encontrar en el concepto bastante amplio de democracia desarrollado por la Corte Suprema.

Martinico analiza estas dos grandes perspectivas a lo largo de cinco capítulos, destacando, con apasionado entusiasmo constitucionalista, en primer lugar, la necesidad de tomar en consideración las características propias del ordenamiento constitucional canadiense para poder entender plenamente las consideraciones desarrolladas por el juez supremo. El sistema constitucional canadiense no nace con un momento unitario fundacional, sino que se caracteriza por la coexistencia di diversos idiomas, culturas y sistemas jurídicos, y el derecho —y en particular el derecho constitucional— constituye un elemento clave en la construcción de la identidad de un ordenamiento flexible y dinámico.

Al mismo tiempo, también el federalismo canadiense se caracteriza por ser plural, abierto, incluyente, asimétrico e intergubernamental: estas características del constitucionalismo multicultural canadiense, así como unas breves notas sobre su evolución y el nacimiento y desarrollo del nacionalismo *quebecois* y de las políticas sociales y de resistencia cultural de la provincia francófona son descritas en el Capítulo 1 donde se destacan las características que marcan la diferencia entre el federalismo canadiense y los otros *federalismos*. El mismo autor hace hincapié en el hecho que el modelo federal canadiense ha encontrado no pocas dificultades, hasta se habla de *odisea constitucional* para ir identificando

la falta de consentimiento del Quebec al *Constitution Act* de 1982, así como las tensiones constitucionales vividas con referencia a la reconciliación con los pueblos indígenas o en materia de libertad religiosa entre las diferentes comunidades y minorías que de alguna manera representan fuertes tensiones en el cuadro de la pacifica convivencia que se tiene en el imaginario constitucionalista del ordenamiento canadiense y que en realidad llevan al autor a hablar de una resiliencia democrática.

Los capítulos II y III están dedicados al análisis de la procedimentalización jurídica del fenómeno político *secesión*. En estas páginas, Martinico toma el lector de las manos y lo guía a través del pensamiento —no siempre lineal y coherente— de John Calhoun, uno de los autores más complejos y estudiados en materia de historia del federalismo, y de las diferentes interpretaciones que distintos autores han dado de su *compact theory* y de su influencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Entre las páginas del Capítulo II, el lector se enfrenta a un viaje en el tiempo, que lo lleva al principio del siglo XIX, poco antes de la guerra civil americana, cuando la secesión era todavía un tabú constitucional, prohibido por el derecho que daba prioridad al principio de unidad de la Federación. Según la *compact theory* de Calhoun, la secesión fue justificada por el argumento del *poder intrínseco*, según el cual los estados tienen el poder de reafirmar su anterior situación de soberanía, que se justificaría también por la ausencia del poder federal.

El recorrido sigue en el Capítulo III, pero esta vez se desarrolla dentro de los argumentos elaborados por la Corte Suprema a partir de los principios fundamentales de la Constitución canadiense: federalismo, democracia, constitucionalismo, principio de legalidad y respeto de las minorías. Para la comprensión de estos principios, la Corte realiza una interpretación anti-formalista, amplia y profunda del texto constitucional, junto con el análisis de la evolución histórica canadiense y las interpretaciones jurisprudenciales anteriores en materia constitucional. Se trata de un contexto en el marco del cual el principio del federalismo, junto con el principio

democrático, obliga a cada parte de la Confederación —provincias y Federación— a negociar cualquier cambio constitucional que involucre a ambas partes, rechazando así la hipótesis extrema de que las demás provincias y el gobierno federal deban aceptar pasivamente la voluntad unilateral de una provincia de separarse del resto del país. En consecuencia, los jueces de la Corte Suprema descartaron la posibilidad de que la intención de secesión del Quebec pudiese ser respaldada por el derecho a la autodeterminación —externa y/o interna—: la única opción que la Constitución canadiense admite para satisfacer la voluntad de independencia de una provincia debería pasar por un proceso de reforma constitucional.

En el Capítulo IV, el autor analiza las reacciones del derecho comparado frente a la *Reference Re Secession of Quebec y* la exportación del modelo canadiense, destacando, en particular, el potencial anti-populista que se puede leer en la decisión de la Corte Suprema de Canadá. En este apartado, los argumentos desarrollados con referencia a la relación entre democracia y constitucionalismo por la Corte Suprema son fundamentales para *retar* la contra-narrativa constitucional de los partidos y movimientos populistas concentrándose en particular en tres puntos: el uso —o mejor dicho el *abuso* y la manipulación— de las categorías típicas del constitucionalismo por parte del los populistas; el análisis de las estrategias de los populismos de gobierno bajo el conceptos de *mimetismo*, entendida como la actitud ambigua de no ponerse en abierto contraste con el texto constitucional y hasta apareciendo conformes al mismo para legitimarse, pero en realidad proponiendo una interpretación alternativa y tendencialmente *inconstitucional*, y *parasitismo* como explicado por Théo Fournier, según el cual "*the relation between populism and constitutional democracy is comparable to a process of parasitism where constitutional democracy would be the host and populism the parasite*"[3]; y finalmente un análisis de la validez analítica del constitucionalismo populista.

[3] Véase Fournier, Théo (2019): "From Rhetoric to Action: A Constitutional Analysis of Populism", en *German Law Journal,* vol. 20, núm. 3, 362-381, 364.

En último lugar, en el Capítulo V, Martinico evidencia como el referéndum es un instrumento evocado de manera recurrente por la retórica populista. Tomando el caso *Brexit* como *case study*, el autor destaca como los populismos conciben el referéndum como la herramienta necesaria para dar voz —y voto— a la *voluntad del pueblo*. Sin embargo, la experiencia comparada nos enseña como hay muchos casos de abuso de un instituto noble del derecho constitucional que corre el peligro de ser sometido a muchos riesgos de manipulación, para evitar los cuales, la misma Corte Suprema de Canadá ha destacado la necesidad de garantizar que el referéndum *de quo* sea privado de posibles ambigüedades y, en cambio, se luzca por su claridad. Sin ir muy lejos, los riesgos de abusos y manipulación de la herramienta del referéndum fueron objeto de discusión en un muy reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en donde se afirmó la constitucionalidad de la solicitud de consulta popular propuesta por el presidente de México Andrés Manuel López Obrador. En específico, la consulta se dirigía a preguntarle al pueblo si estaba de acuerdo, o no, con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investigaran, y en su caso sancionaran, la presunta comisión de delitos por parte de varios ex presidentes de la República[4], antes, durante y después de sus respectivas gestiones.

En su decisión la Corte mexicana, con una actitud ambigua y populista, destaca como el propósito del derecho de consulta popular consiste en prever un mecanismo para superar la pasividad y parálisis, principalmente del legislador y el ejecutivo, para así resolver una profunda crisis de representación y obligar a los poderes a tomar en consideración las opiniones del pueblo. En realidad, la consulta popular no pretende desplazar o sustituirse a ninguna potestad normativa, ya que su materia son aquellos *temas de trascendencia*, ya sea nacional o regional, relacionados con las actividades de los poderes públicos. El juez constitucional

[4] Se trataba en particular de Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto

mexicano configura, por lo tanto, una situación en la que remite el funcionamiento del Estado de derecho, que se alimenta entre otras cosas del cumplimiento por parte de las autoridades de sus obligaciones constitucional y legalmente previsto, a la expresión de la voluntad del pueblo.

Se recomienda la lectura del libro de Martinico y de la *Reference Re Secession of Quebec*, para que nos ayude a recordarnos cual debería ser el papel de un juez constitucional en una democracia constitucional.

"The Many Faces of Contemporary International Law of the Sea. Remarks on the monograph", en *Mare nostrum – nuestro mar: Estudios sobre derecho del mar*, Stępień, Barbara Anna y Becerra Ramírez, Manuel (eds.), Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, 403 pp.

Brygida Kuźniak
Jagiellonian University in Kraków, Poland,
Head of the Chair of Public International Law,
Faculty of Law and Administration.

Barbara Anna Stępień and Manuel Becerra Ramírez have decided to present the complexity of research questions regarding the law of the sea, as well as to discuss its current status and challenges that it will have to respond to. The aim of the international team of scholars, the authors of the book, was to stimulate scholarly discussion on the topic of the law of the sea within the area of international law in Mexico and in the broader context of the Latin American region. In addition, Stępień and Becerra Ramírez capitalized on a perfect moment, that is, the 25th anniversary of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Unclos), which was introduced on 16 November 1994. The monograph *Mare nostrum – nuestro mar* shows that the law of the sea is a vast research area, a topic that has not been exhausted, and that there are still many unanswered questions related to it, as well as many new opportunities for research.

The question of the law of the sea has been present in the doctrine of public international law since the very beginning, namely when this branch of law was distinguished from other legal sciences. Already in 1609, Hugo Grotius, a scholar known as "the

father of the law of the nations", published his work *Mare liberum*, whose significance has been appreciated until today. The law of the sea constitutes one of the most important branches of contemporary *ius gentium* and deals with such important issues as maritime areas, navigation, and other uses of the sea. Human activity has been present not only within the land but also within the sea since time immemorial, and, consequently, it has been followed by the development of law regulating the ways of using maritime areas. Moreover, the law of the sea constitutes one of the branches of public international law that, while dealing with its own particular issues, remains inextricably linked to public international law as a whole, nonetheless. One of its fundamental issues is, without a doubt, territory, including maritime territory, which constitutes an indispensable element of a state —the main actor of international relations and, at the same time, subject of international law—. The law of the sea is a fundamental subject area regarding the law of nations. This branch does not aspire to doctrinal separation and autonomy —as is the case of European law or human rights law—. Yet, the law of the sea takes into account as sources, to some extent, not only international legal acts but also domestic legal acts. Taking into consideration all of the above, the monograph edited by Barbara Anna Stępień and Manuel Becerra Ramírez is a significant and inspiring study in two ways: its subject is a topical and important research area of international law and, at the same time, it can and should be analysed according to general premises of public international law, as well as national and domestic doctrine for this discipline. Moreover, the book's perspective allows to fill in a significant gap in contemporary Mexican scholarship.

The structure of the book was constructed in such a way as to present an outline of the most important theoretical issues and a discussion of empirical examples, as well as to show a Mexican perspective of the discussed issues. All three parts of the book reveal that, instead of a comprehensive and systematic study of the law of the sea, we have here a selection of issues by the authors. This also applies to the first, more general part of the book, which *prima fa-*

cie may be perceived as a flaw, but the scrutiny and advanced level of analysis of the issues discussed in the book fully compensate for the selectivity of the material.

The first part of the book —*temas generales*— consists of five articles. Even though they do not exhaust the subject, which can be classified as a general description of rules and institutions of the law of the sea, their content focuses on very important issues from the perspective of both the past 25 years of history of the functioning of the provisions of the UNCLOS and present time. For example, it is worth noticing the analysis of the functioning and jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) in Hamburg —by Wagner Menezes—. The first article of the UNCLOS states that parties should resolve conflicts with peaceful means. They have at their disposal, *inter alia*, this tribunal, which ensures a proper interpretation of the rules of the law of the sea and their effective enforcement. This court is a specialised guardian of the resolutions adopted in 1982. Based on Menezes's interpretation, it can be stated that the law of the sea is a specialised branch of public international law, and this stems from the fact, *inter alia*, that there is a particular international court for this branch of law. No less interesting is the text regarding the preliminary work that culminated with the adoption of the UNCLOS —by José Luis Vallarta Marrón—. The Third United Nations Conference of the Law of the Sea, taking place between 1972 and 1982, has been one of the most important and undoubtedly the longest codification conferences concerning international law, and constitutes a characteristic example of modern international relations and multilateral diplomacy. J. L. V. Marrón shows, in a fascinating way, the background work for the adoption of "the constitution of the seas and oceans" from the perspective of a member of the Mexican delegation. The remaining articles focus on: ITLOS's jurisprudence —Alberto César Moreira—, the status of an island —Donald R. Rothwell—, and the principle of freedom of the seas and the rule of authority over ships —Xavier J. Ramírez García de León—.

The second part of the monograph —specific issues— is an analysis of various cases, which allows seeing the current conditions and challenges of the law of the sea. Stępień points out that, currently, there are about 200 marine boundaries in the world that require delimitation. Juan Ramón Martínez Vargas and Angélica María Gutiérrez Ramos undertake an analysis of baselines, which constitutes a good starting point for resolving concrete cases of delimitation of maritime territories. Delimitation is a problem that should be considered not only in legal terms but also taking into account complex political and historical contexts, which makes this an even harder endeavour —see also the articles by Maria Adele Carrai and Juan Carlos Velázquez Elizarrarás—.

The third and last part of the monograph explores issues that allow us to learn about, and assess, the Mexican contribution to the development of the law of the sea, as well as to become acquainted with the steps that must be taken in order for Mexico to comply with the current international and legal regulations —Fabiola Jiménez Morán Sotomayor, Pablo Ferrara, Manuel Becerra Ramírez—. International treaty law is based on an agreement between countries, which is necessary both at the law-making stage and in its execution. As a result, it is really interesting to see the descriptions and analyses made from the perspective of a particular doctrine, as well as the law-making activities and those other activities involving the execution of law by specific countries as subjects of international law.

Finally, it is worth addressing the title of the book. It invites the reader to reflect on the function and effectiveness of international rules of the law of the sea and, hence, to attempt to answer the question of what *mare nostrum* currently is. The aim of the rules making up the current law of the sea is not only, nor primarily, the demarcation of maritime territories and assigning the jurisdiction of given countries, but also to guarantee the peaceful coexistence of countries, as well as cooperation within zones not subject to state jurisdiction, such as the high seas or the seabed —which

hold the status of *terra communis*—. Contemplating the contemporary meaning of the term *mare nostrum*, it is impossible not to confront a true dilemma: is such space for all humankind or only for those holding positions that allow them to annex some portions of the sea and to seize them for their own purposes and interests?

NOTAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES

El propósito del presente apartado es presentar los comentarios razonados sobre diversas legislaciones y sentencias, nacionales y del mundo, donde las y los autores plasman sus reflexiones generales sobre dichos actos jurídicos, sin mayor restricción que la presentación de discusiones contemporáneas, relevantes y relacionadas con el análisis de los derechos humanos en perspectiva internacional y comparada.

Estas notas fueron elaboradas por integrantes de los diversos centros adscritos a la Academia IDH bajo las instrucciones formales, editoriales y metodológicas de las y los editores de la revista.

Suprema Corte de Justicia (Estados Unidos)

Chiafalo v. Washington.
[6 julio 2020]

Juan Francisco Reyes Robledo
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Chiafalo v. Washington,[1] and its *twin* judgment, *Colorado Department of State v. Baca*,[2] mark two of the most important decisions from the Supreme Court of the United States (Scotus) addressing *faithless electors* –members of the US electoral college who either cast their votes for someone other than the candidate of the party for whom they pledged to vote or abstain from voting at all. The case at hand relates to three fined electors from Washington who voted for Colin Powell despite that popular vote in this state was won by Democratic candidate Hillary Clinton over Donald Trump. Their goal was to deprive candidate Trump of a majority of electoral votes and to throw the election into the House of Representatives.[3] The Scotus affirmed a lower court's ruling and decided that states can enforce the elector's pledge in the presidential election.

NOTAS

[1] *Peter B. Chiafalo, Levi Jennet Guerra, and Esther Virginia John v. Washington*, 591 U.S. ___ (2020)

[2] *Colorado Department of State vs. Michael Baca, et al., 591 U. S.* ____ (2020). The cases actually deal with the same underlying question and were bound to be resolved in the same ruling but were split due to an inhibition on knowledge presented by one of the court's justices.

[3] The Twelfth Amendment to the United States Constitution provides that "The person having the greatest number of votes for President, shall be the President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if no person have such majority, then from the persons having the highest numbers not exceeding three on the list of those voted for as President, the House of Representatives shall choose immediately, by ballot, the President."

The majority's decision is based on two essential arguments: the absence of any prohibition for states to enforce fines such as the one imposed and the defined practice regarding the vote of the electors. In this essay, I focus on an idea that, in my opinion, could have had a greater argumentative force —the nature of the vote of the members of the electoral college. In other words, the argument that I believe the Court needed to develop in the two decisions referred to is that which explains the relationship between the voting citizens and the electors of the electoral college.

On the one hand, the Scotus acknowledges that, before this case, it has only once again ruled on the issue of presidential electors from the electoral college. In *Ray v. Blair*,[4] the court ruled that "[n]either the language of Art. II, § 1, or that of the Twelfth Amendment forbids a party to require from candidates in its primary a pledge of political conformity with the aims of the party",[5] and that "certainly neither provision of the Constitution requires a state political party […] to accept persons as candidates who refuse to agree to abide by the party's requirement".[6] This decision, however, never addressed the possibility of states enforcing a sanction on faithless electors.

On the other hand, beyond passing references, neither in *Ray* nor in *Chiafalo* has the Court ever sought to develop substantive references on the voters' vote regarding the electors. In the former, it does emphasize the nature of the power received by the electors, providing that they "exercise a federal function",[7] but "they are not federal officers or agents".[8] Instead, they "act by authority of the state that in turn receives its authority from the Federal Constitution".[9] And in the latter, it only emphasises that "electors are not

[4] *Ray, Chairman of the State Democratic Executive Committee of Alabama v. Edmund Blair*, 343 U. S. 214.
[5] *Ibid,* 225.
[6] *Ibid.*
[7] *Ray*, 224.
[8] *Ibid*.
[9] *Ibid*, 224, 225.

free agents; they are to vote for the candidate whom the State's voters have chosen".[10] That is to say, in both cases the aim is to raise the question of the nature of the electorate's relation to the states.

In this manner, indeed, the Scotus has repeatedly pointed out that the authority of the electors comes from the states, and I think this outcome is quite sound. Conversely, on several occasions, it has glimpsed that the legal relationship of electors is not strictly limited to the states. For example, in *Ray*, when analysing the respective legislation of the states, it recognizes the power of "the Parties [to] select their committee in such manner as the governing authority of the party may desire"[11] and for the "state executive committee […] to fix political or other qualifications of its members".[12] In *Chiafalo*, the account is even more conclusive and clear —"The Constitution's text and the Nation's history both support allowing a State to enforce an elector's pledge to support his party's nominee —and the state voters' choice— for President".[13]

That is, the Court has acknowledged an implicit party-elector relationship beyond that established between the states' authority and the electors. And I think this feature is particularly noteworthy because it gives grounds for a discussion that the Court does not seem to have had —the type of relationship that exists between the electors, who shape the electoral college, and the voters, who allocate the popular vote. If electors act by authority of the states and the parties have the power to fix their qualifications, what kind of authority or power is left to the voters vis-à-vis the electors to vote for their president and vice president in a system as unique as that of the US?

A simple answer, and an easy way out, is to claim that in a system of indirect election like the American one there is neither such authority nor power. After all, that is what an indirect system

[10] *Chiafalo,* 16.
[11] *Ray*, 217, citing the Title 17 of the Code of Alabama, 1940.
[12] *Ibid*, 217.
[13] *Chiafalo*, 9.

is all about: voters giving electors the power to make their choices on their behalf. But this is a misleading assumption. As the Court itself has noted, the voters do not have this power themselves but respond to the authority given to them by the states and the political parties. And a counterexample explains this position even more clearly. In a system of indirect election, the relationship between the authority of the states and the voters would not be strictly necessary either. The role of the states in the election of the president and the vice president is to a certain extent fictitious: they act only as intermediaries to enforce the law, and specifically the pledge (and to sanction its breaking) that they made before the parties to vote for the candidates that in those states the popular vote chose.

Unlike that between parties and states, the relationship between electors and voters is not contingent, but necessary. Although states define the methods for selecting electors and parties make such appointments, this one circumstance is no more important than the popular vote, which defines which parties, and therefore which electors, will cast the electoral votes. Electors are accountable to the states and parties under the necessary relationship that the Constitution has provided for in the voting system. But the original and most important connection *is* still the popular vote. The popular vote is the source of the electors' original power. Without the popular vote, neither parties nor electors need to engage.

In my opinion, two other contemporary arguments strengthen this claim; one relating to parties and the other to states. On the one hand, as the court has stated, political parties, and their subsequent rules on how they choose their electors are a development that supersedes the indirect election method established in the Constitution.[14] The role of political parties in the selection of electors was not introduced into the Constitution until the 1804's Twelfth Amendment, which separated the election of the president and the vice president. Political parties became a necessary his-

[14] *Ibid*, 3.

torical creation.[15] But in any case, they are not the holders of the power of the voters' choice. They are simply *intermediaries* between voters and electors.

On the other hand, the stance of the states as the authorities that confer power to the electors to carry out the vote has been blurred over time. While it is true that, according to Article Two of the United States Constitution, Section 1, Clause 2, originally state legislatures, or at least some of them, defined to award electoral votes themselves, this situation changed over time until it became completely non-existent. This original authority is accordingly recognized in *Chiafalo*.[16] However, the SCOTUS itself acknowledges that this mechanism has ceased to exist. Today, every legislature stipulates the need for the popular vote to define the election of the members of the electoral college. In other words, although it is a constitutional possibility, no law besides the Constitution today allows state legislatures to ignore the popular vote when appointing electors and to make them pledge to vote for whoever their legislatures decide.

Therefore, in my opinion, the historical background of the political parties and the current legal circumstance of the states in the election of the president and the vice president reinforces the position that their role in such election is circumstantial. Conversely, that of the popular vote has never changed. If anything, it has been strengthened over time to the detriment of the original power of states as outlined in the aforementioned Clause 2, Section 1, Article Two of the Constitution. I must admit, therefore, that with this stance I am approaching the conclusions that have been made concerning the original power of the people over that of the states and any other power. But such debate is broader than what I can conclude here and now.[17]

[15] *Cfr. Chiafalo*, 3.
[16] Chiafalo, I, B.
[17] *Cf. Carter v. Carter Coal Co*., 298 U.S. 238, 296 (1936); *Yick Wo v. Hopkins,* 118 U.S. 356, 370 (1886); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803).

The question remains about the kind of argument the court could build regarding the popular vote and the electors that, at the same time, would consist of a more robust thesis, while avoiding the problems of the reasoning that it used. In my view, it would be worth arguing about the *mandate* that the electors have with the voters, beyond the significance of the pledge made to the states. Above, I think this argument has the potential of surpassing constitutional regulation, avoiding a possible violation of its provisions.

As previously noted, the power of the voters lies –according to the aforementioned decisions– with the states and, to a lesser extent, with the political parties that appoint them. And, as I have also tried to argue, this state of affairs has no significant actual reinforcement. Against this, I believe that there are constitutional provisions that can give us a basis to argue otherwise —as some argue, electors are representative *stand-ins* for the candidates. But I think this consideration is not merely a symbolical elaboration but has some actual meaning. That is, the electors have some kind of legal standing regarding the voters, since the latter do not vote for the electors themselves, but for the candidates for president and vice president.

In other words, I think it would have been easy for the Scotus to argue that the electors act under an actual mandate from the voters. This is easy to argue for at least two great *constitutional incentives*. First, there is a clear constitutional omission in regulating such a relationship, so the court is entitled to make such an argument. Unlike the straightforward regulation of Article I of the Constitution for electing members of Congress, the provisions of Article II on the election of the president and the vice president calls on the court to dispose of these omissions. And second, the Scotus has a large body of precedents on the regulation of direct voting, which can be applied by analogy to this provision — from the opening of primary elections to voters of all races, to how conditioning the vote violates the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment. All these considerations, in my opinion,

make for more robust arguments instead of resorting to the considerations of the electors' pledge, as the judgment did.

Finally, it must be noted that *Chiafalo* and *Baca* are undoubtedly highly relevant decisions for the exercise of the vote in the election of the president and the vice president of the United States. The enforcement of incentives to prevent unfaithful electors from eroding the will of the voters is a prominent aspect of an indirect voting system such as the analysed here. However, resorting to originalist arguments sets aside substantial issues that should be dealt with by a constitutional court such as those discussed here. I believe the Supreme Court of the United States failed in this regard.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México)

Medidas contra la violencia política por razón de género. Sentencia Sup-Rec-531/2018.
[30 junio 2018]

Adriana Beatriz Salinas Cerrillo
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

A través del tiempo se ha dado un avance significativo en relación a los derechos político-electorales de las mujeres. Hoy en día, les son reconocidos los derechos a votar y ser votadas, incluso se han introducido medidas de acción afirmativa, como criterios de paridad obligatoria para postulaciones a cargos de elección popular, que favorecen la inclusión de las mujeres en en los asuntos públicos del país, incluyendo la toma de decisiones a partir de la ocupación de cargos políticos.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, la posibilidad de las mujeres para ejercer estos derechos se ha visto limitada. Esto se ha dado en mayor medida debido a que no se han generado las condiciones estructurales, sociales y culturales que les permitan competir, acceder y finalmente ejercer los cargos públicos en condiciones de igualdad.

Actualmente, persiste un grave obstáculo para el avance político de las mujeres: *la violencia política por razones de género.* Este tipo de violencia contra las mujeres comprende todas aquellas acciones u omisiones de personas, servidoras o servidores públicos que se dirigen a una mujer por ser mujer —en razón de género—, tienen un impacto diferenciado en ellas o les afectan desproporcionadamente, con el objeto o resultado de menoscabar

o anular sus derechos político-electorales, incluyendo el ejercicio del cargo[1] (Cndh 2018).

La violencia política por razón de género se ha presentado prácticamente desde que las mujeres comenzaron a participar en la vida política. Su visibilización, sanción y erradicación representa el gran reto para la democracia mexicana. En este sentido, esta problemática ocupa un lugar importante en la agenda de los tribunales electorales del país, donde se han discutido relevantes cuestiones en torno al tema.

El presente comentario versa sobre la sentencia Sup-Rec-531/2018. Este asunto, a cargo del Magistrado Felipe de la Mata Pizaña, representa un caso inédito para la Sala Superior, al resolver respecto a la eligibilidad de un candidato que en el desempeño de sus funciones realizó actos de violencia política en razón de género.

Expuesto de otro modo, en la sentencia se busca determinar si el cometer conductas que constituyen violencia política por razón de género, puede tener como consecuencia el incumplimiento del requisito de eligibilidad relativo a tener un modo honesto de vivir, y por lo tanto, no ser elegible para ser candidato a un cargo de elección popular.

Como antecedentes del caso, en fecha 22 de diciembre 2017 y 2 de febrero 2018, respectivamente, se dio por parte del Tribunal Local en Oaxaca, y la Sala Xalapa, la acreditación de violencia política por razones de género por parte de Juan García Arias, quien se desempeñara en ese momento como Presidente Municipal del Ayuntamiento de San Juan Colorado Oaxaca, ejercida contra la Síndica Municipal.

[1] Además la violencia política por razón de género se encuentra reconocida en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en su artículo 20 Bis.

Después, en fecha 20 de abril de 2018, el mismo acude al Instituto Local de Oaxaca a registrar su candidatura para la reelección del cargo. Ante tal situación, un partido político impugnó el registro de este candidato ante el Tribunal Local, indicando que si un candidato había cometido violencia polítca por razón de género, no podía ser elegible al incumplir con el requisito constitucional de tener un *modo honesto de vivir.*

El tribunal local confirmó el registro del candidato y, como consecuencia, la decisión fue revocada ante la Sala Regional Xalapa. En esta instancia el registro fue revocado.

La Sala Regional, consideró que la violencia política por razones de género es una conducta reprochable y quien la comete carece de un modo honesto de vivir, porque es una conducta contraria al orden social, la cual se debe evitar y erradicar (Tepjf, Sup-Rec-531/2018, 30 junio 2018: 9).

Además, señala que todo servidor público debe conducir su actuar con respeto a los principios de igualdad y no discriminación, así como de evitar ejercer cualquier tipo de violencia que lesionen o sean susceptibles de dañar la integridad, dignidad, libertad y los derechos de las mujeres (Tepjf, Sup-Rec-531/2018: 9).

En este punto me parece que la intención de la Sala, es correcta, en donde a partir de la argumentación que realiza, hace un llamado a erradicar todo tipo de conductas que contravengan la igualdad material, sobre todo en el ejercicio del cargo público.

Finalmente el asunto llega a la Sala Superior, ante la cual fue impugnada la sentencia que emitió la Sala Regional Xalapa. La Sala Superior, en su sentencia, realiza una interpretación positiva e interesante de la expresión "modo honesto de vivir" comprendida en el artículo 34 constitucional, en donde señala:

> "[…] se concluye que quien aspire a la reelección inmediata en un cargo público debe respetar los principios del sistema democrático mexicano, lo que incluye la prohibición de violencia

> política por razón de género, lo cual se traduce en una situación de violencia institucional, que incide de manera importante en el desempeño del encargo por parte de una síndica y, correlativamente, en los valores fundamentales de gobernabilidad y representatividad, afectando el normal funcionamiento del ayuntamiento" (Tepjf, Sup-Rec-531/2018: 12).

Además, la Sala señala que al estar demostrada la concurrencia de actos que constituyen violencia política por razones de género, se estaría implicando a su vez, violencia institucional, y que finalmente esto desvirtua la presunción de tener un modo honesto de vivir (Tepjf, Sup-Rec-531/2018: 12).

Finalmente, la Sala reitera firmemente que: "quien aspire a la reelección inmediata en un cargo público, en su actuar como servidor público debe respetar la prohibición de violencia política por razón de género" (Tepjf, Sup-Rec-531/2018: 14).

En conclusión, a Sala Superior confirma la sentencia recurrida, argumentando que fue correcto que la Sala Xalapa dejara sin efectos la candidatura del recurrente, al estar demostrado que incurrió en actos de violencia política por razones de género, lo que desvirtúa la presunción de tener un modo honesto de vivir, como requisito de elegibilidad para contender por la reelección inmediata a presidente municipal.

Lo anterior, porque quedó acreditado durante el desempeño del cargo por el cual pretendió la reelección, que incurrió en actos reprochables al obstaculizar a una servidora pública cumplir con sus funciones y mantuvo el incumplimiento a la sentencia que le ordenó reparar las violaciones.

El concepto de "modo honesto de vivir", es muy amplio y tanto las legislaciones nacionales como las internacionales carecen de una definición concreta. Así su entendimiento ha sido creado principalmente por la jurisprudencia (Mercado Ramírez 2019: 62).

En este sentido, los criterios interpretativos que emite la Sala Superior, en este caso, sostienen que el modo honesto de vivir, como requisito de elegibilidad, incluiría necesariamente que quien aspire a la reelección inmediata en un cargo público, debe respetar los principios de no violencia y la prohibición de violencia política por razón de género (artículo 34 Constitucional).

La interpretación que realiza el tribunal es breve pero con impactos mayúsculos al sostener que todo funcionario público debe conducir su actuar en todo momento con respeto a los derechos constitucionales de igualdad y no discriminación, así como de evitar ejercer cualquier tipo de violencia que lesione o sea susceptible de dañar la integridad, dignidad, libertad y los derechos de las mujeres en el acceso y desempeño de los cargos públicos.

Es importante señalar, que si bien la sentencia que se comenta no constituye en sí misma un caso de violencia política por razón de género, el caso reviste de una gran importancia al tratarse de un funcionario que había cometido anteriormente este tipo de conducta. A partir de este caso se inicia el proceso de creación de una línea jurisprudencial que asigne consecuencias negativas a las personas que comentan violencia política de género, que a su vez aporta en gran medida a la erradicación de este tipo de prácticas.

Además, se reafirma la responsabilidad de quienes imparten justicia para perfeccionar el sistema democrático, a través de la interpretación de las normas desde una perspectiva de género que genere condiciones igualitarias para el ejercicio de los derechos político-electorales de todos y todas.

Tras las conquistas de derechos de las mujeres por poder participar en procesos electorales, el nuevo reto que se tiene frente a sí el Estado Mexicano en materia de género es poder garantizar a cada mujer una participación en la política, que incluya su derecho a postularse y ejercer cargos públicos, en donde se protega siempre su seguridad, integridad y reputación.

Finalmente es importante mencionar, que sentencias como la que se comentó en el presente texto, definitivamente impactan de manera significativa en la vida político-electoral del país, particularmente en los derechos político-electorales de las mujeres, encaminándonos hacia una inclusión real de las mujeres en el ámbito público en condiciones de igualdad. El atribuir consecuencias relevantes a la violencia política por razones de género, en definitiva contribuye para dar eficacia a una paridad electoral real y existente.

Bibliografía

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018): "Violencia política contra las mujeres en razón de género". Disponible en: «*https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2018_056.pdf*» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Mercado Ramírez, Martha Leticia (2019): "Violencia política por razones de género un desafío para los tribunales", en *Diálogos Democráticos*, Espíndola Morales, Luis y Flores, Rogelio (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México. Disponible en: «*https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5840/4.pdf*» [Consultado el 4 de septiembre de 2020].

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México)

Sentencia Sup-Je-30/2020.
[13 mayo 2019]

Felipe Rodríguez Flores
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

I. Preliminar

El pasado 23 de abril de 2020 el Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza (Teecz) emitió un acuerdo por el cual se adoptaría el uso de las tecnologías de información y comunicación para interponer y subsanar medios de impugnación. Dicha acción se decidió para ofrecer una alternativa, de naturaleza extraordinaria y temporal, a raíz de la declaración de la pandemia que ha perjudicado al país y al mundo, por el virus Sars-CoV2 causante del padecimiento Covid-19.

El actor, el Partido de la Revolución Coahuilense (Prc), interpuso demanda de juicio electoral en contra de la medida tomada por el tribunal local al considerarla *indebida* con base en cuatro principales puntos. En primer lugar, que el Teecz no es competente para dictar esas medidas y señaló que no existe norma que se lo permita. La segunda cuestión versa sobre el uso de los medios electrónicos, pues no da certeza de la justicia electoral indicando que la forma de acreditar la personalidad de las partes será por videoconferencia, no con la firma autógrafa o electrónica. El tercer punto es respecto a las notificaciones y su falta de efectividad, porque se harían por lista. Esto no permitiría que los justiciables puedan subsanar sus errores u omisiones. El cuarto y último punto, es que el tribunal local no tiene la capacidad para determinar de forma objetiva y eficaz, ni resolver con agilidad los asuntos de carácter urgente.

Presentada la demanda, el Teecz turnó el asunto a la Sala Regional de Monterrey y esta, a su vez –por tratarse de una norma de carácter general, considerar la revisión del medio de impugnación de carácter urgente para evitar cualquier daño irreparable y no contar con un procedimiento para el caso en concreto–, lo remitió a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Tepjf).

En esta nota se describe brevemente la sentencia emitida por la Sala Superior del Tepjf, el 13 de mayo de 2019, bajo el registro Sup-Je-30/2020.

II. Estudio de fondo

El Tepjf se pronunció sobre cada uno de los argumentos contemplados por el actor. El análisis comenzó con la alegada falta de legalidad en el actuar del Teecz. El Prc objetó que no contaba con la atribución para establecer nuevos lineamientos sobre la impartición de justicia en materia electoral, pues aducía que no existía norma local que lo autorizara.

Ante este planteamiento, la Sala Superior determinó infundado el argumento puesto que la decisión del tribunal local se apegó al principio de legalidad y al derecho de acceso a la justicia pronta y expedita[1], así como también al derecho de acceso a internet y el uso de medios tecnológicos[2].

[1] Artículo 16 de la Cpeum: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". Artículo 17, párrafo segundo de la Cpeum: "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".

[2] Artículo 6, párrafo segundo de la Cpeum: "El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet".

La Sala estimó que la atribución del órgano electoral de Coahuila no solo se fundamentó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cpeum), ya que también la Constitución local le otorgó competencia al Teecz al establecer en su artículo 154 fracc. II numeral 11 que el procedimiento judicial puede hacerse mediante un sistema de justicia digital confiable[3]. De igual manera, el artículo 27 numeral 6 de la constitución local instituye al Teecz como la máxima autoridad jurisdiccional electoral de la entidad.

Por lo anterior, el tribunal local es competente para modificar y establecer los modos de operación, así como para elegir los medios correspondientes para crear vías de acceso a favor de los justiciables respecto de sus asuntos.

Por otro lado, el Prc consideró que se violaba el principio de certeza en razón de que la personalidad de las partes sería ratificada mediante video llamada. Ello implicaría poca seguridad para lograr acreditar a las partes, por eso propuso que debió implementarse el uso de la firma electrónica.

Sobre este particular, la Sala determinó que el Teecz cuenta con un procedimiento que establece la presencia de un fedatario público del propio órgano jurisdiccional, quien se encarga de legitimar la personalidad de las partes en las videoconferencias y se levantan las constancias correspondientes.

El actor señaló que las notificaciones por correo no dan certeza y se apoya en un ejemplo hipotético. Dicho supuesto advierte que, al dar una cuenta electrónica equivocada o que sea capturada erróneamente, las partes serían notificadas por lista. La gravedad

[3] Artículo 154 de la Cpeum: Toda persona tiene derecho al acceso a la justicia de manera pública, gratuita, pronta, expedita y completa para tutelar de manera efectiva sus derechos fundamentales.
II. El acceso a la justicia se sujetará a lo siguiente:
11. El procedimiento judicial se podrá tramitar a través de un sistema de justicia digital confiable.

NOTAS

de esto, de acuerdo con el promovente, es que perjudicaría a las personas, pues no tendrían oportunidad de corregir o subsanar errores u omisiones en sus demandas.

El Tepjf, por su parte, determinó que no le es imputable al Teecz que los usuarios proporcionen información errónea sobre su correo electrónico. De reducirse la justicia electoral al uso de los medios tecnológicos, entonces sí se violaría el acceso a la justicia. Por ello, quien no tenga a su alcance las herramientas o prefiera llevar por escrito sus demandas, podrán ser recibidos en las instalaciones del órgano estatal.

Asimismo, la Sala Superior determinó que el acuerdo emitido por el Pleno del tribunal local sobre el mecanismo implementado es correcto, pues consideró los medios para garantizar la impartición de justicia. No obstante, la vía electrónica no es la única por la cual los gobernados pueden tener acceso a la justicia electoral. Es solamente para aquellos que crean más conveniente utilizar los medios tecnológicos en virtud del riesgo de contagio debido a la pandemia por la que atravesamos. En tal tenor, esto no impide que los ciudadanos puedan acudir a las instalaciones del tribunal local para presentar escritos, promociones, medios de impugnación u otros documentos, por supuesto con un estricto seguimiento de las medidas sanitaras de cuidado y prevención.

Otro de los motivos de impugnación del Prc, es que no existe certeza de que el Teecz defina de forma objetiva los asuntos que sean de carácter urgente para darles solución. Y de hacerlo así, se colocaría en riesgo a los justiciables, ya que el mal estudio de un asunto es causa probable de la comisión de un hecho que genere un daño irreparable. Finalmente, la actora consideró *excesivo* el acuerdo pues indicó que la contingencia sanitaria no es justificación suficiente para que el Teecz interrumpa su función jurisdiccional.

En cuanto a este último punto, la Sala Superior hizo un recordatorio de lo que dictó el gobierno federal. En particular, destacó

que el Consejo de Salubridad había reconocido a la epidemia a causa del virus Sars-CoV2, que provoca el padecimiento Covid-19, como *emergencia sanitaria*.

Con base en la información e indicaciones emitidas por el Consejo de Salubridad General, el Teecz consideró tomar medidas preventivas para la operación del órgano jurisdiccional, como lo fueron: labores a distancia mediante teléfono, videoconferencias y correo electrónico. Con ello, evitaría las reuniones de trabajo y el riesgo de exponer la salud de sus funcionarios públicos. Los medios de impugnación serían resueltos de modo virtual y no presencial. Luego suspendió de forma temporal, extraordinaria y preventiva los plazos y términos de ciertas actividades de la función jurisdiccional.

Sobre asuntos urgentes, los términos y plazos correrían conforme a lo establecido en la ley y serían resueltos mediante sesiones no presenciales. Por último, aprobó el acuerdo del uso de tecnologías para interposición o sustanciación de los medios de impugnación como medida calificada de *extraordinaria* y *temporal* en tanto la emergencia sanitaria concluya.

La Sala Superior, resultado de su ejercicio de ponderación, determinó que prevalece el derecho a la salud[4], por lo que hizo un especial énfasis en la obligación y responsabilidad de llevar a cabo acciones afirmativas por parte de las autoridades para garantizarlo. Pero también advirtió la importancia de las medidas y obligaciones de no hacer, verbigracia, implementar aquellas que prevengan o eviten el daño a la salud.

El máximo tribunal federal electoral consideró dos dimensiones del derecho a la salud, el individual y el social. El primero tiene que ver con el bienestar general, es decir, físico, emocional y social de las personas. El segundo se refiere a la responsabilidad del Estado para atender los problemas de salud que afecten a la sociedad

[4] Artículo 4 de la Cpeum.

en general y por ello tiene que llevar a cabo acciones para salvaguardar ese derecho.

III. Conclusión

Conviene destacar la existencia de esta resolución pues resulta altamente adecuada para reflexionar sobre las medidas para afrontar la situación pandémica provocada por el Covid-19, y los esfuerzos desde los poderes judiciales para la correcta protección y ponderación de derechos. La pandemia, sin duda, es un precedente mundial y nacional, pues los Estados alrededor del globo tuvieron que responder rápidamente e implementar medios para proteger y garantizar el derecho a la salud de sus connacionales.

El poder judicial no podía quedarse atrás. El deber de adecuar los sistemas de justicia en el mundo fue y es en este momento uno de los más grandes retos y prioridades para con las sociedades.

En este sentido, me parece muy acertada la decisión del Teecz al hacer una correcta ponderación de derechos, es decir, priorizar el derecho a la salud sin dejar de lado la impartición de justicia. Sí considero que la Sala Superior pudo haber realizado un test de proporcionalidad mucho más profundo y detallado de las correctas medidas tomadas por el tribunal local.

Es decir, enriquecer el debate jurídico con el ejercicio del test. En primer lugar, desarrollar la perspectiva del derecho a la salud como un derecho absoluto. Con fundamento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), los Estados reconocen el derecho de todas las personas a disfrutar —según las posibilidades— de salud física y mental. Y no solo ello, sino que para hacer efectivo este derecho, los firmantes se obligan a tomar cuatro tipos de medidas, para el caso en concreto nos atañe la de prevenir y tratar *enfermedades epidémicas*, así como la lucha para erradicarlas[5].

[5] Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

En segundo lugar, hay sustento jurisprudencial para la postura del TEPJF. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha determinado en la Tesis Aislada P.LXVIII/2009 (19 octubre 2009) que el derecho a la salud contemplado en el artículo 4 de la CPEUM no es únicamente el *bienestar general*, sino que también es el estado físico, mental, emocional y social de la persona; consiste pues en el derecho a la *integridad físico-psicológica*.

Por lo anterior, el TEECZ tiene como fin legítimo garantizar el derecho a la salud de los funcionarios públicos del órgano local, así como de los justiciables en materia electoral. A la vez, la medida es idónea dado que el tribunal local es capaz de continuar su obligación de velar por el derecho a la impartición de justicia.

El reto de la justicia y del derecho en general, como nos ha mostrado esta *nueva normalidad*, es responder adecuadamente para salvaguardar de manera integral los derechos humanos. Se debe conocer la realidad de los recursos institucionales disponibles para que hacer justicia sea un derecho efectivo.

NOTAS

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas".

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México)

Sentencia Sup-Rec-91/2020.
[29 julio 2020]

Juan Antonio Corral Reséndiz
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

I. Introducción

El Estado mexicano tiene una deuda histórica con las mujeres, debido a que son ellas quienes han pagado el precio más alto a causa de la violencia de género. Esto se suma a que las autoridades han omitido el deber consagrado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém do Pará) de proteger los derechos humanos de las mujeres, así como la obligación general de rango constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En tal tenor, el país ha puesto en marcha acciones por medio de las funciones y autoridades del poder público, que permitan comenzar a saldar esa deuda. Es así como, producto del ámbito legislativo, en 2007 entró en vigor la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual en su artículo 20 *bis* define a la violencia política contra las mujeres en razón de género como:

> "Toda acción u omisión, incluida la tolerancia, basada en elementos de género y ejercida dentro de la esfera pública o privada, que tenga por objeto o resultado limitar, anular o menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y electorales de una o varias mujeres, el acceso al pleno ejercicio de las atribuciones inherentes a su cargo, labor o actividad, el libre desarrollo de la función pública, la toma de decisiones, la libertad de organización, así como el acceso y ejercicio a las prerrogativas, tratándose

NOTAS

de precandidaturas, candidaturas, funciones o cargos públicos del mismo tipo".

En el mismo sentido, en abril del año 2020, se adicionó el artículo 442 Bis. a la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, que indica:

> "La violencia política contra las mujeres en razón de género, dentro del proceso electoral o fuera de éste, constituye una infracción a la presente Ley por parte de los sujetos de responsabilidad señalados en el artículo 442 de esta Ley, y se manifiesta, entre otras, a través de las siguientes conductas:
>
> a) Obstaculizar a las mujeres, los derechos de asociación o afiliación política;
>
> b) Ocultar información a las mujeres, con el objetivo de impedir la toma de decisiones y el desarrollo de sus funciones y actividades;
>
> c) Ocultar la convocatoria para el registro de precandidaturas o candidaturas, o información relacionada con ésta, con la finalidad de impedir la participación de las mujeres;
>
> d) Proporcionar a las mujeres que aspiran a ocupar un cargo de elección popular, información falsa, incompleta o imprecisa, para impedir su registro;
>
> e) Obstaculizar la precampaña o campaña política de las mujeres, impidiendo que la competencia electoral se desarrolle en condiciones de igualdad, y
>
> f) Cualesquiera otra acción que lesione o dañe la dignidad, integridad o libertad de las mujeres en el ejercicio de sus derechos políticos y electorales".

La relación entre estos dos artículos es notable, pues en el primero se mencionan supuestos generales y abstractos que dan entrada al establecimiento de conductas específicas plasmadas en el artículo 442 Bis A. Dicho de otro modo, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece las pautas

y elementos que nos sirven para identificar la violencia política por razón de género, siendo así que, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales nos indica las conductas concretas por las cuales se actualiza dicha conducta.

Ahora bien, con el fin de erradicar la violencia de género en todos los niveles, en el mismo sentido que el ámbito legislativo, el Poder Judicial de la Federación, a través de la Sala Superior del Tribunal Electoral (Tepjf) emitió la resolución en el recurso de reconsideración Sup-Rec-91/2020 y su acumulado.

En esta sentencia es posible observar cómo se enfrentan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y el derecho político a participar en los procesos electorales.

Realizaré el análisis de la sentencia partiendo de los antecedentes del caso, siguiendo con el estudio del fondo el cual se divide en los agravios y la orden para crear una lista de personas infractoras en materia de violencia política de género, y por último a las conclusiones.

II. Antecedentes del caso

La regidora de Equidad de Género y Grupos Vulnerables del Ayuntamiento de Santa Lucía del Camino en el Estado de Oaxaca denunció en un juicio ciudadano local, al presidente de dicha municipalidad. En concreto, lo acusó porque no era convocada a sesiones; no se le proporcionó mobiliario, equipo de oficina ni se le asignaron recursos humanos que apoyaran las labores de su regiduría; no se le dio respuesta a diversos oficios que la promovente dirigió al presidente municipal y a otros integrantes del ayuntamiento; y no se le cubrió el pago del aguinaldo dentro del tiempo que correspondía.

Estas conductas provocaron que en dicho juicio el Tribunal Electoral de Oaxaca dictara medidas cautelares en favor de la actora, con el fin de ordenar a las y los integrantes del ayuntamiento

abstenerse de realizar acciones que restringieran los derechos político-electorales de la misma o de sus familiares, y ordenó otras medidas tendientes a resarcir el daño. Sin embargo, el órgano local determinó que no se acreditaba la VPG.

Inconforme con la resolución, la regidora presentó juicio ciudadano federal, del cual conoció la Sala Regional Xalapa. En la sentencia se ordenó modificar la sentencia impugnada para tener por acreditada la VPG. La autoridad regional, además, ordenó al Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca registrar al presidente municipal en un listado de funcionarios que han incurrido en VPG.

Lo anterior fue impugnado ante la Sala Superior del TEPJF. A continuación, se presenta el estudio jurisdiccional realizado.

III. Análisis de fondo

La Sala Superior del TEPJF dividió el estudio de los agravios en dos principales temas. En primer lugar, la valoración probatoria para acreditar la VPG. El segundo se refirió a la orden de integrar una lista de personas infractoras en materia de VPG. Seguiré la misma línea para presentar la discusión llevada a cabo.

1. Agravios relacionados a la valoración probatoria para acreditar la VPG

El presidente municipal expresó que no se habían acreditado los elementos del test que confirman la VPG, conforme a lo previsto en el Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y en la *Jurisprudencia electoral 48/2016*[1].

Al respecto, la Sala Superior determinó que en la decisión regional sí se valoraron adecuadamente las pruebas con las que se

[1] Jurisprudencia 48/2016 de rubro: "Violencia política por razones de género. Las autoridades están obligadas a evitar la afectación de derechos político-electorales".

acreditó la existencia de VPG, pues concatenó cada uno de los cinco elementos –de los que consta el test– de manera correcta e idónea para justificar su aplicación en el caso. Dichos elementos son los siguientes:

El acto u omisión debe darse en el marco del ejercicio de derechos político-electorales o bien de un cargo público. Este elemento se tuvo por acreditado al considerar que los hechos referidos por la servidora pública se desplegaron precisamente al desempeñar el cargo como regidora de Género, Equidad y Grupos Vulnerables.

El acto u omisión debe ser perpetrado por el estado o sus agentes, superiores jerárquicos, colegas de trabajo, partidos políticos o representantes de estos; medios de comunicación y sus integrantes, un particular y/o un grupo de personas. Se estimó que este supuesto se cumplió, ya que las conductas fueron realizadas por el presidente municipal, es decir, autoridad integrante del ayuntamiento de Santa Lucía del Camino.

Las agresiones ejecutadas deben ser simbólicas, verbales, patrimoniales, económicas, físicas o sexuales. La Sala de Xalapa analizó las pruebas de manera conjunta y concluyó que existían indicios que demostraban la violencia simbólica, psicológica y económica en contra de la regidora pues había sido amenazada con ser denunciada por fraude; era ignorada al hacer peticiones, no recibía respuesta del presidente a sus oficios; existía una actuación estereotipada de que los hombres unidos pueden invisibilizar o intimidar a una mujer[2]; varios integrantes del ayuntamiento manifestaron que la regidora sufrió acoso por parte del presidente municipal; y el pago del aguinaldo se retrasó sin motivo alguno.

La VPG tiene como objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres. En el caso concreto, las conductas acreditadas transgredieron el desempeño del cargo para el cual fue electa la regidora,

[2] Tal como se evidenció en la grabación de la exposición del programa "Ruta Segura" impulsado por la regidora y del cual no recibió mención o crédito

dado que existió un trato diferenciado hacia la funcionaria y esto le impedía llevar sus labores de servicio público de manera libre de violencia.

Por último, pero no menos importante, el acto u omisión debe basarse en cuestiones de género, es decir: que se dirija a una mujer por ser mujer y tenga un impacto diferenciado y desproporcionado en su condición como mujer. Las hipótesis planteadas en este elemento fueron acreditadas debido a que las conductas cometidas en perjuicio de la actora constituían un obstáculo en el ejercicio de sus funciones, motivadas en su contra por ser mujer. Aunado a ello, se encontraba en una situación de vulnerabilidad y esto generaba una afectación diferenciada frente a los hombres. Por tanto, las transgresiones resultaron desproporcionadas al restringirle mobiliario y recursos humanos para el desempeño de la regiduría.

Es importante destacar que, desde la perspectiva de la Sala Superior, la Sala de Xalapa hizo una valoración de las pruebas con perspectiva de género, atendió el deber de diligencia, invirtió la prueba hacia el recurrente por tratarse de un acto de discriminación, enlazó los indicios con la manifestación por actos de VPG para integrar prueba circunstancial de valor pleno, dio especial preponderancia al dicho de la víctima y respetó siempre la presunción de inocencia.

2. Orden de integrar una lista de personas infractoras en materia de Violencia Política de Género

Este apartado abrió con el siguiente interrogante: ¿resulta válido constitucionalmente emitir una lista de personas que cometieron VPG?

La Sala Superior determinó que sí, en virtud de que la integración de una lista de personas infractoras en materia de VPG establece un instrumento que permite verificar si un sujeto cumple con el requisito de acreditar un *modo honesto de vivir*, es decir, que en sus antecedentes de vida no existan conductas antisociales

y reprochables que atenten contra los principios del sistema democrático mexicano, lo que incluye la prohibición de violencia política por razón de género, y así poder registrarse y competir para algún cargo de elección popular.

Los magistrados advirtieron que la emisión de esta lista se justifica en el bloque de constitucionalidad, lo que contribuye a cumplir con las obligaciones de protección y erradicación de violencia contra la mujer que tienen todas las autoridades del país de conformidad con el artículo primero de la Carta Magna.

Asimismo, para el órgano juzgador estas listas son herramientas que fortalecen la política de prevención de violencia hacia las mujeres, son una medida de reparación cuya intención es una justicia correctiva que busca la transformación democrática de la sociedad.

En tal tenor, consideró que la medida adoptada por la Sala Regional Xalapa es adecuada y racional puesto que constituye un medio idóneo para erradicar la violencia contra las mujeres y plantea una relación de cooperación interinstitucional.

Por otro lado, la Sala Superior citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostiene que la restitución en casos de violencia contra la mujer a la misma situación que se guardaba antes del asunto no es admisible, porque dicha condición es precisamente una en la cual prevalece un contexto estructural de violencia y discriminación. De igual manera, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN prevé que se debe garantizar una reparación integral que considere medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y *medidas de no repetición*.

Es importante destacar que el registro de personas sancionadas por VPG es únicamente para efectos de publicidad, pues será la sentencia jurisdiccional electoral la que determine la sanción por razón de VPG. Es decir, el hecho de que una persona se encuentre en el registro no quiere decir que se desvirtúa en automático su modo honesto de vivir.

Asimismo, se ordenó modificar la sentencia de la instancia regional al estimar que la elaboración de dicha herramienta también le corresponde al Instituto Nacional Electoral (Ine), en el ámbito de su competencia, y no solamente al instituto local como había sido ordenado. Lo anterior porque el Ine tiene atribuciones constitucionales para organizar elecciones en todo el territorio nacional.

Al respecto, el Tepjf determinó que los elementos mínimos que deben contener los lineamientos son los siguientes: Ser emitidos previo al inicio del proceso electoral federal del año 2020-2021; determinar la modalidad en la que se informará de las resoluciones o decisiones en las que exista cosa juzgada de casos en que una persona ejerció Vpg; establecer el mecanismo de consulta para las autoridades electorales locales, especialmente para el registro de candidaturas; fijar la temporalidad en que deben permanecer vigentes los registros de los infractores, para lo cual se podrá considerar la gravedad de la infracción; hacer público el registro para su consulta; generar herramientas que permitan mantener actualizadas las listas de personas infractoras;; los registros creados contendrán únicamente información generada con posterioridad a su creación, en observancia del principio de irretroactividad; y el registro será únicamente para efectos de publicidad.

IV. Opiniones disidentes

En la sentencia, existe un voto particular conjunto formulado por la magistrada Jannie M. Otálora Malassis y el magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, en el cual consideraron que la creación de estas listas implica consecuencias jurídicas desafortunadas, toda vez que podría colocar a la mujeres que denuncien en mayor riesgo de sufrir violencia como una forma de represalia, no quedando claro cómo es que estas listas frenan la violencia de género e incluso desincentivando la presentación de denuncias.

Por otro lado, los disidentes consideran que no debería ser el Ine quien determine la temporalidad en que se mantendrá a una

persona en la lista, más bien esta tarea debería corresponderle al órgano judicial al momento de dictar sentencia condenatoria por VPG.

Mencionan también que las listas obedecen a una inadecuada extrapolación de políticas punitivas, puesto que se hace referencia a que en países como España y Argentina se han creado listas de personas que han cometido vulneraciones a los derechos de las mujeres, delitos contra la libertad e identidad sexual, así como de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

De igual forma se cita el caso de Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Alemania y Francia que han elaborado registros de personas declaradas culpables por algún delito de naturaleza sexual. En ese sentido, los magistrados disidentes consideraron que la referencia a estos casos es errónea porque se equipara como si fueran listas de personas que cometen delitos de naturaleza sexual y esto no es así, toda vez que se encuentran frente a actos de VPG que no constituyen delitos por ser calificados como tales en sede judicial electoral.

Para concluir señalan que las listas no son una forma de reparación, puesto que las reparaciones se centran en quienes viven las violaciones a sus derechos y la sentencia no menciona como es que ingresar a una persona a la lista, restituye el derecho violado a la víctima, es decir, no existe nexo de reparación integral entre la lista y la víctima. Por otro lado, tampoco son una garantía de no repetición, porque el hecho de que una persona sancionada por VPG se encuentre en la lista, no garantiza que se abstenga de seguir incurriendo en estos actos.

V. Conclusiones

Esta sentencia sienta un precedente importante para la protección de los derechos políticos de la mujer y para la lucha en la erradicación de la violencia por razón de género, pues nos da un claro ejemplo de cómo debe ser *el juzgar con perspectiva de género*

para brindar la más amplia garantía de derechos y así crear un ambiente de igualdad y respeto en la vida política de las mujeres.

Es menester que las autoridades se conduzcan con respeto a los derechos humanos, a la Constitución y a los principios del estado democrático mexicano, pues estas son las bases relativas al *modo honesto de vivir*. Por tanto, quien ejecute actos que actualicen VPG, estará atentando no solo contra los principios de igualdad y no discriminación previstos en la constitución, sino también contra los derechos humanos de las mujeres, incurriendo así en la causal de inelegibilidad prevista en el artículo 35 constitucional. Esto tiene como implicación que la persona infractora, si así se determina en sentencia condenatoria por el el órgano jurisdiccional competente, no podrá ser tomado en cuenta como candidato en procesos electorales mientras se encuentre en la lista.

A mi parecer, el motivo de crear estas listas va encaminado a la idea de que una persona que busca participar como candidato en la contienda electoral, se debería conducir en todo momento con respeto a las leyes y a los derechos humanos de las mujeres

Esta persona buscaría evitar ser catalogado y evidenciado como un alguien que ejerce violencia política por razón de género, porque esto pondría en riesgo su posibilidad de participar en el proceso electoral. Lo cualpermite crear un freno en el diario actuar de las autoridades para evitar la vulneración de derechos humanos y propiciar la creación de un ambiente de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, comparto la idea de que la creación de estas listas no es un mecanismo idóneo para erradicar la violencia de género. En principio, detienen los actos violentos que vulneran la esfera jurídica de las mujeres pues hace pensar dos veces a la persona que busca ejercitar esta violencia si es que busca alguna candidatura.

Sin embargo, el problema es que no fomentan una cultura de respeto e igualdad, solamente representan un freno temporal. Es decir,

la violencia por razón de género no deja de presentarse por el hecho de ser iguales ante la ley o por crear una estructura de conciencia sobre los derechos de todas las personas, deja de ejecutarse porque existe el riesgo de que a las personas que ejercen violencia política de género se les niegue el acceso a una candidatura.

Es por esto que, como no se elimina el problema de raíz y solamente se atacan los medios para ejercer esta violencia, tarde o temprano se retornará al punto de inicio y se seguirán ejecutando actos que actualicen violencia política por razón de género.

Reconozco y admiro el esfuerzo de las autoridades electorales para implementar mecanismos que ayuden a erradicar, combatir y prevenir la violencia política por razón de género, pero es necesario crear conciencia sobre la igualdad y la no discriminación, solamente de este modo se podrá garantizar una cultura y un modo de convivencia social basada en el respeto a los derechos humanos.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

La sección a continuación contiene los razonamientos generados a partir del análisis y discusión de sentencias en el ámbito nacional, internacional y comparado de diversos tribunales constitucionales regionales y nacionales alrededor del mundo, principalmente de aquellas que contienen criterios jurisprudenciales relevantes, novedosos o de cualquier forma destacados por su significado jurídico.

La libertad de expresión durante campaña electoral: Sup-Rep-594/2018 y acumulados.

Francisco Duarte Tello
Comisión de Derechos Humanos de Coahuila de Zaragoza

Sumario: i. Hechos preliminares. II. Argumentación de Sala Superior. III. Análisis de la argumentación. IV. Comentarios finales.

I. Hechos preliminares

La democracia ha constituido a lo largo de los años el sistema más adecuado para la defensa de los derechos políticos de las personas. No podríamos hablar de democracia sin hablar de la libre expresión, puesto que este constituye uno de los pilares fundamentales dentro de cualquier sistema democrático. El alcance de la mítica poliarquía propuesta por Dahl, ese ideal de democracia puede establecerse si la libertad de expresión es regulada de manera adecuada, debido a su fomento a la participación de la ciudadanía en los asuntos políticos del país y a su vez nutriendo el debate público en el Estado (Dahl 1971: 22).

México ha constituido desde el año del 2011 una reforma en la que el diseño de Estado se modifica para que las instituciones y los órganos jurisdiccionales tomen a consideración los criterios emitidos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también lo dispuesto en los diferentes tratados en que han sido ratificados por voluntad del Estado mexicano. En este sentido, la evolución de la libertad de expresión resulta relevante, puesto que la vinculación de estos criterios dentro del sistema democrático, ha otorgado una nueva perspectiva de interpretación.

La Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tuvo en sus manos un caso particular

que ha generado debate sobre los límites de la libertad de expresión. El caso ocurrió durante las elecciones a la presidencia de la República del año 2018. El día 27 de abril del año 2018, miembros del partido Encuentro Social, Jorge Alcocer Villanueva y Everardo Serafín Valencia Ramírez, denunciaron a Mexicanos Primero Visión A.C, por la difusión en radio, televisión, cine e internet, de un promocional con contenido electoral en el contexto del proceso electoral 2018 en el que se elegirían el cargo de Presidente de la República (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sre-Psc-159/2018*, 26 junio 2018)*.

En la denuncia se alegaba que el promocional denominado "¿Y si los niños fueran candidatos?" convocaba a los ciudadanos a que se inclinaran por el candidato que apoya la "transformación educativa", lo cual, se contrapone a la restricción por parte de la Constitución mexicana en su artículo 41 acerca de contratar espacios en los medios antes descritos a fin de ejercer una influencia en las preferencias electorales de los ciudadanos, además de la vulneración al principio de interés superior de la niñez.

En este sentido es importante analizar la determinación inicial de la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral, la cual declararía improcedente las medidas cautelares solicitadas por parte de los actores, con fundamento en que el promocional trataba de un asunto de interés general relacionado con la educación, por lo que dicho spot no se estaría inclinando hacia uno u otro candidato, sino más bien, generaba una contribución al debate público que tiene que conformar el sistema democrático del país.

II. Argumentación de Sala Superior

La Sala Superior al conocer el fondo del asunto, revocaría el acuerdo de la Comisión, declarando la existencia de una posible contravención al artículo 41 que prohíbe la contratación de propa-

ganda en radio y televisión, con el propósito de generar influencia en la decisión del voto.

A partir de aquí, se emitieron inconformidades hacia la determinación de la Sala Especializada, y en este sentido examinaremos estas posturas de por parte de los actores desde una perspectiva distinta, tratando de clarificar cuál es la interpretación de la libre expresión durante las contiendas electorales.

Las inconformidades por parte de los actores se fundaron en dos puntos principales. El primero de ellos, en constituir que se contrató tiempo en televisión, radio y cine para difundir lo que ellos catalogaban como "propaganda electoral" que desde su óptica claramente iba encaminada a influir en las preferencias electorales de la ciudanía.

La Sala Superior argumentó dentro de su decisión que las frases utilizadas como *"piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa*" puede tener ciertas repercusiones que tengan como consecuencia influir dentro de la mentalidad del elector debido a la situación muy específica al tomar en cuenta el factor de "propulsar la educación" (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sup-Rep-594/2018, 24 octubre 2018).

Por una parte, podemos considerar que la libertad de expresión en materia de medios de comunicación, comenzó a vincularse con la democracia al momento en que estos realizan funciones informativas y precautorias de lo que se encuentra sucediendo en el momento de las campañas electorales. Es decir, las y los ciudadanos por sí solos pueden no enterarse de lo que pasa en su ambiente político, sin embargo, estos medios de comunicación son los encargados de informarles de lo que sucede y por defecto, la contribución al debate público y participación ciudadana se verían complementadas.

Por lo tanto, estos pueden convertirse en los medios más cercanos que tienen los ciudadanos en ese momento para tomar la deci-

sión que creen correcta en relación al panorama que se vislumbra y de esta forma se da el equilibrio de derechos tanto de informar como de elegir.

La Sala Superior argumenta una posible influencia en el elector, sin embargo, esta influencia de ninguna forma puede ser comprobable. Este tribunal cita diversos instrumentos internacionales[1] que protegen el derecho a la libertad de expresión y con base a ellos y expone las dimensiones que nacen del artículo 6 y 7 constitucionales. Tal y cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido dentro de su jurisprudencia la libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual y la otra colectiva. En primer lugar, refiriéndose al espacio de libre desarrollo de cada una de las personas en relación a sus derechos fundamentales. En el segundo, refiriéndose a una que va más allá del espacio personal, trasladándose hasta los asuntos público y contribuyendo así en la toma de decisiones dentro del Estado, constituyendo una democracia representativa (Tesis P.J.25/2007, "Libertad de expresión. Dimensiones de su contenido", mayo de 2007).

III. Análisis de la argumentación

Ahora bien, cabe resaltar, que la argumentación de este primer punto por parte de la Sala Superior, se centra en respaldar el derecho de libertad de expresión dentro del ámbito político, como aquél que fortalece la opinión pública libre, y que "Consolida el sistema de partidos al igual que el desarrollo de una auténtica cultura

[1] a) En la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2000 se establece que "la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental, inalienable e inherente a todas las personas. Además, es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática". b) En el artículo 4, de la Carta Democrática Interamericana que caracteriza la libertad de expresión y de prensa como "componentes fundamentales del ejercicio de la democracia". c) el artículo IV, de la Declaración Americana, que dispone "toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio".

democrática"[2]. Sin embargo, por otro lado, tenemos la regulación hacia el modelo de comunicación dentro de nuestro sistema.

La aparición los derechos políticos tienen un valor elemental, pues es de aquí de donde nacen los principios fundamentales en la forma de constituir la cultura política de un país, y relacionarla con su ordenamiento constitucional. México, ha sido un país de muchas dificultades, tanto el proceso de creación de sus constituciones como en el ajuste de estas con la voluntad política en turno. Y ha tenido una historia muy peculiar, dentro de la evolución de su cultura política. Para este punto y haciendo un paréntesis en cuanto a la sentencia, recordemos que el país ha sido víctima de una cultura *democrática* con tintes autoritarios. La autora María Aidé Hernández[3] comenta esta situación al recordar que durante años y como bien se sabe, el diseño político del país estaba definido según una sola visión partidista como lo fue el caso del Partido Revolucionario Institucional, que durante años fungió como partido hegemónico del país. Y que ha dejado una influencia en otros Estados de la república en los que esta hegemonía si bien, no de forma nacional, si ha logrado permanecer en forma local (Hernández García 2008: 261-298).

Este contexto es importante definirlo porque al final, hay factores exteriores que interfieren en las decisiones humanas, en este caso en el de los jueces y juezas que si bien, deben de ser imparciales y lo más objetivos posible, también es una realidad que contienen ideales y pensamientos que pueden condicionar su decisión,

[2] Jurisprudencia 11/2008 de la Sala Superior "LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO citada en la propia sentencia (18 septiembre 2008).

[3] María Aidé Hernández hace una critica muy certera acerca de la evolución democrática en México en el texto "La democracia mexicana, presa de una cultura política con rasgos autoritarios". Exponiendo parte de las consecuencias que actualmente enfrentamos en nuestro sistema y relacionándolas con un poco avance de "conciencia" política que prácticamente fue nula durante más de 20 años.

o como el autor Lucio Pegoraro lo señala formantes[4] que conforman cierto *juicio* en la mentalidad de los titulares de los órganos jurisdiccionales en la medida en que el *orden* racional lógico-jurídico se organiza. Por otro lado el mismo autor señala la existencia de *criptotipos* que a diferencia de los formantes, estos actúan como elementos que alteran la concepción del derecho pero fuera de la norma positiva, por lo que las tradicionales fuentes del derecho son interpretadas y aprendidas de forma subjetiva a raíz de esta influencia (Pegoraro 2013).

En este sentido, la evolución y ambiente político como David Easton le llama, conforman un factor que puede servir como ejemplo en esta interpretación del derecho, que en México serían conformados por una cultura política de fraudes electorales, un solo partido dominante y como la propia autora lo menciona un "país democrático con tites autoritarios", tiene como consecuencia una desconfianza que orilla a tomar ciertas determinaciones (Easton 1992).

Como prueba de esto se menciona una encuesta del año de 1993 en la que la población desconocía el término democracia. La Corte Interamericana y la jurisprudencia internacional señalan que para la existencia de la democracia se necesita como requisito mínimo el realizar elecciones libres y periódicas. Lo que conlleva que México en esta perspectiva, haya tenido una experiencia negativa la mayoría de las veces y no vea en el voto una herramienta de eficacia democrática sino más bien, una regla más del juego político que legitima a los candidatos *democráticos* autoritarios.

Por tanto, es importante tomar en consideración el contexto del caso mexicano, para poder entender una posible razón a las resoluciones que emitió la Sala Superior. En primer lugar, la Sala Superior decidió establecer que el promocional se encontraba

[4] "Los formantes constituyen una expresión que indica los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento contribuyen a generar cierto orden como puede ser la doctrina y jurisprudencia" (Pegoraro 2013).

cargado de ciertas frases que tienen la intención de influir en la mentalidad de la ciudadanía. Los gestos y representación de los candidatos claramente son identificables, y contienen algunas de las frases más populares reconocibles por la comunidad electoral. La Sala además establece que la frase "piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa" es claramente centrada en un asunto de interés público como lo es la reforma educativa y de cierta forma al incluir la leyenda "la educación de tus hijos no es negociable" puede tener repercusiones que no lo puedan calificar como un *spot* neutro.

En conclusión, con este punto, la Sala Superior establece que el *post* no constituye propaganda política, sin embargo, establece que si hay contenido político-electoral y que puede incidir en las preferencias electorales de los ciudadanos lo cual está prohibido por la Constitución. Además, establece que no existió buena fe por parte de los difusores debido a que a través de medios de prueba se pudo acreditar la contratación y difusión de dicho promocional. También establece que al difundirlo no se previó sobre lo que pudo provocar puesto a que esto puede repercutir en las preferencias electorales.

Parece un tanto irónica la decisión de la Sala Superior en cuanto al primer punto. El uso de *spots* ha sido un recurrente en las campañas electorales en México, y en muchas de las ocasiones representa un requisito fundamental para transmitir los ideales políticos. La ironía resulta entonces, de tener un comercial como el del presente caso, en el que se incentiva a la ciudanía a formar parte del debate público acerca de la educación. Señalo este punto, porque la materia en cuestión no es crear —polémica o al menos así parece— sino más bien poner en representación que los niños y niñas al final de cuentas son los afectados por las decisiones de los que tienen "capacidad de razón" al emitir sus opiniones políticas.

Los niños y niñas son en cada generación que transcurre los principales agraviados por un mal diseño de Estado, por una mala aplicación de alguna política pública, algún interés político

individual y negativo para el bien común, etc. Por lo cual, es interesante reflexionar que dicho *post* tiene una finalidad más allá de tratar de *inducir* al elector a votar por uno u otro candidato. Además, el historial de difusión de este tipo no es precisamente lo más decente e imparcial que digamos.

Basta con recordar aquellos comerciales polémicos que han formado parte de nuestra televisión, radio y ahora redes sociales. Los cuales tratan de desprestigiar y señalan de forma literal por cuál candidato debes o no de votar. En este sentido, los argumentos de la Sala Superior hacen cuestionable la posición de México sobre los alcances de la libertad de expresión. Es por ello que el análisis del contexto político mexicano —sobre todo en campañas electorales—, es de vital importancia para tratar de comprender porqué la Sala Superior determinó una vulneración al artículo 41 constitucional.

IV. Comentarios Finales

La sentencia de Sala Superior si bien, logra brillar por su argumentación con base a los instrumentos internacionales, referencias de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. A consideración propia juega más con el contexto histórico de México en cuanto a los acontecimientos vividos durante la historia política. Los argumentos, son construidos no tanto en la evolución de la democracia mexicana, sino más bien, de los miedos de la democracia mexicana; fraudes electorales, polémica, autoritarismo. Y da sensaciones de buscar la prevención de una nueva mancha en la historia electoral mexicana.

De esta forma, el peso histórico de los fraudes electorales, riñas políticas sin sentido, la toma de instituciones, etc. Conforman el historial perfecto para que se trate de evitar de nueva cuenta un panorama que al menos de vista empieza a cambiar. Es así como la resolución de la Sala Superior deja un precedente importante

que no solamente nos deja una lección a nivel jurídico o de interpretación constitucional o de criterios interamericanos. Sino que también hace reflexionar la tarea del derecho por estudiar las demás ramas que pueden darle una visión más objetiva a fin de que derechos como la libertad de expresión como el autor Rodrigo Santiago Juárez determina, sea realmente un medio para que la prensa funja un carácter particular en los regímenes democráticos modernos, servir de equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho de los individuos a recibir información y enterarse de lo que sucede en los asuntos públicos, agregando a ello la contribución a una cultura política sana (Santiago Juárez 2017: 443-466).

Queda en el tiempo, comprobar si México ha aprendido de los errores cometidos dentro de su corta vida democrática, y se pone a la altura de los retos que se van formando dentro de la fila de problemáticas. Veremos si la confianza y fortaleza son la próxima tendencia dentro de las instituciones electorales, y si estas son capaces de dejar en la historia, una cultura política que ha generado una novela dramática digna de escribir, y si el Estado mexicano logra llevar su atención hacia los conflictos actuales del sistema representativo. Queda en manos de la ciudadanía y autoridades mexicanas seguir contribuyendo a la conformación de una cultura democrática saludable y dejar atrás los vicios que por muchos años nublaron el juicio de un país, que poco a poco se iba destruyendo.

Bibliografía

Dahl, Robert (1971): *La Poliarquía. Participación y oposición*, Tecnos, Madrid.

Easton, David (1992): "Categorías para el análisis sistémico de la política", en *Enfoques sobre teoría política*, Easton, David (comp.), Amorrortu, Buenos Aires.

Hernández García, María Aidé (2008): "La democracia mexicana, presa de una cultura política con rasgos autoritarios", en *Revista Mexicana de Sociología*, Velasco Cruz, José Luis

(dir.), Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 70, núm 2., 261-303.

Pegoraro, Lucio (2013): "Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo; la circulación horizontal y vertical entre formantes" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Fernández Segado, Francisco (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm 17, 257-286.

Santiago Juárez, Rodrigo (2017): "La libertad de expresión y el derecho penal", en *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos*, Barros Leal, Cesar (dirs.), Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo VI, 443-466.

AUTORES COLABORADORES

ARTÍCULOS DOCTRINALES

César Francisco Gallegos Pazmiño
Estudio Jurídico Integral (I+D)

Pamela Araceli Peralta Valiente
Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (Paraguay)

Rodrigo Brito Melgarejo
Universidad Nacional Autónoma de México

Wendy M. Jarquín Orozco
Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Bolívar Gerardo III Portugal Celaya
University Pompeu Fabra

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

José Ángel Rodríguez Canales
Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Coahuila

Juan Pablo Zapata
Dirección de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Coahuila

Juan Antonio Palomares Leal
Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito

ENSAYO

Diego A. Carrillo Torres
Subsecretaría de Derechos Humanos del Estado de Jalisco

Julia L. A. López Ramos
Subsecretaría de Derechos Humanos del Estado de Jalisco

Gerardo Ballesteros de León
Subsecretaría de Derechos Humanos del Estado de Jalisco

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Irene Spigno
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Brygida Kuźniak
Jagiellonian University in Kraków, Poland,
Head of the Chair of Public International Law,
Faculty of Law and Administration

NOTAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES

Juan Francisco Reyes Robledo
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Adriana Beatriz Salinas Cerrillo
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Felipe Rodríguez Flores
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

Juan Antonio Corral Reséndiz
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Francisco Duarte Tello
Comisión de Derechos Humanos de Coahuila de Zaragoza