



Facultad de
Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



Red de Universidades
Anáhuac

México Año 6 Primera Época Número 12

Primavera 2018.

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB

Ing. Miguel Enrique Pérez Gómez, M. A.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Absalón Álvarez Escalante
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo
DIRECTORA GENERAL

CONSEJEROS EDITORIALES

Andrés Botero Bernal

*Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander,
Colombia.*

José Antonio Caballero Juárez

*División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia
Económicas A.C., México.*

Ramiro Contreras Acevedo

*Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la
Universidad de Guadalajara, México.*

Miriam de los Ángeles Díaz Córdoba

Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México

Eduardo A. Fabián Caparrós

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Dora García Fernández

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac,
México.*

Jorge Alberto González Galván

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

María del Pilar Hernández Martínez

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

María Carmen Macías Vázquez

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

José Antonio Núñez Ochoa

*Instituto de Investigaciones Jurídicas y Posgrado, Universidad Anáhuac,
México.*

Francisco José Paoli Bolio

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México, México.*

Ruperto Patiño Manffer

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,
México.*

Rocío del Pilar Peña Huertas

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia

Luciano Carlos Rezzoagli

*Instituto de Investigación Estado, Territorio y Economía, Universidad
Nacional del Litoral, Argentina.*

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,
México.*

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México.

Ana Lilia Ulloa Cuéllar

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana,
México*

Enrique Uribe Arzate

*Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de
México, México.*

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Andrade Osorio, *Poder Judicial de la Federación, México.*

María Cristina Burgos Montes de Oca, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Iliana Galilea Cariño Cepeda, *Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, México.*

Mónica Patricia Castillo Salazar, *Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Ecuador.*

Erika Joullieth Castro Buitrago, *Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.*

Gerardo Centeno Canto, *Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, México.*

Víctor Manuel Collí Ek, *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México.*

Genny Alejandra Falcón Gual, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Carla Angélica Gómez MacFarland, *Dirección de Análisis Legislativos, Instituto Belisario Domínguez, Cámara de Senadores, México.*

Luz María Guzmán Lozano, *Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Municipio de Mérida, México.*

Alma Gabriela Lima Paul, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.*

Luis Alfonso Méndez Corcuera, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Joaquín Ordóñez Sedeño, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

Armando Peraza Guzmán, *Universidad Pedagógica Nacional, México.*

Dalia Isela Piña Alberto, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Jorge Rivero Evia, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Rebeca Rodríguez Minor, *Escuela de Negocios de la Universidad Anáhuac Cancún, México.*

Julia Ruiz Buzo, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Maricarmen Sabido Basteris, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Ángel Daniel Torruco González, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

In Jure Anáhuac Mayab, Año 6, Núm.12, Enero – Junio de 2018, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida-Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número y de la página <http://anahuacmayab.mx/injure>: Dirección de Comunicación Institucional de la Universidad Anáhuac Mayab, Mtra. Florángely Herrera Baas. Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 6 de Enero de 2019.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.

DOI digital: <https://doi.org/10.5281/zenodo.18226154>



IN JURE ANÁHUAC MAYAB
Revista de la Facultad de Derecho
Universidad Anáhuac Mayab

Estudios Jurídicos: Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

Crónica Jurídica Anáhuac: Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

Recensiones: Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

Colloquium: Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

Normas para la presentación de colaboraciones:

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados). 9

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para recensiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego. La Revista cuenta con el apoyo de pares de distintas Universidades nacionales y extranjeras que evalúan las contribuciones. Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: maria.sanchezt@anahuac.mx

ÍNDICE

Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 12

Estudios Jurídicos

El acceso a la justicia en el derecho procesal constitucional de Yucatán. Pág. 15

Jorge Rivero Evia

Algunos conceptos iusnaturalistas clásicos que podrían fundamentar la existencia y funcionamiento del juicio democrático lato sensu (JDLS) en su vertiente no jurisdiccional.

Pág. 53

Joaquín Ordóñez

Adriana Guadarrama

Organismo público específico garante de los derechos de las personas con discapacidad: obligación constitucional y convencional del Estado mexicano. **Pág. 77**

María Teresa Vázquez Baqueiro

Derechos humanos y seguridad hospitalaria en México. Pág. 106

Alma de los Ángeles Ríos Ruíz

Antonio Fuente del Campo

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE*

Director de la Facultad de Derecho

Al salir a la luz esta nueva edición de la Revista In Jure Anáhuac Mayab, nuestro país vive la experiencia inédita de un gobierno de izquierda que asume el Poder Ejecutivo Federal, respaldado por la mayoría de su partido en ambas cámaras del Congreso de la Unión, legitimados por una abrumadora mayoría, resultado de un proceso electoral democrático, pacífico y de acuerdo al marco jurídico que lo regula.

Entre muchos cambios de paradigmas que se pueden prever, durante los primeros días de su gestión, Ejecutivo y Congreso federal han impulsado procesos para realizar un conjunto de reformas legislativas, tanto de rango constitucional, como de leyes secundarias que, sin duda, irán transformando nuestro orden jurídico actualmente en vigor.

La creación de una Guardia Nacional, la eliminación del fuero, la modificación de los alcances y requisitos de la consulta popular, la estructura final de un nuevo Código Procesal Laboral, entre otros muchos temas de relevancia, con seguridad serán en un futuro próximo objeto de estudio, análisis y opinión, de los juristas que nos distinguen con su colaboración en esta revista.

En esta ocasión, nuestros colaboradores se ocupan de temas no menos importantes, que también atienden a temas jurídicos actuales, en los cuáles nos plantean aspectos de gran interés para la comunidad como lo son: “El acceso a la justicia en el derecho procesal constitucional de Yucatán”, a cargo del Dr. Jorge Rivero Evia; “Algunos conceptos iusnaturalistas clásicos que podrían fundamentar la existencia y funcionamiento del juicio democrático lato sensu (JDLS) en su vertiente no jurisdiccional”, elaborado por el Dr. Joaquín Ordóñez y la Lic. Adriana Guadarrama; “Derechos humanos y seguridad hospitalaria en México”, aportación de la Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz y el Dr. Antonio Fuente del Campo; “Organismo público específico garante de los derechos de las personas con discapacidad: obligación constitucional y convencional del Estado mexicano”, colaboración de la Mtra. María Teresa Vázquez Baqueiro. Reitero nuestra sincera gratitud

* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

a todos por aportar sus valiosos trabajos a esta nueva publicación, ya que con ello dan realce a esta edición y nos permiten continuar con la misión de contribuir a la difusión del pensamiento jurídico significativo e innovador.

Estudios Jurídicos

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE YUCATÁN

ACCESS TO JUSTICE IN THE CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW IN YUCATAN

Jorge RIVERO EVIA*

RESUMEN: La Constitución Política del Estado libre y soberano de Yucatán cumplió este 14 de enero de 2018 un centenario de vigencia. A 100 años de su nacimiento, ha experimentado diversas adiciones y reformas. Un bloque de estas sucedió en el año 2010, implementándose diversos medios de defensa de la Carta Magna local ante el tribunal superior de justicia del estado, erigiéndose en un auténtico guardián de la constitución. No obstante, la serie de garantías que conforma el derecho procesal constitucional yucateco, ha sido poco utilizado por los justificables, pues no ha sido suficientemente difundido en la sociedad, advirtiéndose en la falta de conocimiento, un obstáculo al acceso a la justicia constitucional.

Palabras clave: Constitución, Derecho procesal constitucional, Tribunales constitucionales locales, Acceso a la justicia.

ABSTRACT: The State of Yucatán commemorated on January 14th, 2018 a centennial of its State Constitution. One hundred years after its enactment, it has experienced diverse amendments and reforms. Several of these changes took place in the year 2010, with the implementation of diverse measures to defend the local Carta Magna by the State's Supreme Court of Justice, which became a true guardian of the constitution. Nevertheless, the series of warranties that make up Yucatan's constitutional law have been rarely used by its subjects, chiefly due to lack of diffusion in the community, generating a lack of awareness that has become an obstacle to accessing constitutional justice.

Keywords: Constitution, Constitutional law, Local constitutional courts, Justice access.

* Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país se estructura como un Estado federal, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que establece que dicha República será: representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior.

Dentro de ese esquema, las Entidades se organizan internamente tomando en cuenta:

- a) Las normas contenidas en el artículo 116 de la misma CPEUM (que indica que cada Estado tendrá, a su vez, una Constitución local, bajo determinadas reglas);
- b) El artículo 124 de la CPEUM que otorga a los Estados el ejercicio de todas aquellas facultades no concedidas expresamente en favor de las autoridades federales; y
- c) El numeral 41 del mismo ordenamiento, que destaca que la soberanía se ejerce por medio de los poderes de la Unión y por los de los Estados, en lo que corresponde a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la Constitución federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Ahora bien, los congresos locales posteriores a la CPEUM (1917), en ejecución del ámbito de facultades y obligaciones repartidas desde la Carta Magna Federal, no introdujeron en sus ordenamientos medios de defensa de su Constitución, sino hasta el año 2000, fecha en la cual el Estado de Veracruz dejó su impronta al respecto.

Ese vacío obedeció según Astudillo¹, al entendido de que las facultades de control de la constitucionalidad eran exclusivas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de acuerdo con los artículos 103, 105 y 107 de la CPEUM; así, automáticamente dichos ordenamientos locales quedaron a la deriva pues no existía instrumento alguno para su protección.

Ante esta situación de indefensión, un primer paso de la SCJN fue ampliar sus facultades para conocer de asuntos locales, aun cuando las disposiciones impugnadas

¹ Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 284-285.

fueran de carácter local y se refirieran a cuestiones de legalidad. Con esta operación la SCJN abarcó un ámbito carente de mecanismos que asegurasen el ejercicio regular de los órganos de poder dentro de las entidades federativas².

Así, mediante reformas constitucionales –encabezadas cronológicamente por la preceptiva veracruzana- la mayoría de los Estados de la República han positivizado diversos mecanismos de control constitucional (Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas)³.

Dichos sistemas de justicia constitucional surgidos en los ámbitos estatales, se denominan “periféricos”⁴, en tanto pertenecen al tercer orden en que se estratifica el ejercicio del poder en nuestro país, después del orden constitucional y el orden federal; su objeto es salvaguardar y tutelar sus máximos ordenamientos jurídicos.

Hoy día, las Constituciones locales no solamente contienen disposiciones orgánicas⁵ sino que también desarrollan articulado relativo al reconocimiento de derechos humanos. En relación a esto último, la tendencia contemporánea del constitucionalismo local, va más allá del reconocimiento de prerrogativas esenciales por reenvío o por reflejo⁶, pues de manera propia y directa se identifican determinados derechos no necesariamente contenidos de forma expresa en la CPEUM.

² Ello se deriva de la Tesis P./J. 98/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 703, registro 193259, bajo el rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

³ Según la SCJN. Véase: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/justicia-constitucional-local/introduccion>. Debe destacarse que la recién promulgada Constitución Política de la Ciudad de México (Gaceta Oficial de la Ciudad de México de 5 de febrero de 2017), contempla en su artículo 36, a una Sala Constitucional, incardinada en el Poder Judicial de esa Ciudad, con competencia para ejercer el control constitucional local (validez de referéndum, acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, omisión legislativa, acción de cumplimiento y recurso contra las resoluciones dictadas por los “jueces de tutela de derechos humanos” –ante quienes se ejercerá la “acción de protección efectiva de derechos”); dicha Sala se integrará por 7 magistrados. Conforme al artículo Vigésimo tercero transitorio del decreto de promulgación, el Tribunal Superior de Justicia designará a las y los integrantes de la Sala Constitucional a más tardar el 31 de enero de 2019. La Sala Constitucional se instalará al día siguiente.

⁴ Bazán, Víctor, *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer, 2014, p. 621.

⁵ La doctrina clásica ha considerado que las constituciones pueden presentar dos apartados: el dogmático y el orgánico. En la parte dogmática suelen contenerse una serie de derechos propios de los gobernados, en tanto que la orgánica es contentiva de la creación y organización del Estado (órganos de gobierno), competencias y atribuciones. Garza García, César Carlos, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Mc Graw Hill, 1997, p. 20.

⁶ La cláusula de reenvío es la técnica mediante la cual simplemente se afirman los derechos consagrados en la CPEUM y en mayor o menor medida, los contenidos en los tratados internacionales; en tanto que el sistema reflejo reproduce los derechos enunciados en las fuentes anteriores. Asimismo, existe un sistema mixto, que por un lado reenvía y por otro reproduce los derechos reconocidos en la Carta Magna Federal. Véase: Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 104.

Muestra de ello es el *derecho al deporte* (Baja California), *a casarse y fundar una familia* (Baja California Sur), *a la protección de datos personales* (Coahuila), *al aprovechamiento de fuentes renovables de energía* (Chihuahua), *a ser indemnizado por daños ocasionados por el Estado* (Colima), *a los servicios funerarios de las personas indigentes o el derecho de estudiantes distinguidos al acceso a becas* (Durango), *al honor, al crédito y al prestigio* (Hidalgo), *a la existencia digna* (Michoacán), *a conocer la información genética personal* (Nayarit), *a la formación artística* (Oaxaca), *a la convivencia* (Puebla), *a la libre investigación científica* (Sinaloa), *a donar tejidos y células y a recibir trasplantes* (Tlaxcala), *a la intimidad* (Tabasco), *al libre desarrollo de la personalidad* (Veracruz), *a la alimentación* (Zacatecas)⁷ o *al uso médico y terapéutico de la cannabis sativa, índica, americana o marihuana y sus derivados* (Ciudad de México).

En ese contexto, las constituciones locales reconocen derechos humanos, amplían los identificados por la CPEUM y desarrollan las bases del ejercicio del poder en las Entidades Federativas. Razones por las cuales se justifica la existencia de tribunales constitucionales locales, pues es menester contar con procedimientos legales que garanticen su eficacia. Ello se traduce en la importancia que genera el tema del acceso a la justicia. En específico a la justicia constitucional local.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA.

El concepto de *acceso* no ha sido siempre el mismo; ha variado conforme a las ideas imperantes en cada determinada época del desarrollo de la humanidad. Puede advertirse que existe una relación entre la evolución del concepto de *acción* y el sentido que tiene el proceso, por un lado, y el del propio acceso a la justicia, por el otro. Ello muestra una vez más la vinculación de las ideologías o las ideas filosóficas reinantes en una época y el propio concepto de proceso⁸.

Ahora bien, como afirma Sánchez Gil, el arreglo heterocompositivo de las controversias en el seno social (a través de medios procesales) persigue como objeto:

(...) impedir la anarquía que produciría la posibilidad ilimitada de ejercer la propia fuerza para sobreponer nuestros intereses a los de otras personas, aun cuando éstos fueran protegidos por el orden normativo que rige a la colectividad,

⁷ *Ibidem*, p. 105.

⁸ Marabotto Lugaro, Juan A., "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2003, núm. 2003, p. 292.

legítimamente establecido. Pero, sin perjuicio de la no menos loable función práctica de paz social que tiene la administración de justicia, la evolución política actual requiere que le sean impuestos fines más elevados que el cometido pragmático de posibilitar la existencia común de todos los individuos (...).⁹

En síntesis, Carbonell¹⁰ refiere que el acceso a la justicia supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado uno de sus derechos pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para obtener la reparación de esa violación y constituye un derecho *instrumental*, en la medida que es el medio o vehículo para hacer valer otras prerrogativas. En efecto, sería, según Marabotto: "... el medio o instrumento, culturalmente el más avanzado para que, en subsidio de la invocada aplicación espontánea del Derecho, éste pueda, con efectividad y en la realidad concreta humano- social, funcionar adecuadamente...".¹¹

Ahora bien, la doctrina consigna la pugna entre dos sectores, respecto del concepto de acceso a la justicia, pues hay quienes consideran que la justicia es simplemente un servicio público brindado por el Estado y quienes estiman que es un derecho humano.

Sagüés¹² esboza ambas posturas de la manera siguiente:

A. Para la primera postura, cobra capital importancia identificar a las personas que acceden a la justicia como "usuarios" de un servicio. La idea de los servicios a cargo del Estado como contracara de un derecho, sería un concepto que ha sufrido profundas transformaciones a partir de los siglos XVIII y XIX, en el sentido de pasar de ser una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales, a una concepción que involucra el deber estatal de proporcionar un servicio público.

B. Para la segunda, el acceso a la justicia ha ido más allá de limitarse a concebirse como un mero servicio público brindado por el Estado, pasando a sostenerse que el acceso a la justicia ha sido aceptado cada vez más como un derecho social básico en las sociedades modernas. Es el derecho humano primario de un sistema legal que pretenda garantizar los derechos, tanto individuales como colectivos.

⁹Sánchez Gil, Rubén, "El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, año V, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 240.

¹⁰ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005, p. 725.

¹¹ Marabotto Lugaro, Juan A., *op. cit.*, p. 291.

¹² Sagüés, María Sofía, "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coord.) *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, México, 2008, p. 601.

Quien escribe estas líneas se inclina por la segunda idea, pues se coincide con Sánchez Gil¹³, en el sentido de que los fines que persigue la justicia en la actualidad, deben ser vistos más allá de lo pragmático, máxime en la instancia constitucional, que pretende mantener la regularidad en el sistema jurídico, con base en la supremacía del ordenamiento fundamental.

Si se parte de sopesar el acceso a la justicia como un mero servicio público, el error en que puede caerse, consistirá en valorar el mismo sobre la base de criterios netos de “eficiencia y calidad”. Un ejemplo de esta desviación sería considerar la prestación de justicia con parámetros valorativos exclusivamente cuantitativos (cantidad de conflictos evacuados), y no cualitativos (validez de los pronunciamientos, reacción social frente a los mismos, etcétera)¹⁴.

A su vez, el estudio del derecho de acceso a la justicia, puede hacerse desde un doble plano: tanto en lo interno como en lo internacional.

En lo interno, se le identifica con el derecho de petición¹⁵; la norma fundamental mexicana así regula tal prerrogativa en los artículos 8 y 17. Es muy cierto que toda persona tiene el derecho de formular un reclamo ante la autoridad y, en el caso, ante la autoridad jurisdiccional, con la finalidad de hacer valer el derecho de que se crea asistida. En ese sentido, la acción aparece como una manifestación típica del derecho de petición¹⁶, pues resulta la llave que permite acceder a la jurisdicción y, con ello, hacer que el proceso cumpla con su finalidad instrumental: el derecho de garantía o la garantía de la garantía.

Así, resulta claro que se consagra el derecho esencial de *acudir* o de acceder a la jurisdicción para formular una pretensión; uno, el derecho abstracto a reclamar la función jurisdiccional y, el otro, el reclamo concreto de aquello que se alega le pertenece o es suyo¹⁷, y que desde la perspectiva del reclamante, constituye la auténtica justicia, en el sentido en que Ulpiano la concibió, como la voluntad firme y continuada de darle a cada quien lo que le corresponde o lo que es suyo.

En el orden internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone, en su artículo 8º, que:

¹³ Sánchez Gil, Rubén, *Loc. cit.*

¹⁴ Sagüés, María Sofía, *Loc. cit.*

¹⁵ Tesis XXII.2o.10 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, octubre de 2009, p. 1343, registro 166252, bajo el rubro: “ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y DERECHO DE PETICIÓN. SU REGULACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 8o. Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA”.

¹⁶ Marabotto Lugaro, Juan A., *op. cit.*, p. 294.

¹⁷ *Idem.*

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

En el mismo sentido se conducen los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos y 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En síntesis, el derecho de acceso a la jurisdicción o a la justicia como es más habitual llamarlo, consiste en la facultad de los gobernados a recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener la protección de sus derechos y no quedar indefensos ante su violación. Dicho en otras palabras; toda persona que mantenga un conflicto de intereses con otra, debe tener a su disposición una vía procesal por la cual un órgano jurisdiccional resuelva dicha controversia, aplicando imparcial y objetivamente el derecho que lo rija¹⁸.

1. Los límites y obstáculos al acceso a la justicia.

Los derechos (y desde luego, los fundamentales), no son ilimitados y pueden sufrir restricciones; el de acceso a la justicia no sería la excepción, admitiendo la posibilidad de que su plena eficacia fuera aminorada o de plano anulada en ciertas ocasiones. El problema, radica, según Sánchez Gil, en designar cuáles son los límites de los límites a los derechos fundamentales¹⁹.

Entendiendo por “límites” a las restricciones explícitas e implícitas propias de las formas en que una norma se puede organizar y realizar.

Flores²⁰ destaca al menos, la existencia de los siguientes límites (refiriéndose a límites de las reformas constitucionales):

a) *Absolutos*, impuestos por voluntad expresa del Constituyente y que como tales no se pueden superar al exceptuar un artículo, capítulo o título del ámbito de las reformas, y *relativos*, mismos que sí se pueden superar, ya sean: *temporales*, permitidos después de pasado cierto tiempo desde su promulgación o última reforma, o

¹⁸ Sánchez Gil, Rubén, “El caso Diego Pérez: Cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 13, enero de 2010, p. 383.

¹⁹ Sánchez Gil, Rubén, *El caso Diego Pérez...* op. cit., p. 386.

²⁰ Flores, Imer B., “Sobre los límites de las reformas constitucionales: a propósito de tres acciones de inconstitucionalidad recientes”, en Ferrer McGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *op. cit.* t. VIII, p. 845.

circunstanciales, prohibidos bajo determinadas condiciones, pero permitidos una vez que éstas ya no están presentes.

b) *Autónomos*, incluidos en la misma Constitución, como podrían ser las llamadas cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas, y *heterónomos*, incorporados por fuentes distintas al propio texto constitucional, como podrían ser los principios generales del derecho o del derecho natural.

c) *Explícitos*, formulados expresamente en el texto de la Constitución, e *implícitos*, derivados tácitamente de los anteriores, como tales también se conocen como *lógicos*.

d) *Formales*, referidos al procedimiento o la forma, y *materiales o sustanciales*, relacionados al contenido o el fondo en sí, como tales también se conocen como *axiológicos*.

Llevado lo anterior a los menesteres de la presente investigación, se observa que, en la norma positiva, es posible la existencia de ciertas restricciones al ejercicio de un derecho. Muchas son las situaciones que, en verdad, pueden frustrar o dificultar ese derecho. Ellas deben ser relevadas cuidadosamente, buscándose las mejores soluciones para superar tales obstáculos y facilitar, por ende, un *efectivo acceso a la justicia*²¹.

Por tanto, todas las disposiciones de carácter procesal deben ser interpretadas en clave de derechos humanos, actividad que es menester realizar bajo criterios antiformalistas y en el sentido más favorable a la efectividad de aquel derecho instrumental de acceso, en la protección de los derechos e intereses legítimos de la persona.²²

Así, se impide una perspectiva excesivamente formalista del legislador, la cual torna en inadmisibles a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos, producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia.

En ese tenor, las formalidades deben ser sólo aquellas que aparezcan justificadas, legitimadas y proporcionadas conforme a sus finalidades. Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben regir y aplicarse en esta materia.

Asimismo, los límites pueden tornarse en obstáculos. Sagüés²³ identifica diversas categorías de éstos, tanto objetivos como subjetivos:

²¹ Marabotto Lugaro, Juan A., *op. cit.*, p. 297.

²² Nogueira Alcalá, Humberto, "El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile", en Ferrer McGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *op. cit.*, t. IV, p. 794.

²³ Sagüés, María Sofía, *op. cit.*, pp. 604-607.

1. Obstáculos objetivos.

a. De índole económica. Los costos a tener en cuenta a la hora de prever un acercamiento al sistema judicial actúan en gran medida como circunstancias disuasivas, e incluso impeditivas de acceder a la justicia²⁴. Así, el pertenecer a un grupo desfavorecido económicamente constituye un obstáculo que limita el acceso a los mecanismos de resolución de conflictos. Como paliativo a esta problemática, no se impone, necesariamente, la obligación de plena gratuidad del servicio de justicia. Debe procurarse un equilibrio adecuado, que garantice el funcionamiento del sistema sin que se verifiquen violaciones en el acceso al mismo, de tal manera que los costos del proceso, en principio exigibles y justificados, impliquen, para determinados sectores, una disuasión o impedimento de tutelar sus derechos.

b. De índole geográfica. Puede generarse una brecha que separe al justiciable de su aspiración legítima a obtener justicia, ante la insuficiente e inadecuada distribución geográfica de los centros de resolución de conflictos. Ello un escollo al acceso a la justicia. Este punto puede revestir diversa importancia, según se analice, teniendo en cuenta su relación con los otros obstáculos mencionados. Así, por ejemplo, si bien en un primer momento puede aparecer como que la distancia geográfica ocasiona óbices en el acceso a la justicia por la incomodidad de las personas de concurrir a los centros respectivos, esta conclusión no puede desprenderse de todos los sectores sociales. Una vez más, en el caso de los sectores más desfavorecidos, la distancia geográfica implica un aumento del costo económico a que hemos aludido.

c. De índole arquitectónica. Por ejemplo, sería obstáculo de acceso a la justicia para los discapacitados la inexistencia de rampas, o bien para las personas en general los edificios de difícil acceso, etcétera.

d. De índole institucional. Existen aspectos que ocasionan la ineficiencia del sistema judicial, y de tal manera repercuten en obstáculos subjetivos, al generar la desconfianza. En este punto pueden citarse obstáculos de estructura —referentes a la inadecuada distribución o coordinación de las oficinas judiciales—, de recursos económicos

²⁴ Los aspectos pueden ser diversos, pero básicamente reúnen tres tipos de gastos: las tasas y costos de utilización de la justicia, el desembolso generado por la necesidad de asesoría legal, y los restantes costos propios de la tramitación de todo proceso, que, si bien pueden presentarse como reducidos frente a los dos citados precedentemente, sin duda afectan a los justiciables, generando en numerosas oportunidades el abandono de procesos ya iniciados.

relacionados (en recursos tanto materiales como humanos), y de posición institucional — debido a la falta de independencia del Poder Judicial—, entre otros.

e. De índole normativa. La lentitud del servicio prestado, complejidad del mismo, anacronismo de las normas procesales, etcétera, actúan como factores disuasivos del acceso a la justicia. Éstos, combinados con un factor subjetivo tal como la falta de confianza en los órganos destinados a resolver los conflictos, contribuyen a acrecentar la gravedad del problema.

f. De índole cultural. En lugares con variedad étnica, la barrera idiomática es de primer nivel, puesto que va más allá de ser un obstáculo para el acceso a la justicia, para convertirse en causa de indefensión. Este acceso también se puede ver retraído para sectores analfabetos, en virtud de la gran preponderancia de los procesos escritos.

2. Obstáculos subjetivos.

a. De índole informativa. Puede ser factor el desconocimiento por parte de los justiciables de los derechos que les asisten y de los remedios procesales de defensa. La falta de información es tal, que en algunas situaciones impide reconocer que un determinado problema en realidad es un conflicto susceptible de ser llevado a la justicia.

b. De índole perceptivo. En numerosas oportunidades la desconfianza de los sistemas de solución de conflictos existentes y brindados por el Estado genera un detrimento del acceso a la justicia. La visión del mundo jurídico como algo viciado y ajeno conlleva, necesariamente, un rechazo al acceso al sistema judicial. Entre estos aspectos puede citarse como dato representativo la problemática de la corrupción como factor de evasión del acceso a la justicia. Por ejemplo, la *victimización secundaria* es desde luego, influyente en la percepción del ciudadano respecto de la administración de justicia; en la medida en que se abata aquélla, el justiciable se acercará confiadamente a la autoridad.

III. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SUS PRINCIPALES INSTRUMENTOS.

El *derecho procesal constitucional* tiene al menos, tres significados²⁵:

- a. Por una parte, se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de

²⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et. al.*, (coords.) *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, pp. 458-461.

ellas). Así, se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales, o recientemente, de códigos procesales constitucionales.

- b. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que ejecutan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes, salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices.
- c. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho.

Es común encontrar en la literatura, además del concepto de derecho procesal constitucional, la expresión “*justicia constitucional*”.

Ambas acepciones no serían incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la *justicia constitucional* alude al conjunto de instrumentos tutelares de la Constitución que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

Ferrer Mac-Gregor²⁶ refiere que el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante, el de la naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional. En general, existen en la actualidad dos posturas divergentes. La europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”. La segunda postura, en plena formación, y que se podría denominar “corriente latinoamericana”, se viene desarrollando paulatinamente como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público con dos variantes: la que predica la “autonomía mixta”, considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso se piensa que deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los

²⁶ *Idem*.

juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Se sostiene que en atención a la última connotación, la ciencia del derecho procesal constitucional, puede seccionarse para su estudio, en dos periodos históricos, el *fundacional* y el *expansivo*²⁷.

Ferrer Mac-Gregor divide el primero de dichos periodos en cuatro fases²⁸:

- a) La *Precursora* (1928-1942);
- b) La de Descubrimiento procesal (1944-1947);
- c) La de Desarrollo dogmático procesal (1946-1955); y
- d) La de Definición conceptual y sistemática (1955-1956).

Luego de la venida abajo de los autoritarismos con la Segunda Guerra Mundial y la caída del muro de Berlín, como fruto del éxito del constitucionalismo europeo, se ha llevado a cabo una expansión de los tribunales constitucionales en diversas latitudes, así como de las ideas científicas que animan y justifican su existencia. Tal es el caso de América Latina, que vive en la actualidad ese segundo período anotado.

Así, visto como una disciplina científica autónoma, el derecho procesal constitucional ha adquirido relevancia a partir de la creación de los tribunales constitucionales²⁹ (especialmente de la Corte Constitucional austriaca de 1920) y deriva asimismo, de la sustitución paulatina de la idea de que una Constitución es una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante, compuesta por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, por la consideración de que se trata de una norma jurídica y política suprema del ordenamiento democrático de un Estado.

En efecto, el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho, supone la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales, orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, superando la concepción de la

²⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La ciencia del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2011, pp.1-2.

²⁸ *Ibidem*, pp. 43-44.

²⁹ *Ibidem*, p. 42.

pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional³⁰.

De manera muy puntual, Cascajo Castro³¹ enuncia los siguientes factores (globales) de expansión:

- Superación de la primitiva concepción mecanicista de la separación de poderes con la correlativa preferencia acordada al sistema de *checks and balances* (pesos y contrapesos).
- Difusión de las estructuras constitucionales rígidas y con descentralización interna, bien sea de base federal o regional.
- La extraordinaria fuerza expansiva del instituto del *judicial review* americano.
- Las notorias disfunciones y transformaciones que ha sufrido la institución del Parlamento.
- La crisis del positivismo legalista con una cierta correlativa euforia “pan-judicialista”, que se traduce en una relativa jurisdiccionalización de la actividad jurídica y estatal, desembocando en una función jurisdiccional con nuevos perfiles constitucionales.
- El paso de la soberanía parlamentaria a la soberanía de la Constitución: crisis de la concepción parlamentaria de la democracia y reforzamiento del principio de legalidad en todo Estado de Derecho (el deber de legitimidad constitucional).
- La búsqueda de una protección eficaz de los valores constitucionales en la democracia militante y consiguientemente, la necesidad de instrumentos que consoliden y protejan el orden establecido.

1. El derecho procesal constitucional en México. Sus principales instrumentos (garantías constitucionales).

El derecho procesal constitucional mexicano tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales establecidas en la carta fundamental vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores.

³⁰ Landa, César, “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 279.

³¹ Cascajo Castro, José Luis, “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, N° 199, 1975, pp. 151-153.

Fix-Zamudio³² destaca como las más importantes garantías constitucionales, entendidas éstas como los medios o instrumentos procesales útiles para hacer prevalecer las disposiciones de la ley fundamental, las siguientes:

A) El juicio de amparo. Considerado como una “federación” de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo. En el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos (arts. 103 y 107 de la CPEUM).

B) Las controversias constitucionales. Las posibilidades de controversia previstas por la CPEUM, cuyo conocimiento y resolución corresponde a la SCJN, pueden agruparse en tres hipótesis: I) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, la Federación frente a una entidad federativa); II) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión), y III) conflictos entre órganos de un mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un estado, o entre un estado y un municipio del mismo estado). También se prevén los conflictos entre dos órganos constitucionales autónomos, o entre uno de ellos y un órgano de un orden jurídico (Poder Ejecutivo y Congreso de la Unión), sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales (art.105, frac. I, incisos a) al I) de la CPEUM).

C) La acción abstracta de inconstitucionalidad. Esta garantía constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la SCJN, debe considerarse como una acción de carácter “abstracto”, es decir, tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere de la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico. Tiene por objeto

³² Fix-Zamudio, Héctor, “Derecho procesal constitucional (México)”, en Ferrer Mac-Guregor, Eduardo, *et al.*, (coords.), *Diccionario... op. cit.*, pp. 493-496.

el planteamiento de una posible contradicción entre una norma general y la Constitución. Se encuentran legitimados para interponerla: las minorías parlamentarias federal y locales, el Ejecutivo Federal, los partidos políticos, las Comisiones de Derechos Humanos, nacional, estatales y de la Ciudad de México, los organismos garantes del derecho del acceso a la información pública y protección de los datos personales, así como el actual Fiscal General de la República (art. 105, frac. II, incisos a) al h) de la CPEUM).

D) El control de la constitucionalidad de las consultas populares. Por adición de agosto de 2012 se incorporó al art. 35 de la CPEUM la consulta popular, la cual versa sobre temas de trascendencia nacional, y tiene la limitante sobre la restricción de los derechos humanos, principios relativos a la forma de gobierno, materia electoral, ingresos y gastos del Estado, seguridad nacional y organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente. El control de la constitucionalidad de la materia de la consulta corresponde a la SCJN, previo a la convocatoria del Congreso de la Unión.

E) Revisión de decretos sobre restricción o suspensión de derechos y garantías. De conformidad con el art. 29, párrafo quinto de la CPEUM, la SCJN se debe pronunciar de oficio con la mayor prontitud, sobre la constitucionalidad y validez de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión de derechos y garantías.

F) El juicio para la protección de los derechos político–electorales del ciudadano. Este instrumento introducido en las reformas constitucionales y legales de 1996 debe considerarse como un mecanismo paralelo del juicio de amparo, en su función principal de protección de los derechos humanos, cuyo conocimiento y resolución corresponde a las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En este juicio, los ciudadanos plantean violaciones a sus derechos de votar y ser votados en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos, de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos; adicionalmente, a través de este juicio se puede impugnar la integración de las autoridades electorales de las entidades federativas por quien cuente con interés jurídico (arts. 99, frac. V de la CPEUM, 189, frac. I, inciso e), 195, frac. IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 79 y 83 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

G) El juicio de revisión constitucional electoral. Este instrumento fue introducido por el art. 99 de la CPEUM y por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral con objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas. Su conocimiento corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores y de jefe de Gobierno del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), y a las salas regionales por actos o resoluciones definitivos y firmes con motivo de las elecciones de diputados locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ciudad de México), así como de ayuntamientos (arts. 99, frac. IV, de la CPEUM, 189, frac. I, inciso d), 195, frac. III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación.

A tales garantías, habría que agregar las atinentes al constitucionalismo local que, como se ha visto, las constituciones de las entidades federativas reconocen derechos humanos, amplían los identificados por la CPEUM y desarrollan las bases del ejercicio del poder doméstico. Por ende, se justifica la existencia de tribunales constitucionales locales, dado que es menester contar con procedimientos legales que garanticen su eficacia. A continuación, se analizará uno de tales sistemas locales, el del Estado de Yucatán.

IV. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL YUCATECO³³

Su primera manifestación es la consabida y notoria impronta del juicio de amparo en la Constitución Yucateca de 1841, obra de Don Manuel Crescencio Rejón y Alcalá, así como su posterior federalización virtud a la cruzada que emprendió Don Mariano Otero.

Sin duda alguna, la carta magna yucateca de 1841 ha sido la constitución estatal que más atención ha recibido por parte de los estudiosos, ello en virtud de que ahí se contiene el antecedente más importante del actual juicio de amparo³⁴.

³³ Véase: Rivero Evia, Jorge, "Derecho procesal constitucional (Yucatán)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et. al.*, (coords.) *Diccionario...* *Op. cit.*, pp. 522-524.

³⁴ Como es sabido, en el año de 1840, el Estado de Yucatán tomó determinadas medidas de carácter muy independiente —debido a su aislamiento del resto de la República, y al hecho de que ésta continuamente tenía problemas políticos y luchas por el poder—, y que hizo pensar en que deseaba dicho Estado separarse de la Federación. A fines de ese año, el Congreso de Yucatán conoció de un proyecto de Constitución en que se implantaba el sistema bicameral, creaba una Corte Suprema de Justicia y —siendo esto lo que importa subrayar— organizaba un control o defensa de toda la Constitución, pero tan sólo por actos de la Legislatura o del Ejecutivo. El verdadero autor de ese proyecto de Constitución lo fue el conocido jurista Manuel Crescencio Rejón y Alcalá, y dentro de él se creaba un medio de control de la constitucionalidad al cual su autor llamó:

Sin embargo, Yucatán ha tenido en su historia 5 Constituciones, promulgadas en las siguientes fechas³⁵:

- a) 6 de abril de 1825;
- b) 16 de mayo de 1841;
- c) 18 de septiembre de 1850;
- d) 25 de abril de 1862; y
- e) 14 de enero de 1918.

Esta última (la de 1918, en adelante, referida como CPY) es la que se encuentra vigente al día de hoy, si bien con varias reformas en prácticamente un siglo de vida. Corrió a la par que la CPEUM, pues entró en vigor el 15 de enero de 1918³⁶, mientras que la CPEUM lo hizo previamente, el 1º de mayo de 1917³⁷, es decir, casi ocho meses antes; ello explica en principio, por qué existen entre ambos documentos paralelismos³⁸ y semejanzas³⁹. Asimismo, la CPY remite en variadas ocasiones a la CPEUM, pues al ser

“amparo”. El artículo 8º de dicha carta es del siguiente tenor: (...) *Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de derechos garantizados por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquier funcionario que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados (...)*. Véase: Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 2000, p. 326.

³⁵ Según Gamboa Montejano (Véase: Gamboa Montejano, Claudia. Nacimiento y evolución de las Constituciones locales tomando como referencia a todas las Constituciones del México independiente, que antecedieron a la Constitución Federal actual. México, Congreso de la Unión, 2012, p. 2. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-03-12.pdf>. Recuperado el 16 de mayo de 2017.) No obstante, Campos García, refiere que: (...) *la edición conocida de las cartas escritas de Yucatán es incompleta por limitarse a editar algunas de las constituciones aprobadas, sin prestar atención a las que después del establecimiento de la Primera República Federal en 1824, denominó genéricamente como reformas, actas o estatutos otorgados, o de carácter provisional, a raíz de diversos pronunciamientos militares que se consideraron legítimos, mas no legales y que intentaron legalizar sus propias ideas políticas de reconstituir el poder y su distribución en el territorio nacional. Además, la colección citada omite reproducir, en su caso, los proyectos iniciales o iniciativas, de las consideraciones que los justificaban, los dictámenes de las comisiones de las cámaras de diputados que las sancionaron, sus reformas y codificaciones (...)*. Cfr. Campos García, Melchor, *Las Constituciones históricas de Yucatán (1824-1905)*, Mérida, Universidad Autónoma de Yucatán, 2009, pp. 16-17.

³⁶ Conforme al artículo 1o., Transitorio del Decreto Número 3, publicado en el DOGCEY de 14 de febrero de 1918, cuyo tenor es el siguiente: (...) *Esta Constitución comenzará a regir el día quince del mes en curso en que será solemnemente promulgada (...)*. Véase: <https://poderjudicialyucatan.gob.mx/publicaciones/micrositio/pdf/revistas/revista52web.pdf> pág. 22.

³⁷ De acuerdo con el artículo Primero Transitorio del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 5 de febrero de 1917, que de manera literal dice: (...) *Esta Constitución se publicará desde luego y con la mayor solemnidad se protestará guardarla y hacerla guardar en toda la República; pero con excepción de las disposiciones relativas a las elecciones de los Supremos Poderes Federales y de los Estados, que desde luego entran en vigor, no comenzará a regir sino desde el día 1o. de Mayo de 1917, en cuya fecha deberá instalarse solemnemente el Congreso Constitucional y prestar la protesta de ley el ciudadano que resultare electo en las próximas elecciones para ejercer el cargo de Presidente de la República (...)*.

³⁸ Véase: Herrera, Héctor, "Yucatán y la Federación: análisis comparativo constitucional", en "El Nexa", <http://nohoch-balam.blogspot.com/2008/01/yucatn-y-la-federacin-anlisis.html>. 21 de enero de 2008

³⁹ Muestra de ello es, por ejemplo, el artículo 39 de la CPEUM, al establecer que (...) *la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste (...)*, redacción semejante a la del artículo 13 de la CPY, que expresa: (...) *La Soberanía reside esencial y originariamente en el Pueblo; y la del Estado de Yucatán, por lo que toca a su régimen interior. Se ejerce por medio de los Poderes Públicos del Estado, los cuales dimanan del Pueblo y se instituyen en su*

Yucatán un Estado de la Federación⁴⁰, sus normas no pueden contradecir a las nacionales. También debe destacarse que en la persona del Diputado Héctor Victoria Aguilar se da la coincidencia entre uno de los Constituyentes de 1917 y de los redactores de la CPY, razón accesoria por la cual la teleología de la CPEUM trasmutó a la carta magna local⁴¹.

No obstante, durante más de siglo y medio (tomando como fecha 1841, año de la paradigmática carta magna doméstica) el sistema constitucional yucateco fue ayuno en establecer procedimientos jurisdiccionales para el control del código político local; así, la carestía de un juez constitucional, denotó la inexistencia en la entidad de una Constitución, como verdadera norma jurídica.

Siguiendo la inercia del Estado de Veracruz (2000) y de otras entidades como Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el Estado de México (2004), en el año 2010 el Congreso del Estado de Yucatán aprobó diversas reformas a la CPY, que en lo que nos atañe, dotó al Pleno del Tribunal Superior de Justicia de facultades para erigirse en un auténtico Tribunal Constitucional (en adelante TCY), con jurisdicción para conocer de procedimientos tendentes a conseguir la regularidad constitucional estatal.

Debe destacarse que actualmente el Pleno está conformado por once magistrados.

Dichos medios de control (implementados en la CPY y desarrollados en la Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Yucatán), son los siguientes: a) la Controversia Constitucional; b) la Acción de Inconstitucionalidad; c) la Acción por omisión legislativa o normativa; y d) el Control previo de constitucionalidad respecto de proyectos de ley aprobados por el Congreso.

La Procuraduría General de la República (PGR) reclamó en sendas Acciones de Inconstitucionalidad ante la SCJN (8/2010 y 11/2011), los aludidos medios de control, no

beneficio (...).
http://consejeria.yucatan.gob.mx/documentos/Constitucion_Politica_del_Estado_de_Yucatan.pdf

⁴⁰ En el artículo 43 de la CPEUM, se alude a Yucatán como una de las partes integrantes de la Federación. En ese sentido, el artículo 12 de la CPY indica que (...) *El Estado de Yucatán es parte integrante de los Estados Unidos Mexicanos y es libre y soberano en todo lo que concierne a su régimen interior, conforme a los principios establecidos en la Constitución Federal* (...).
http://consejeria.yucatan.gob.mx/documentos/Constitucion_Politica_del_Estado_de_Yucatan.pdf

⁴¹ En efecto, como redactores de la CPEUM fungieron por el Estado de Yucatán: Antonio Ancona Albertos, Enrique Recio, Miguel Alonso Romero (así se observa del documento electrónico que contiene la CPEUM, en el sitio web auspiciado por el Congreso de la Unión, visible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf no obstante, en el Diario de los Debates 1916-1917, el nombre del legislador yucateco aparece como Miguel Alonzo Romero) y Héctor Victoria Aguilar, quien en 1918 tuvo el cargo de Presidente del Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Yucatán, en funciones de Constituyente. Cfr. Romero Flores, Jesús, *Historia del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Gupy, 1985.

obstante, su validez ha sido declarada por ese Alto tribunal. A continuación, esbozaremos cada uno de ellos.

1. La controversia constitucional

Su objeto es resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes órganos de gobierno que pertenecen a órdenes distintos, así como entre órganos que forman parte del mismo orden del régimen interno del Estado, con base en lo dispuesto por la CPY, sin perjuicio de las controversias constitucionales que le compete resolver de manera exclusiva a la SCJN.

Esa confrontación competencial puede darse entre: 1. El Estado y los municipios; 2. El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; 3. Dos o más municipios del Estado, siempre que no se trate de cuestiones relativas a sus límites territoriales, y 4. Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del Estado o Municipios.

Se excluye expresamente a las cuestiones de índole electoral.

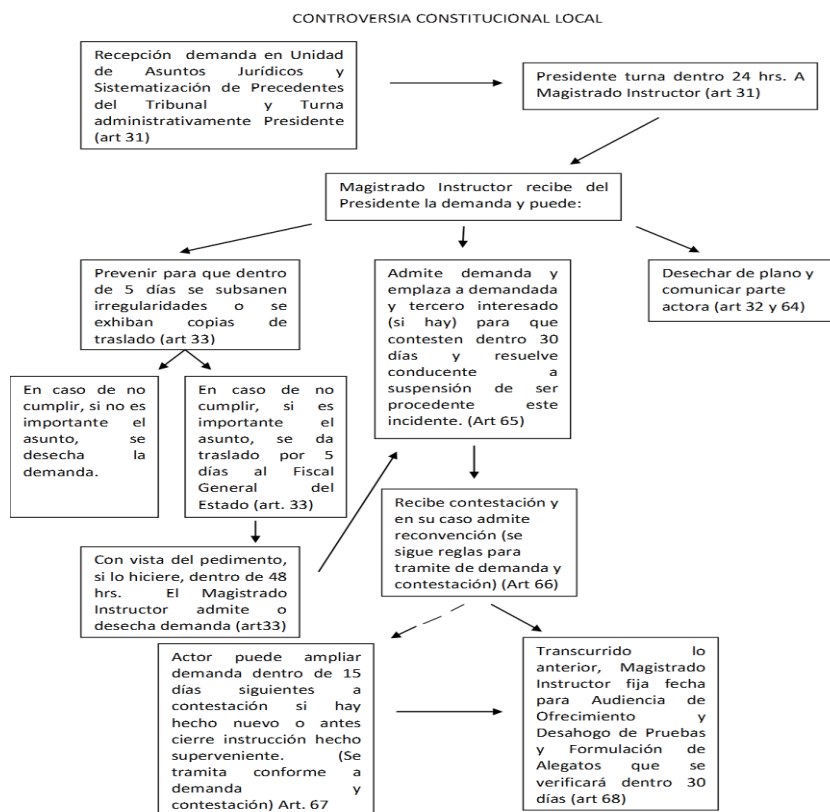
Asimismo, se considera como innovación que dos municipios de una misma entidad federativa ventilen sus diferencias ante un tribunal constitucional, pues este es un supuesto no comprendido por la CPEUM en el artículo 105, fracción I.

Cuentan con legitimación activa: el Poder Ejecutivo; el Poder Legislativo; los municipios (y sus órganos) y los organismos públicos (autónomos y otros).

A pesar de que el inciso d) del artículo 70, fracción I, de la CPY indica que la controversia podrá darse entre “Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del Estado o Municipios”, ello no legitima al poder judicial estatal para promoverlo; así como tampoco sería procedente contra actos del poder judicial, pues este es el árbitro y no puede ser juez y parte⁴².

Los plazos para promover serán: a. Cuando verse sobre actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación de la resolución; al que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al que el actor se ostente sabedor de los mismos, y b. Cuando se trate de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación o al día siguiente al que se produzca el primer acto de aplicación de la norma.

⁴² Precedente obligatorio con clave PO.TC.8.012. Constitucional, sustentado por el Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, bajo el rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE ACTOS U OMISIONES DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO”. Consultable en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2013/DIGESTUM07096.pdf>.



CUADRO 1 Controversia constitucional local

2. La acción de inconstitucionalidad

Procede contra normas de carácter general, estatales o municipales que se consideren contrarias a la CPY.

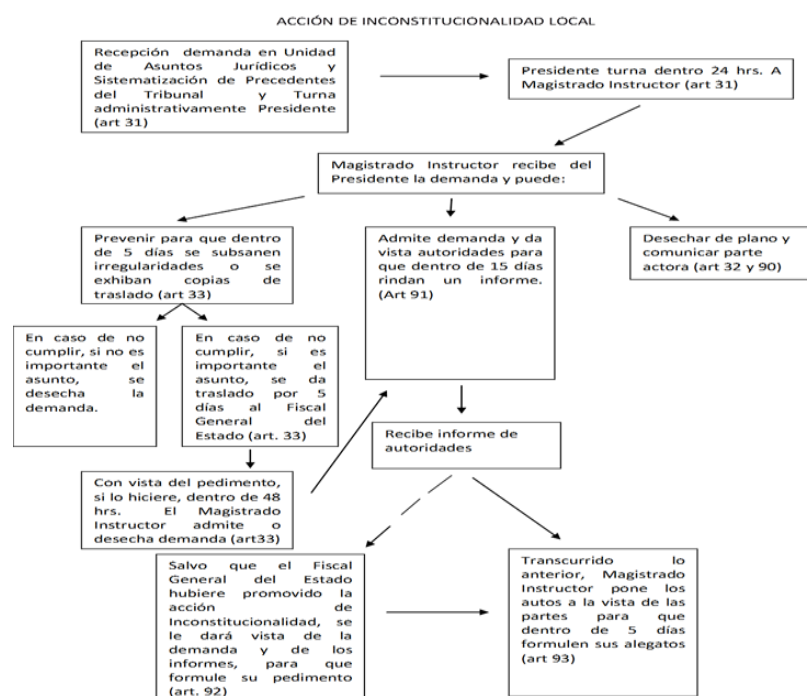
La legitimación activa recae en: a) El Ejecutivo del Estado; b) El Fiscal General del Estado; c) El 33% de los integrantes del Congreso, en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por los ayuntamientos; d) El 33% de los Regidores del municipio en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por el ayuntamiento, y e) Los organismos públicos autónomos, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia.

Llama la atención que el 33% del Congreso estatal sólo puede impugnar normas municipales aprobadas por los ayuntamientos, mas no disposiciones estatales (empero, sí puede ejercer el control previo), en tanto que el Ejecutivo y el Fiscal General no tienen ese límite; los órganos públicos autónomos, únicamente podrán activar el procedimiento cuando la norma corresponda al ámbito de su competencia.

Se considera novedoso que al 33% de los regidores se les conceda acción para impugnar normas del propio municipio.

El plazo para ejercer la acción es dentro de los treinta días naturales siguientes al de publicación de la norma.

Las resoluciones del TCY sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas al menos por las dos terceras partes de sus miembros y surtirá efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del Estado.



CUADRO 2 Acción de inconstitucionalidad local

3. La acción contra omisiones legislativas o normativas

Es un mecanismo que procede por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por la CPY el Congreso, el Gobernador y los Ayuntamientos.

El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado (es el único medio de control en donde se legitima a ciudadanos para instarlo).

Los promoventes deberán acreditar su residencia permanente en el territorio del Estado, conforme a lo dispuesto en el Código Civil de la Entidad, no siendo suficiente para ello la exhibición aislada de una copia fotostática simple de la credencial de elector⁴³.

En efecto, para satisfacer el requisito mencionado se debe de atender a lo previsto en los artículos 21 y 22 del indicado Código Civil; en consecuencia, deberá adjuntarse a la promoción inicial la constancia que acredite la inscripción de los interesados al padrón municipal de población correspondiente del Estado de Yucatán, o bien, otros medios de prueba idóneos que no sean contrarios a derecho y que adminiculados entre sí demuestren su residencia por más de seis meses anteriores al momento de la presentación del escrito inicial⁴⁴.

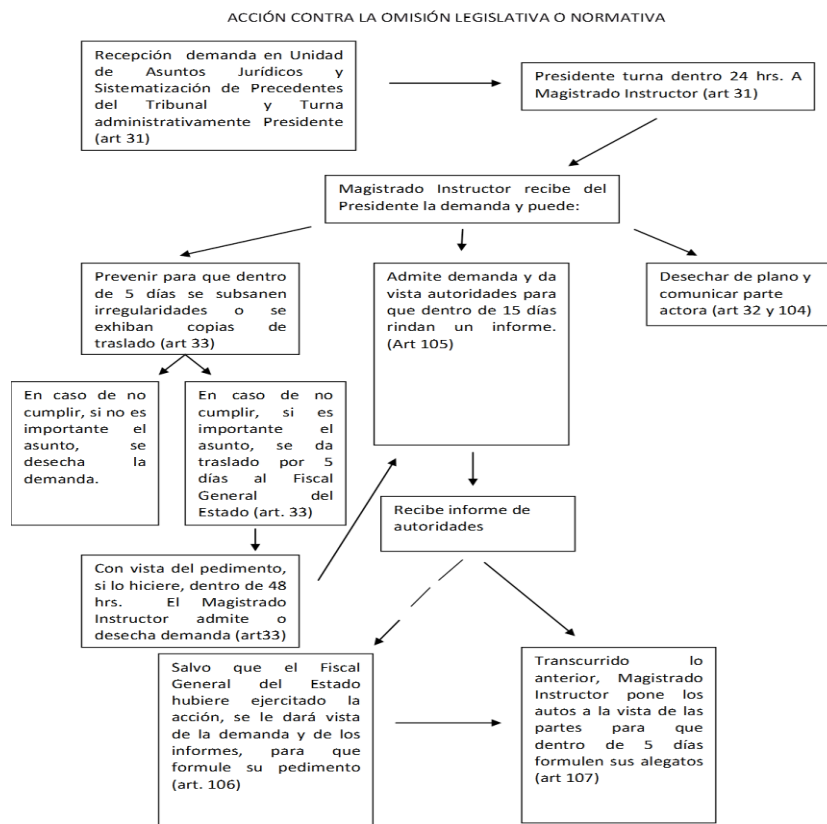
Se podrá promover dentro de los treinta días siguientes a que haya vencido el plazo otorgado para expedir alguna disposición de carácter general.

La resolución que emita el TCY y decrete la existencia de una omisión legislativa o normativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del Estado. La resolución del TCY, respecto a omisiones del Congreso del Estado, otorgará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones para que este emita la ley, decreto o acuerdo omitido.

Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

⁴³ Precedente obligatorio con clave PO.TC.14.015. Constitucional, sustentado por el Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, bajo el rubro: RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. LA CREDENCIAL PARA VOTAR NO ES EFICAZ, POR SÍ SOLA, PARA ACREDITARLA EN LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL. Consultable en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2015/DIGESTUM07177.pdf>.

⁴⁴ Precedente obligatorio con clave PO.TC.13.015. Constitucional, sustentado por el Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, bajo el rubro: RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. FORMA DE ACREDITARLA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE YUCATÁN A EFECTO DE PROMOVER LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL. Consultable en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2015/DIGESTUM07176.pdf>.



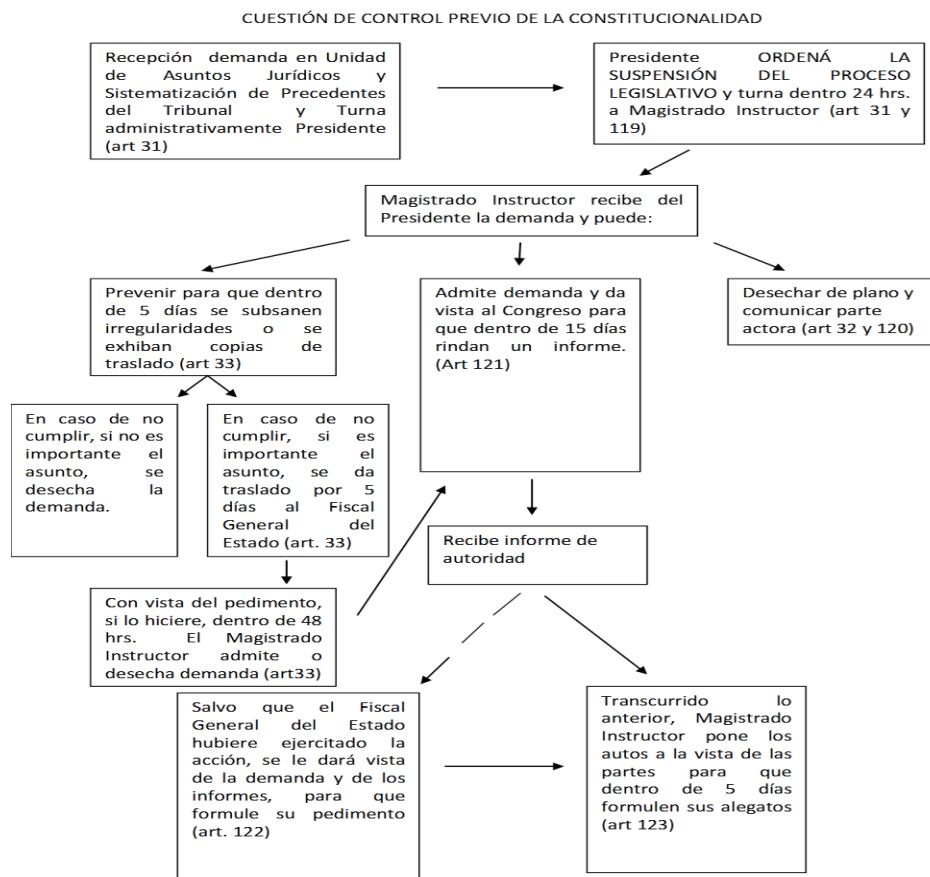
CUADRO 3 Acción contra la omisión legislativa o normativa

4. El control previo de constitucionalidad

Es procedente respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del Estado y hasta antes de su promulgación y publicación.

Se encuentran legitimados para activarlo, el Gobernador; el 33% de los integrantes del Congreso; el Fiscal General del Estado; los Titulares de los organismos públicos autónomos y los Presidentes Municipales en el ámbito de su competencia.

Las decisiones del TCY, adoptadas por medio del voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en la que estime la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del Estado, serán obligatorias para este.



CUADRO 4 Cuestión de control previo de la constitucionalidad

V. CASUÍSTICA DEL TCY

El TCY, a siete años de su creación, ha substanciado 20 asuntos, que se desgranar de la siguiente manera: 2 controversias constitucionales y 18 Acciones por omisión legislativa o normativa. Asimismo, ha emitido 16 precedentes obligatorios.

1. Las controversias constitucionales instadas ante el TCY

La primera de ellas, y que fue el primer procedimiento constitucional estatal, fue la Controversia Constitucional local número 1/2011, promovida por el Congreso del Estado de Yucatán, por conducto del Presidente de su Mesa Directiva, en contra del Ayuntamiento Constitucional del Municipio de Tinum, Yucatán. Fue declarada procedente y fundada, por acontecer una violación indirecta a la CPY, relativa a un cambio de cabecera municipal, facultad exclusiva del Congreso.

Esa decisión fue a su vez combatida ante la SCJN, vía Controversia Constitucional federal (C.C. 105/2011). La Segunda Sala de ese Alto órgano jurisdiccional sobreseyó en ese procedimiento, pues apreció que únicamente se cuestionaron aspectos de mera legalidad de la sentencia impugnada, sin hacer planteamientos atinentes a invasiones a la esfera competencial del Municipio por parte del Tribunal Superior de Justicia del Estado (un conflicto de ámbitos competenciales entre órganos, poderes o entes a los que se refiere el artículo 105, fracción I, de la CPEUM).

Es decir, se impugnó una resolución jurisdiccional derivada de un juicio constitucional local en el que el Municipio actor tuvo el carácter de demandado, y se le ordenó que regresara la sede de su Ayuntamiento a la localidad de Tinum, sin que se le pudiese asignar a las controversias constitucionales a nivel federal el carácter de recurso de apelación de lo resuelto por los Tribunales Estatales en los medios de control constitucional locales, y si bien es verdad que en la vía federal se ha establecido que se pueden analizar todo tipo de violaciones, ello sería solamente en los casos en que no hubiese una resolución jurisdiccional previa que declarase el derecho⁴⁵.

La segunda Controversia Constitucional local (1/2012), fue promovida por el Presidente del Consejo de Notarios del Estado de Yucatán, en contra del entonces Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa del propio Estado. Combatía una presunta invasión de esferas competenciales, derivada de la orden de aplicar un examen a una persona aspirante a Notario Público, emitida en un juicio contencioso administrativo.

La Controversia Constitucional fue desechada de plano por improcedente, en acuerdo del Magistrado Instructor, dado que ese medio de control no procede contra actos del Poder Judicial de la Entidad. Ese auto fue confirmado al resolverse el respectivo recurso de reclamación⁴⁶.

2. Las acciones por omisión legislativa o normativa promovidas ante el TCY

Esta especie de procedimiento constitucional local es el que más actividad le ha generado al TCY, quizás porque como se ha indicado en líneas precedentes, es el único

⁴⁵ Véase sentencia de 27 de noviembre de 2013.

⁴⁶ Véase el voto particular concurrente del Magistrado Jorge Rivero Evia, en donde se planteó una diversa causal de improcedencia, relativa a que ese tipo de procedimientos solamente pueden ser instados por órganos originarios del Estado, siendo que el Consejo de Notarios de Yucatán, al ser un órgano auxiliar del Poder Ejecutivo, carece de legitimación activa. Consultable en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2013/ejecutoria/RECURSO%20DE%20RECLAMACION%20C3%93N%2001-2012.pdf>.

que legitima a ciudadanos para ejercerlo (y no a entes políticos), por ende, esa apertura incentiva y potencia su promoción.

El primer medio de defensa constitucional de esta índole (1/2013), fue instado por una persona moral contra del Congreso del Estado de Yucatán. Se impugnó "...la omisión legislativa consistente en no incorporar al artículo 13 del Código Penal del Estado de Yucatán (Delitos Graves) el delito de feminicidio tipificado en el artículo 394 Quintus del Código Penal del Estado...".

Dicho medio de control fue sobreseído antes de sentencia, toda vez que el Congreso emitió una reforma que colmó la omisión, previo a la resolución de fondo⁴⁷.

Posteriormente, la misma persona moral y otros, promovieron diversa Acción por omisión legislativa o normativa (1/2014). En esta ocasión se le atribuyó al Congreso del Estado de Yucatán diversas omisiones derivadas de los artículos 49 y 201 del Código de Familia para el Estado de Yucatán y párrafo segundo del artículo 94 de la CPY, en relación con el matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo.

Si bien dicha Acción fue admitida por el Magistrado Instructor y se substanció todo el procedimiento, el TCY (por mayoría de 7 votos) estimó en sentencia que era improcedente dicho medio de defensa, puesto que no había una obligación expresa de legislar al respecto en la CPY. En contra de esa decisión, se promovió por los inconformes el juicio de amparo directo, del cual conoció el Tribunal Colegiado en materias Civil y Administrativa del Decimocuarto Circuito (con residencia en Mérida, Yucatán). El amparo fue negado y se instó ante la SCJN el correspondiente recurso de revisión (A.D.R. 5459/2016). La Primera Sala de la SCJN decidió desechar dicho recurso⁴⁸.

En 2015, se promovió otra Acción por omisión legislativa o normativa local (1/2015). En esta ocasión, dos ciudadanos con residencia en el Estado de Yucatán, así como una persona moral, en contra del Congreso del Estado de Yucatán, derivada de la falta de expedición de la ley reglamentaria del artículo 2 de la CPY (reparación de violaciones de derechos humanos a las víctimas).

Por acuerdo de la Magistrada Instructora se desechó esta omisión legislativa; por medio del correspondiente recurso de reclamación fue revocado el auto de desechamiento y siguió toda la secuela procedimental.

⁴⁷ Resolución del Magistrado Instructor de 2 de abril de 2014, consultable en: https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/tsj/omisiones/01-2013/09_auto_de_sobreseimiento.pdf.

⁴⁸ Según acta de sesión de 31 de mayo de 2017. Aun no se encuentra disponible el engrose de la resolución de desechamiento.

El TCY resolvió que sí existió una omisión legislativa y construyó al Congreso a emitir la norma correspondiente.

En 2017 se promovieron un total de 15 Acciones por omisión legislativa o normativa. Todos estos casos estaban relacionados con un mismo tema, pues fueron instados por diversos particulares contra varios Ayuntamientos del Estado de Yucatán, en reclamo de la omisión de contemplar una partida en el presupuesto de egresos vigente para el ejercicio 2017, a fin de pagar la obligación de carácter contingente, adquirida en ejercicios anteriores en concepto de la condena establecida a favor de los promoventes en diversos juicios laborales que se siguieron ante el Tribunal de los Trabajadores al Servicio del Estado y Municipios de Yucatán.

Todas las promociones fueron desechadas por los respectivos Magistrados Instructores con base en dos premisas: a. El presupuesto de egresos de un Ayuntamiento no es una norma general; y b. Se encontraba un procedimiento (laboral) abierto, en donde la autoridad jurisdiccional ya había empleado mecanismos de ejecución de los laudos dictados. Se interpusieron los correspondientes recursos de reclamación, en donde fueron confirmados todos los autos recurridos.

3. Los precedentes del TCY

En primer orden, debe destacarse que algunas entidades federativas, cuentan con la facultad para crear jurisprudencia⁴⁹; asimismo, esa atribución, se encuentra conferida a otros órganos diversos al Poder Judicial de la Federación⁵⁰, quien, por disposición de la CPEUM, a través de sus órganos, establece la interpretación obligatoria del sentido de las normas⁵¹. La jurisprudencia de estos órganos es considerada de *obligatoriedad restringida por exclusividad*⁵².

La obligatoriedad de los criterios, la forma de integración de las decisiones colegiadas, así como su publicación, varían de lugar en lugar, conforme a la normatividad.

En el caso de Yucatán, el artículo 64 de la CPY, según reforma publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2010, como se ha visto, establece una nueva conformación

⁴⁹ Aguascalientes; Baja California; Baja California Sur; Chiapas; Chihuahua; Coahuila; Colima; Durango; Estado de México; Guanajuato; Hidalgo; Jalisco; Michoacán; Morelos; Nayarit; Nuevo León; Oaxaca; Puebla; Querétaro; Quintana Roo; San Luis Potosí; Tabasco; Tlaxcala; Veracruz; Yucatán; Zacatecas.

⁵⁰ El Tribunal Federal de Justicia Administrativa; Los Tribunales Agrarios; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (Ciudad de México).

⁵¹ Artículo 94 (10º párrafo).- (...) *La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución (párrafo reformado DOF 06-06-2011) ...* http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf

⁵² Lara Sáenz, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*. IJUNAM, México, 1991, p. 72.

del Tribunal Superior de Justicia, ahora con once Magistrados, y entre otras cuestiones, dota a las Salas y al Pleno, de la facultad de establecer criterios obligatorios, remitiendo a los requisitos que establezca la Ley Orgánica.

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado (vigente desde el 1 de marzo de 2011), establece en su artículo 25 que el Pleno y las Salas del Tribunal Superior de Justicia podrán instaurar precedentes obligatorios, sobre la interpretación de la CPY, las leyes y reglamentos estatales o municipales, sin contravenir la jurisprudencia de los Tribunales de la Federación, derivada del artículo 94 de la CPEUM.

También, las sentencias que emita el TCY, constituirán precedentes obligatorios.

De esta forma, ante el desarrollo de la labor del TCY, podemos clasificar en tres sus líneas jurisprudenciales, a saber: a) Cuestiones de procedencia; b) Cuestiones de forma; y c) Cuestiones de fondo⁵³.

En cuanto a las *cuestiones de procedencia*, se han emitido los siguientes precedentes:

- PO.TC.1.011. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. EL PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE YUCATÁN ESTÁ FACULTADO TANTO PARA PROMOVER LOS MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL CONTENIDOS EN LA CARTA MAGNA ESTATAL EN REPRESENTACIÓN DEL REFERIDO PODER LEGISLATIVO, COMO PARA QUE, EN SU CASO, DELEGUE DICHA REPRESENTACIÓN AL SECRETARIO GENERAL, QUEDANDO A SU VOLUNTAD, EL DECIDIR SOBRE ESTA ÚLTIMA FORMA DE REPRESENTACIÓN.
- PO.TC.2.011. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. NO ES NECESARIO QUE PREVIO A LA PROMOCIÓN DE DICHO MECANISMO, EL PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE YUCATÁN TENGA QUE HACERLO DEL CONOCIMIENTO DEL PLENO DEL CITADO PODER LEGISLATIVO Y QUE DEBA DE TENER SU AUTORIZACIÓN EXPRESA PARA INSTARLO.
- PO.TC.6.012. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. LEGITIMACIÓN PASIVA AD CAUSAM.
- PO.TC.7.012. Constitucional. DESECHAMIENTO DE LA DEMANDA. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD RESULTAN COMPATIBLES CON LOS ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

⁵³Todos los precedentes del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán se encuentran visibles en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/digestum.php?tab=7>

- PO.TC.8.012. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE ACTOS U OMISIONES DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO.
- PO.TC.11.015. Constitucional. IMPROCEDENCIA MANIFIESTA E INDUDABLE. ALCANCE DE DICHA EXPRESIÓN PARA EL DESECHAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL.
- PO.TC.12.015. Constitucional. IMPROCEDENCIA MANIFIESTA E INDUDABLE. NO SE ACTUALIZA SI EL MAGISTRADO INSTRUCTOR REQUIERE HACER UNA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL.

En lo atinente a *cuestiones de forma*, se cuenta con los siguientes precedentes:

- PO.TC.9.012. Constitucional. RECURSO DE RECLAMACIÓN. SON INOPERANTES LOS AGRAVIOS QUE NO SON TENDIENTES A ATACAR LOS MOTIVOS, NI LAS CONSIDERACIONES SOSTENIDAS EN EL ACUERDO IMPUGNADO.
- PO.TC.10.012. Constitucional. SENTENCIA. NO EXISTE OBLIGACIÓN DE TRANSCRIBIR LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.
- PO.TC.13.015. Constitucional. RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. FORMA DE ACREDITARLA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE YUCATÁN A EFECTO DE PROMOVER LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL.
- PO.TC.14.015. Constitucional. RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. LA CREDENCIAL PARA VOTAR NO ES EFICAZ, POR SÍ SOLA, PARA ACREDITARLA EN LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL.
- PO.TC.15.015. Constitucional. RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ACREDITACIÓN. CONSTITUYE UNA IRREGULARIDAD SUSCEPTIBLE DE SUBSANARSE EN LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL.
- PO.TC.16.015. Constitucional. REQUERIMIENTO EN LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL. SI DE SU ESTUDIO INTEGRAL SE ADVIERTE LA RECLAMACIÓN DE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA DIVERSA A LA SEÑALADA EN EL APARTADO CORRESPONDIENTE, DEBE PREVENIRSE A LA PARTE ACTORA PARA QUE ACLARE SU PETICIÓN.

Y en lo que respecta a las *cuestiones de fondo*, tenemos:

- PO.TC.3.011. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. CONCEPTO DE CABECERA MUNICIPAL.

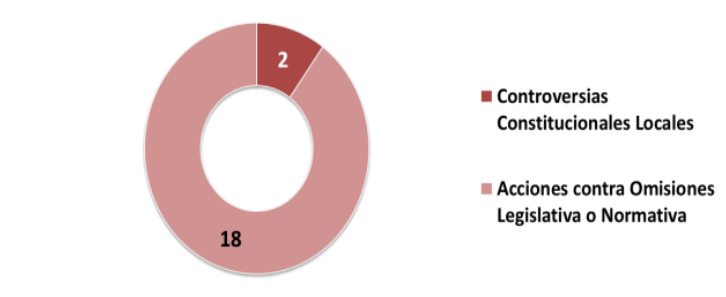
- PO.TC.4.011. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. LA CABECERA MUNICIPAL LLEVA EL MISMO NOMBRE DEL MUNICIPIO AL QUE PERTENECE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE GOBIERNO DE LOS MUNICIPIOS DEL ESTADO DE YUCATÁN.
- PO.TC.5.011. Constitucional. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. EL CAMBIO DE CABECERA MUNICIPAL ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE YUCATÁN.

VI. BALANCE Y PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE YUCATÁN

Resulta evidente el incremento de la carga de trabajo del TCY. De tener una media de 1 asunto por año (salvo 2016 en el que no se instó ningún procedimiento), en la última anualidad (2017), se han promovido 15 asuntos; la representación gráfica, es la siguiente:



De los cuatro procedimientos de control (Controversia Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad, Acción por omisión legislativa y Control previo), solamente se han utilizado dos: controversia constitucional y acción por omisión legislativa o normativa; la representación gráfica, es la siguiente:



Es el procedimiento de acción por omisión legislativa o normativa el más socorrido, pues históricamente se han promovido en 18 ocasiones. Ahora bien, es muy alto el índice de improcedencia, toda vez que solamente se ha entrado al estudio de fondo en 2 asuntos, contra 18 resoluciones de improcedencia.

Aquí conviene preguntarse varias cuestiones. A pesar del incremento de asuntos en 2017:

1. ¿Por qué no se han instado acciones de inconstitucionalidad ni procedimientos de control previo?
2. ¿Por qué la mayoría de los asuntos promovidos han sido declarados improcedentes?

Una posible respuesta a dichos cuestionamientos, es que el desconocimiento que impera en el foro yucateco, respecto de la CPY, sus medios de defensa y la existencia de un TCY, es un obstáculo al acceso a la justicia constitucional local, que evita su desarrollo óptimo, cuenta habida de la escasa carga de trabajo y el bajo índice de asuntos procedentes.

En efecto, durante el pasado mes de septiembre se verificó una encuesta, denominada “Justicia Constitucional local”⁵⁴. De manera aleatoria, se aplicaron 105 instrumentos, 80 fueron para estudiantes del último semestre de la carrera de Derecho, repartidos en 3 universidades privadas y 1 pública, todas con residencia en la Ciudad de Mérida, Yucatán; los restantes 25, se llenaron por abogados litigantes, seleccionados al azar, entre aquellos que asisten a los diversos cursos que imparte la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura del Estado; la representación gráfica, es la siguiente:

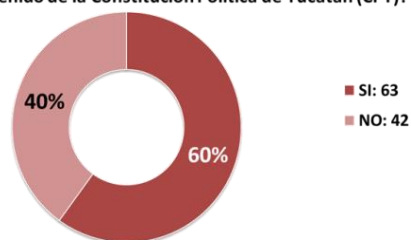


⁵⁴ La encuesta fue diseñada y aplicada como una inquietud de quien escribe estas líneas. Se seleccionó diversas universidades en donde el sustentante imparte cátedra y en la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial Estado de Yucatán. La finalidad de dicha encuesta fue averiguar porque la jurisdicción constitucional local ha sido escasamente instada, partiendo como hipótesis que ello se debe a la falta de información con la que cuenta el foro y su desconocimiento respecto de la CPY.

Se formularon 4 preguntas, con los siguientes resultados:

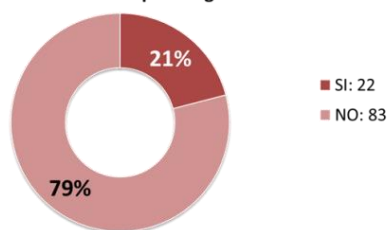
- a) ¿Conoce el contenido de la CPY? El 60% de los encuestados respondieron afirmativamente (63 personas), en tanto que el restante 40% (42 personas), contestaron de manera negativa; la representación gráfica, es la siguiente:

1.- ¿Conoce el contenido de la Constitución Política de Yucatán (CPY)?

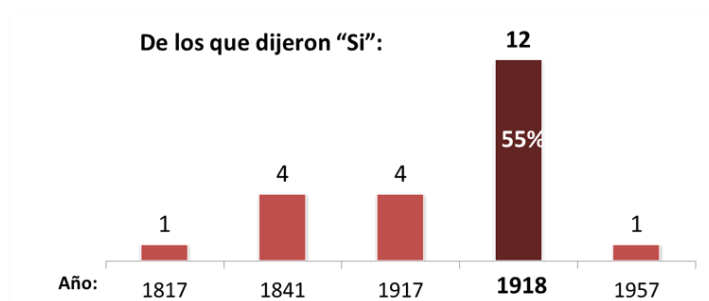


- b) ¿Sabe cuál es el año de promulgación de la CPY? El 79% de la población encuestada (83 personas) respondió que no. El 21% (22 personas) dijo que sí; la representación gráfica, es la siguiente:

2.- ¿Sabe cuál es el año de promulgación de la CPY?

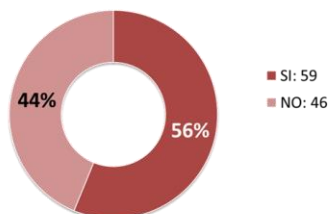


No obstante, de aquellos que dijeron “sí”, sólo el 55% (12 personas) dio la respuesta correcta (el año de 1918).



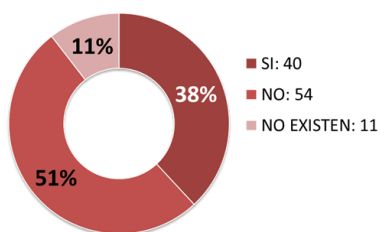
- c) ¿Sabe si el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán tiene facultades de control constitucional local? El 56% (59 personas) respondió que sí; el 44% (46 personas), dijo que no.

3.- ¿Sabe si el Tribunal Superior de Justicia de Yucatán (TSJYuc) tiene facultades de control constitucional local?



- d) ¿Conoce los medios de control constitucional local? El 51% (54 personas) contestó que no. El 11% (11 personas) dijo que no existen y el 38% restante (40 personas) respondió que sí. Sin embargo, de la población que contestó afirmativamente (40 personas), solo 1 encuestado enunció correctamente los 4 procedimientos constitucionales locales.

4.- ¿Conoce los medios de control constitucional local?



VII.CONCLUSIONES

Primera.- México dispone de un Estado Federal en su forma de gobierno. En esas condiciones, las entidades federativas cuentan con constituciones locales, que desarrollan derechos humanos y formas de organización ad hoc.

Segunda.- Es una realidad que para que una Constitución sea respetada, se requiere de medios que controlen su aplicación. La garantía jurisdiccional que ofrece el

derecho procesal constitucional es la vía idónea para incentivar que la norma no se quede en el papel y tenga eficacia refleja en el seno social.

Tercera.- El acceso a la justicia es un derecho humano “instrumental”, pues a través de aquél pueden ejercerse otros derechos “sustantivos”, todos ellos repartidos desde el entramado constitucional.

Cuarta.- Entre los diversos límites y obstáculos al acceso a la justicia, se encuentra el de la falta de información respecto de los derechos y procedimientos para hacer valer tales prerrogativas. Si bien las dificultades para acceder a la justicia en México son multifactoriales, es importante destacar que una de las más recurrentes, es la escasa difusión de la cultura jurídica⁵⁵. Y es precisamente ese obstáculo el que se refleja en la presente investigación: habida cuenta que no obstante la existencia de un Tribunal Constitucional en Yucatán, así como de cuatro medios de control, esa jurisdicción ha sido muy poco utilizada por los litigantes. Lo cual quedó evidenciado con los resultados de la encuesta aplicada que demuestra que más del 50% de los participantes –estudiantes de último grado de la licenciatura en Derecho y abogados postulantes- desconocen la existencia de instancias y procesos constitucionales locales en el Estado de Yucatán.

Quinta.- Si se desconoce una acción legal, esta no será ejercida y la norma no cumplirá con su objetivo. Por ende, resulta imperativo incluir materias relacionadas con la justicia constitucional local en los planes de estudio de las licenciaturas en Derecho que se imparten en el Estado; asimismo, las instituciones de la Entidad, encargadas de aplicar ese ámbito del Derecho, se encuentran constreñidas a difundirlo⁵⁶; más aún en esta época en donde quizás aquel sea el único polo de desarrollo jurídico en las Entidades Federativas, cuenta habida de las múltiples reformas que el artículo 73 de la CPEUM ha experimentado en la última década, que poco a poco han ido limitando la potestad soberana en legislar ciertas materias en los Estados de la Federación⁵⁷.

⁵⁵Carbonell, Miguel, *El difícil acceso a la justicia en México*, visible en <http://bit.ly/2yzYZsq> recuperado el 9 de octubre de 2017.

⁵⁶ En lo que respecta al Poder Judicial del Estado de Yucatán, las resoluciones y acuerdos que emite el TCY en la materia, se encuentran disponibles en línea en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/?page=mecanismosCC> Asimismo, con motivo de los 100 años de la promulgación de la CPY, se han organizado varios eventos, entre ellos, un premio nacional de ensayo y diversas conferencias, véase: <https://poderjudicialyucatan.gob.mx/constitucionyucatan/>

⁵⁷ Fracción XXI (para expedir: leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral. -DOF 10-02-2014, 10-07-2015-, así como la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común -DOF 02-07-2015, 05-02-2017-); Fracción XXIX-A (para expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal -DOF 05-02-2017);

Fuentes bibliográficas

- ASTUDILLO REYES, César I., *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- _____, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- BAZÁN, Víctor, *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer, 2014.
- CARBONELL, Miguel, *El difícil acceso a la justicia en México*, visible en <http://bit.ly/2yzYZsq>, recuperado el 9 de octubre de 2017.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, N° 199, 1975.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 2000.
- CAMPOS GARCÍA, Melchor, *Las Constituciones históricas de Yucatán (1824-1905)*, Mérida, Universidad Autónoma de Yucatán, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *et. al.*, (coords.) *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I.
- _____, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2011.
- _____, *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, México, 2008.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *Nacimiento y evolución de las Constituciones locales tomando como referencia a todas las Constituciones del México independiente, que antecedieron a la Constitución Federal actual*. México, Congreso de la Unión, 2012.
- <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-03-12.pdf>.

Fracción XXIX-R (para expedir las leyes generales que armonicen y homologuen la organización y el funcionamiento de los registros civiles, los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales -DOF 27-12-2013. Reformada DOF 05-02-2017-); Fracción XXX (para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar -DOF 15-09-2017-).

GARZA GARCÍA, César Carlos, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Mc Graw Hill, 1997.

HERRERA, Héctor, "Yucatán y la Federación: análisis comparativo constitucional", en *"El Nexo"*, <http://nohoch-balam.blogspot.com/2008/01/yucatn-y-la-federacin-analisis.html>. 21 de enero de 2008.

LANDA, César, "Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

LARA SÁENZ, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*. IIJUNAM, México, 1991.

MARABOTTO LUGARO, Juan A., "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2003, núm. 2003.

ROMERO FLORES, Jesús, *Historia del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Gupy, 1985.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, "El caso Diego Pérez: Cómo no se hace un examen de proporcionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 13, enero de 2010.

___ "El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, año V, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 240.

Fuentes electrónicas

Centenario Constitución Yucatán. Recuperado de:
<https://poderjudicialyucatan.gob.mx/constitucionyucatan/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf

Constitución Política del Estado de Yucatán. Recuperado de:
http://consejeria.yucatan.gob.mx/documentos/Constitucion_Politica_del_Estado_de_Yucatan.pdf

La Justicia Constitucional en nuestro país está generando un profundo cambio en los diversos órdenes del Sistema Jurídico Nacional. Recuperado de:
<https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/justicia-constitucional-local/introduccion>

MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL (resoluciones y acuerdos que emite el TCY en la materia). Recuperado de:
<https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/?page=mecanismosCC>

Resolución del Magistrado Instructor de 2 de abril de 2014, ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL: 01/2013. Recuperado de: https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/tsj/omisiones/01-2013/09_auto_de_sobreseimiento.pdf

SISTEMA-DIGESTUM. Recuperado de: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/digestum.php?tab=7>

Precedente obligatorio con clave PO.TC.8.012. Constitucional, sustentado por el Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, bajo el rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE ACTOS U OMISIONES DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO”. Recuperado de: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2013/DIGESTU M07096.pdf>

Precedente obligatorio con clave PO.TC.14.015. Constitucional, sustentado por el Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, bajo el rubro: RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. LA CREDENCIAL PARA VOTAR NO ES EFICAZ, POR SÍ SOLA, PARA ACREDITARLA EN LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL. Recuperado de: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2015/DIGESTU M07177.pdf>.

Precedente obligatorio con clave PO.TC.13.015. Constitucional, sustentado por el Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, bajo el rubro: RESIDENCIA PERMANENTE DE PERSONAS FÍSICAS EN EL TERRITORIO DEL ESTADO. FORMA DE ACREDITARLA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE YUCATÁN A EFECTO DE PROMOVER LA ACCIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA O NORMATIVA LOCAL. Recuperado de: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2015/DIGESTU M07176.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>

Tesis P./J. 98/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 703, registro 193259, bajo el rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A

CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

Tesis XXII.2o.10 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, octubre de 2009, p. 1343, registro 166252, bajo el rubro: “ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y DERECHO DE PETICIÓN. SU REGULACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 8o. Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA”.

Voto particular concurrente del Magistrado Jorge Rivero Evia. Recuperado de:
<https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/07/2013/ejecutoria/RECURSO%20DE%20RECLAMACI%C3%93N%2001-2012.pdf>

Recepción: 18 de enero de 2018.

Aceptación: 27 de noviembre de 2018.

ALGUNOS CONCEPTOS IUSNATURALISTAS CLÁSICOS QUE PODRÍAN FUNDAMENTAR LA EXISTENCIA Y FUNCIONAMIENTO DEL JUICIO DEMOCRÁTICO LATO SENSU (JDLS) EN SU VERTIENTE NO JURISDICCIONAL

SOME CLASSICAL IUSNATURALIST CONCEPTS THAT COULD BE BASED ON THE EXISTENCE AND FUNCTIONING OF THE LATO SENSU DEMOCRATIC JUDGMENT (JDLS) IN ITS NON- JURISDICTIONAL SPHERE

Joaquín ORDÓÑEZ*

Adriana GUADARRAMA**

RESUMEN. Se presenta una concepción del juicio democrático basada en algunas de las posturas iusnaturalistas vertidas en las obras: *La república* y *Las leyes* de Platón, *Ética* de Aristóteles, *Tratado de la ley* de Tomás de Aquino, *La ciudad de Dios* de San Agustín, *El espíritu de las leyes* de Montesquieu y *El contrato social* de Rousseau. Se argumenta que la existencia y funcionamiento del *Juicio Democrático Lato Sensu (JDLS)* en su vertiente no jurisdiccional tienen su fundamento en tales posturas de derecho natural, específicamente en las categorías de prudencia, templanza, justicia —y su antagónico: la injusticia—, la paz y la felicidad, con lo que también se aportan los elementos para una futura investigación de la ley democrática y la ley de la democracia y sobre un instrumento social para mejorar su práctica.

* Doctor en Derecho; Profesor e Investigador de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, miembro del Cuerpo Académico consolidado “Estudios Constitucionales” y del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel 1; ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6447-7188>; <http://www.redalyc.org/autor.oa?id=157>; correo electrónico: joaquin.o@me.com.

** Licenciada en Derecho; alumna del programa de Maestría en Ciencia Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9265-8675>; correo electrónico: adryana.g@icloud.com.

Palabras clave: iusnaturalismo, juicio democrático, democracia, teoría de la democracia.

ABSTRACT. A conception of democratic judgment is presented, based on some of the natural-law postures expressed in the works: *The Republic and Laws* of Plato, *Ethics* of Aristotle, *Treaty of the Law* of Thomas Aquinas, *The City of God* of Saint Augustine, *The Spirit of the laws* of Montesquieu and *The Social Contract* of Rousseau. It is argued that the existence and functioning of the Lato Senu Democratic Judgment (JDLS) in its non-jurisdictional aspect is based on such natural law positions, specifically in the categories of prudence, temperance, justice -as well as its antagonistic: injustice-, peace and happiness, which also provide the elements for a future research about democratic law and the law of democracy and a social instrument to improve their practice.

Keywords: iusnaturalism, democratic judgment, democracy, theory of democracy.

I. Introducción.

La democracia es una creación intelectual del ser humano para la organización de la sociedad y para la conformación del gobierno de esa sociedad. Es de manufactura humana y se aplica a la vida social cotidiana de los seres humanos al interior de un Estado. Contiene diversos instrumentos para que sea posible la formación de ese gobierno, entre los cuales se encuentran aquellos relacionados concretamente con los sistemas electorales y con algunos otros mecanismos de participación ciudadana. Asimismo, la democracia tiene por esencia algunas características que se pueden clasificar como principios y/o valores, por ejemplo, libertad, igualdad, fraternidad, tolerancia, pluralismo, diversidad, mayoría, y algunos otros que también la sustentan dentro de un sistema jurídico estatal, constitucional y democrático. También debe prever los mecanismos necesarios para la solución de los problemas sociales que se vayan presentando; uno de ellos es la función jurisdiccional como otra de las funciones del Estado⁵⁸ que debe operar con el objetivo primordial de resolver controversias.

⁵⁸ Sustentada por la clásica tesis de la división de poderes de Montesquieu (2005), quien expresó que “En cada Estado hay tres clases de poderes: por el legislativo el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre y corrige o deroga las que están hechas. Por el ejecutivo hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene invasiones y por el judicial castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares...”; en suma, el ejercicio de cada una de esas funciones es atribuido a un órgano estatal específico y distinto, con la finalidad principal de que cada uno de esos tres órganos sirva de contrapeso a las funciones de los otros dos y, por tanto, que los gobernantes no abusen del poder.

Tratándose de aspectos democráticos,⁵⁹ las formas de solucionar las controversias surgidas al interior de un Estado no se excluyen de esa función jurisdiccional y de su mecanismo procesal principal: el juicio; por lo que se pueden distinguir dos tipos de juicios: aquellos que tienen como objetivo resolver controversias que son producto de la actividad específica y concreta de organizar elecciones estatales (también llamado Juicio Democrático Stricto Sensu, en adelante JDSS) y aquellos que tienen como meta la resolución de conflictos en las demás ramas del Derecho (llamado Juicio Democrático Lato Sensu, en adelante JDLS). Lo anterior en virtud de que toda actividad jurisdiccional estatal afecta no solamente a una situación particular de los justiciables cuyo caso es sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, sino que también tiene sus efectos en toda la práctica de la democracia considerada en su sentido más amplio, es decir, como una forma de vida más que como una forma de gobierno o una estructura jurídica (lo cual constituye la vertiente no jurisdiccional del JDLS). Esto no está restringido solamente a los mecanismos e instrumentos electorales cuya función es ayudar a la conformación del gobierno y de quienes lo detentan, tampoco está restringido a los procesos sostenidos por los órganos jurisdiccionales, sino que pueden ser actos o conductas realizadas por los demás ciudadanos en los que se sancione (a través del JDLS) la actuación y conducta de otros ciudadanos que no sea acorde con la democracia.

En el caso de los JDSS's, la fundamentación se encuentra en la propia norma jurídica, ya que se habla de procedimientos jurisdiccionales establecidos en la norma sustantiva y adjetiva. Tratándose de los JDLS's referidos a procedimientos sostenidos por los órganos jurisdiccionales también está la fundamentación jurídica adecuada; sin embargo, aquellos que no son parte de un procedimiento seguido ante los tribunales no cuentan con una específica regulación jurídica,⁶⁰ por lo que dicha fundamentación se debe buscar en otro lado. Lo anterior, aunado a la necesidad de que toda conducta de los ciudadanos (sean particulares o gobernantes) tenga un fundamento⁶¹ por el que se pueda

⁵⁹ Pero la democracia no solamente consiste en la aplicación de los mecanismos de elección para la conformación de los gobiernos, sino que también tiene injerencia en todos los demás aspectos de la actividad social; por tanto, esos mecanismos de elección (y todo lo que ello conlleva) no son los únicos aspectos que se pueden y deben someter a la función jurisdiccional.

⁶⁰ Salvo algunos casos específicos en los que se regula permitiendo la intervención ciudadana para sancionar la conducta antidemocrática de las personas. Si consideramos que las características de la democracia tienen una plena incidencia en aspectos como la legalidad, entonces existen algunas conductas permitidas por la norma jurídica vigente en las que otros ciudadanos pueden (y a veces deben) intervenir para restablecer esa legalidad y, de paso, la democratización. Un ejemplo de lo anterior puede ser el deber que tenemos todos los ciudadanos de poner a disposición de la autoridad competente a aquellas personas que estén cometiendo algún delito.

⁶¹ No necesariamente iuspositivista, ya que el fundamento puede estar en otro ámbito como el sociológico o como aquel referido a la justicia, es decir, acogido por la corriente iusnaturalista.

justificar su existencia y funcionamiento. Por lo anterior, en el presente trabajo se exponen algunos conceptos iusnaturalistas con la finalidad de evidenciar su necesaria aplicación por parte de la ciudadanía y su funcionamiento al interior de un Estado que se ha visto inmerso en diversos problemas sociales como el de la inseguridad pública. La importancia de lo anterior radica en que el JDLS afecta de forma indirecta a la conformación de la práctica democrática en un Estado Constitucional, pero el sistema jurídico que lo rige es preponderantemente iuspositivista, es decir, basado mayormente en lo que está señalado en la norma jurídica formalmente creada por los órganos estatales encargados de ello; en tal sentido, la cuestión a resolver es ¿cuáles son los fundamentos iusnaturalistas que fundamentan la existencia y funcionamiento del JDLS en su vertiente no jurisdiccional?

II. El hombre como ser democrático y la democracia orientada hacia el bien común en Platón y Aristóteles.

En *La república* de Platón hay una importante referencia a la justificación del derecho desde factores no positivistas, bajo la idea de que el derecho proviene de la razón y no de circunstancias sociales, de tal manera que le atribuye a esa razón la cualidad de directriz en cuanto es productora de la prudencia como virtud. Incluso los impulsos básicos del hombre son supeditados a la razón:

¿No incumbe a la razón el mando, puesto que en ella reside la prudencia, toda vez que ejerce inspección sobre la totalidad del alma? ¿Y no corresponde a la cólera obedecer y secundarla? Esas dos partes del alma, así educadas e instruidas en su deber, regirán el apetito sensitivo, que ocupa la mayor parte de nuestra alma, que es insaciable por naturaleza...⁶²

Platón equipara al hombre valeroso con aquel que sigue las órdenes de la razón respecto a lo que es o no de temer y de ahí surge la temperancia,⁶³ cuando no hay disputa sobre la autoridad de la razón que es base de la templanza,⁶⁴ ya sea para la persona en particular o para el Estado. Seguir las órdenes de la razón es una premisa básica para la

⁶² Platón, *La República*, México, Porrúa, 2001, p. 99.

⁶³ Definida como moderación o templanza. Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario" en: <http://dle.rae.es/?id=ZQ5C1nL>, (consultado el 3 de octubre 2017).

⁶⁴ Definida como moderación, sobriedad y continencia; también como una de las cuatro virtudes cardinales que consiste en moderar los apetitos y el uso excesivo de los sentidos sujetándolos a la razón. Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario" en: <http://dle.rae.es/?id=ZQm69KL> (consultado el 3 de octubre de 2017).

actuación de las personas en sociedad, ya que la conducta depende de la ideología personal y de la forma de ver y de calificar las situaciones que surgen en la misma, pero esto es así cuando no existe discusión alguna sobre la autoridad de la razón; sin embargo, para que la razón pueda tener la autoridad suficiente de dictar la conducta de las personas es requisito que en ella resida la prudencia,⁶⁵ lo cual cambia drásticamente la percepción que se tiene sobre la razón como reguladora de la conducta humana, dejando esa importante función solamente para aquellos poseedores de la razón prudente. No obstante, Platón da por confirmado que la prudencia reside en la razón y por tal motivo a ésta le incumbe el mando y a la cólera⁶⁶ obedecer y secundarla. En tal sentido, considerando que la razón es una de las características del ser humano, y si en la razón siempre reside la prudencia, entonces se puede considerar que la prudencia es una cualidad de todos los hombres; sin embargo, de una simple revisión a la realidad social se puede constatar que esto no es así, al menos desde el punto de vista de la práctica y de la conducta de los hombres en sociedad. Tal vez por eso Platón insinúa que esas dos partes del alma, es decir, razón y cólera, deben ser instruidas cada una en su deber: la razón mandar y la cólera obedecer y de esa manera regir el apetito sensitivo que es insaciable por naturaleza. Ahora bien, para Platón no solamente son importantes los actos externos del hombre, sino que también importa lo interior, ya que el alma es la que contiene esas características del hombre que están regidas por la razón y que si cumplen con sus respectivas funciones entonces puede haber justicia:

[...] la justicia [...] no se detiene en los actos externos del hombre, sino que regula lo interior del mismo, no permitiendo que ninguna parte de su alma haga otra cosa que aquello que le es propio, y prohibiéndoles que recíprocamente se usurpen sus respectivas funciones. Quiere que el hombre, después de haber señalado debidamente a cada cual las funciones que propiamente le incumben, después de haberse hecho dueño de sí mismo, después de haber establecido orden y concordia entre esas tres partes, de haber puesto entre ellas un acorde perfecto [...] quiere que entonces comience a obrar el hombre, ya se proponga acumular riquezas, ya

⁶⁵ Definida, en primer término, como templanza, cautela o moderación y también como sensatez y buen juicio, haciendo referencia a que la prudencia es una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguir o huir de ello. Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario" en: <http://dle.rae.es/?id=UVD3hKe> (consultado el 5 de octubre de 2017).

⁶⁶ Definida como ira, enojo o enfado. Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario" en: <http://dle.rae.es/?id=9ITRnmPj9IWWVSE> (consultado el 6 de octubre de 2017).

cuidarse de su propio cuerpo, ya acogerse a la vida privada, ya intervenir en los asuntos públicos; que en todas esas circunstancias dé el hombre acción justa y hermosa a toda acción que haga nacer y mantenga en él ese hermoso orden y el nombre dé prudencia a la ciencia que preside las acciones de esa naturaleza[...]⁶⁷

Son dos los ámbitos en los que se hace notar la justicia como cualidad del hombre que incide en sus actos: interior y exterior. Primero debe el hombre trabajar en perfeccionar la justicia en el ámbito interior, en donde tiene que poner orden y tiene que establecer con claridad las prioridades del alma, es decir, de su pensamiento e ideología, lo cual lo hará dueño de sí mismo. Después, ya habiendo satisfecho lo anterior, es decir, siendo justo al interior, debe comenzar a ser justo en el exterior, lo que implica que en todos sus actos (cualesquiera que estos sean) debe haber justicia, misma que se traduce en orden concreto de las cosas y en el ejercicio de la prudencia en su ejecución. Y, por el contrario, al ser diferente el pensamiento y la acción que rijan al hombre su acción será, entonces, calificada de injusta:

[...] y que, por lo contrario, llame acción injusta a la que destruya en él ese orden, e ignorancia a la opinión que presiden semejantes acciones [...] Réstanos ahora, me parece, examinar qué sea la injusticia [...] ¿Es acaso otra cosa que una sedición entre las partes del alma, que se dirigen a aquello que no es de su incumbencia, usurpando ajeno oficio; una sublevación de una parte contra el todo por abrogarse una autoridad que no le pertenece, porque está naturalmente hecha para obedecer a aquello que está hecho para mandar? De ahí, diremos, de ese desorden y de esa perturbación nacen la injusticia y la intemperancia. La cobardía y la ignorancia. En una palabra, todos los vicios [...]⁶⁸

La causa de destrucción del orden es la injusticia y las ideas que sustentan esa destrucción del orden es la ignorancia, ambas, junto a la intemperancia y la cobardía son causa de todos los vicios. Por ello, Platón dice que la prudencia reside en la razón y la razón debe controlar el alma; también el hombre es calificado de valeroso cuando su alma sigue las órdenes de la razón. El Estado y el hombre serán justos cuando sean prudentes y temperantes, ya que tanto en el hombre como en el Estado las virtudes de prudencia y

⁶⁷ Platón, *La República*, op, cit, pp.100-101.

⁶⁸ Ibidem, p.101.

templanza determinan la justicia y del desorden del alma nace la injusticia, la intemperancia y todos los vicios. De esto se concluye que todo aquello que el hombre haga lo debe hacer con base en una acción justa.

Los valores de la democracia (libertad, igualdad, tolerancia, etc.) están relacionados a los conceptos de Platón, ya que la prudencia reside en la razón y el hombre es valeroso (democrático) cuando su conducta sigue las órdenes de esa razón. El hombre democrático es aquel que no incurre en los apetitos irracionales del alma y que no permite que los demás incurran en ellos. El hombre será justo cuando haya prudencia en su actuar, es decir, que haya sensatez y buen juicio y, como una de las cuatro virtudes cardinales, que sepa discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello; lo anterior también aplica para el Estado, ya que esas dos virtudes (prudencia y templanza) determinan la justicia y todo aquello que el hombre haga, lo debe hacer con base en una acción justa. Por el contrario, la injusticia es un desorden en cuanto a la directriz que debe sostener la razón prudente del ser humano con relación a sus actos, ya que la razón, con la prudencia como instrumento innato a ella, debe guiar los apetitos (alma) y los impulsos irracionales del hombre, como las acciones ilegales y antidemocráticas que son una problemática en una sociedad. Por tanto, una acción justa del hombre es aquella que está congruente con los principios y valores de la democracia.

Por otro lado, en la obra *Las leyes* de Platón, en su libro I, se analizan los siguientes conceptos: el mayor bien, la paz, la acrisolada virtud, la prudencia, la templanza, la justicia, el deber del legislador y el juicio de la razón:

¿No es consultando al mayor bien, como todo legislador debe formar sus leyes? [...] El mayor bien para un estado no es la guerra ni lo es la sedición [...] sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos [...] Todo legislador un poco hábil [...] no se propone otro objeto que la más acrisolada virtud, la cual [...] no es otra que una fidelidad que pueda llamarse con razón justicia perfecta [...] en el orden de los bienes divinos, el primero es la prudencia, después viene la templanza, y de la mezcla de estas dos virtudes y de la fuerza es la cuarta. Estos últimos bienes merecen por su naturaleza la preferencia sobre los primeros, y es un deber del legislador el conservársela⁶⁹ [...] la razón preside a todas estas pasiones, y ella

⁶⁹ Platón, *Las leyes*, México, Porrúa, 1998, pp. 16-18.

declara lo que tienen de bueno y de malo; y cuando el juicio de la razón se convierte en una decisión general para un Estado, entonces toma el nombre de ley [...]⁷⁰

Es indiscutible que el propósito supremo del legislador es crear leyes tendientes al logro u obtención del mayor bien para los miembros de un Estado y es también difícil de discutir que la paz sea uno de los mayores bienes (si no, el mayor) para un Estado. En este aspecto, la más refinada virtud viene a ser lo que Platón llama la justicia perfecta. Prudencia y templanza junto a la fortaleza, producen justicia, las cuales deben ser conservadas por el legislador y consideradas para crear las leyes. La ley es una decisión general producida por el juicio de la razón que controla todas las pasiones, y la conducta de los hombres debe ser congruente con ellas si se pretende ser justos. En tal sentido, no es excepción que las leyes (democráticas y de la democracia) deban, en su manufactura por parte del legislador, contener precisamente esos fines relacionados con el mayor bien, en específico la paz. Y cuando esta última es perturbada por alguno de los miembros de la comunidad estatal, los demás miembros (quienes sean poseedores de las características y cualidades de la democracia), tienen el deber de democratizar, lo cual se hace por medio de un juicio democrático.

Ahora bien, Aristóteles en su obra *Ética*, libro V titulado ‘De la justicia’, en su parte inicial, destaca quién debe ser calificado de justo y de injusto, considerando respectivamente al observante de la ley y al transgresor de la misma y concluye con la idea de que todas las cosas legales son justas, incluidos todos los actos, ello en razón de que están previstos por la ley; esto es precisamente una de las características de la legalidad:⁷¹ “Dado que al trasgresor de la ley lo hemos visto como injusto y al observante de la ley como justo, es claro que todas las cosas legales son de algún modo justas. Los actos definidos por la legislación son legales, y de cada uno de ellos decimos que es justo [...]”.⁷² Asimismo, las leyes son creadas para favorecer el interés común —premisa que sigue estando vigente hasta nuestros días— y la democracia plasmada en las leyes debe también estar diseñada para ese bien común. También, lo justo es lo que produce y protege la felicidad y todo lo que a ella concierne dentro de una comunidad política:

⁷⁰ Ibidem, p. 29.

⁷¹ El principio de legalidad establece que las autoridades pueden hacer lo que la ley les manda, mientras que los particulares pueden hacer lo que la ley no les prohíbe; por tanto, esta afirmación de Aristóteles puede ser considerada una de las bases del referido principio de legalidad.

⁷² Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, México, Porrúa, 2004, p. 79.

Así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Porque la ley prescribe justamente hacer los actos del valiente, tales como no abandonar las filas, ni huir, ni arrojar las armas; y los del temperante, como no cometer adulterio ni incurrir en excesos; y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie, y lo mismo en las otras virtudes y fechorías, ordenando unas cosas, prohibiendo otras [...]⁷³

La ley prescribe hacer los actos del valiente y del temperante, los cuales deben alentarse y protegerse. Es decir, todos aquellos actos que, aunque dotados de cierta diferencia respecto a los actos de las demás personas, si corresponden a la valentía y si coinciden con aquellos del temperante y los del 'varón manso', entonces son actos legales que deben ser producidos y protegidos por la ley y también por los otros ciudadanos democráticos. Tal vez en ese actuar valiente, temperante y manso, el ciudadano tenga necesidad de adoptar una actitud contrastante frente al injusto (que es aquel que no respeta la ley o cuyos actos no están acordes con la misma), lo cual nos llevaría a un juicio democrático legal por estar dentro de los parámetros de la ley. Por tanto, está permitido y es hasta deseado que el ciudadano adopte esas actitudes frente al que no respeta la ley.

En el apartado II, de esta misma obra se encuentra lo siguiente: "La ley ordena vivir según cada una de las virtudes, así como prohíbe vivir según cada vicio en particular. Y los actos que producen la virtud total son también de la competencia de las leyes. O sea, todas las prescripciones legales relativas a la educación para el bien común [...]"⁷⁴ lo anterior significa que la ley tiene por objeto la virtud total y el bien común. Pero no se agota ahí la idea plasmada, ya que también hace mención de la educación para el bien común: que se sepa y se aprenda por parte de la ciudadanía las reglas legales, las virtudes ordenadas en dichas reglas y también que cuando la conducta y las acciones de los ciudadanos sean ajustadas a esto, deben ser protegidas.

En el apartado VII el autor dice: "De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente [...]"⁷⁵ lo que significa que lo justo puede ser natural y legal y lo justo natural tiene la misma fuerza en todas partes,

⁷³ *Ibidem*, p. 79.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 90.

es decir, es universal, mientras que lo justo legal es indiferente, ya que es una creación artificial del ser humano.

De este autor se pueden destacar los conceptos de interés común, virtud total, bien común, lo justo natural y lo justo legal; conceptos que están relacionados con la esencia de la legalidad y también de la democracia, ya que esta última significa, en principio, que se deben respetar las leyes establecidas para después poder partir hacia una acción en la que se puede escoger a los ocupantes de los cargos públicos. También esos conceptos son sustentadores del juicio democrático, ya que lo justo legal se resguarda con la observación y vigilancia de las demás personas y con su acción destinada a proteger eso que es justo y legal, como lo democrático.

III. La razón como fundamento del respeto a la ley y la paz como producto de la obediencia de la ley democrática en Tomás de Aquino y San Agustín.

El iusnaturalismo también se fincó sobre concepciones de carácter religioso y en el cual tuvieron mucha influencia algunos teóricos de la iglesia, ente los cuales resaltan Santo Tomás de Aquino y San Agustín, quienes coincidían en algunos aspectos relacionados con el derecho y su origen divino. El primero de ellos, en el *Tratado de la ley*, capítulo I titulado 'Sobre la esencia de la ley', (I, II, cuestión 90), artículo 1 titulado 'Si la ley pertenece a la razón', se encuentra lo siguiente:

[...]la ley es una cierta regla y medida de los actos en cuanto alguien se mueve por ella por actuar o por ella se abstiene de una acción; pues la ley viene de "ligar", porque obliga a actuar (...) Pues es propio de la razón ordenar a un fin, y esto (...) es el primer principio de los actos, y en todo género de cosas, así como por ejemplo la unidad en el género de los números y el primer movimiento en el orden del movimiento. De ahí se sigue que la ley es algo que pertenece a la razón [...] ⁷⁶

Es propio de la razón ordenar a un fin, ya que la razón es la regla y medida de los actos del propio hombre y la ley hecha por el hombre pertenece a la razón. Todas estas son posturas en las que se privilegia la posición de la razón en cuanto a la creación de la ley y, sobre todo, en cuanto al fundamento del respeto a la ley, es decir, la ley característicamente democrática. Asimismo, se debe tener en cuenta que la democracia se

⁷⁶ Tomás de Aquino, *Tratado de la ley*, México, Porrúa, 2004, p. 4.

plasma a través de la ley, es en la ley donde se vacía el contenido de los principios democráticos y es en la misma ley donde se establecen los instrumentos para que la democracia pueda ser concretizada al interior de un Estado, es decir, la ley propiamente de la democracia. Por ello, la ley —y sus postulados y elementos— es indispensable para la democracia. Así, el respeto a la ley que contiene tales postulados y principios es, al final, una forma de respetar y acatar a la propia democracia y es también una forma de ser democrático. La manera en la que los ciudadanos pueden cumplir con la democratización y con el deber de ser individuos que actúan democráticamente, se concreta con el respeto a la ley en particular (es decir, la que postula lo relacionado con el régimen democrático) y con el respeto a la ley en general (lo anterior en virtud de que también el principio de legalidad es uno de los elementos importantes de la democracia).

Por otro lado, el concepto de felicidad, aunque ha sido considerado como una idea más utópica que de concreción en la realidad social y estatal, lo cierto es que los teóricos la han considerado como el punto de partida para el análisis del funcionamiento de un determinado Estado. Al respecto, las ideas de Tomás de Aquino no son la excepción, ya que en el artículo 2 titulado ‘Si la ley ordena siempre el bien común’, de la obra referida, se encuentra lo siguiente:

[...]el fin último de la vida humana es la felicidad o gozo, como se ha dicho antes. Luego es necesario que la ley ante todo se dirija al orden de la felicidad. Además, como toda parte se ordena a la totalidad, como lo más imperfecto se ordena a lo más perfecto, así como uno es parte de una sociedad perfecta, es necesario que la ley propiamente se dirija a la felicidad común [...] dirigiéndose la ley al bien común, todo otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley si no se ordena al bien común. Y por consiguiente toda ley se ordena al bien común [...] ⁷⁷

Incluso más allá: todo acto particular, no necesariamente fundamentado en algún precepto, carece de legitimación (o razón de ley, para utilizar el vocabulario del autor) si no tiene como finalidad la felicidad común, y la ley (democrática en su conformación y en su objeto) tiene como finalidad el orden de la felicidad y el bien común y cualquiera de esos actos particulares que no sean acordes con el bien común no son democráticos y deben ser observados, vigilados y regulados por personas que sí lo sean; lo anterior tomando al

⁷⁷ Ibidem, pp. 5-6.

JDLS como instrumento para realizarlo. La felicidad también es parte del bien común y es otro de los elementos sociales que se consideran en relación a la paz social de un Estado, tanto que en el artículo 3 titulado 'Si la razón de cualquier particular puede constituir una ley', el autor manifiesta la estrecha relación entre la ley y el bien común y también la relación entre los que están involucrados en el fin de la ley y los creadores de la misma, como una trayectoria circular en la que el diseñador de la ley es su propio destinatario:

[...]La ley, ante todo y principalmente, mira al bien común. Y al ordenar todo al bien común es propio o de todo el pueblo o de quien toma la representación del pueblo. Y por tanto el hacer la ley es propio o de todo el pueblo o de la persona pública que tiene a su cuidado la dirección de toda la comunidad. Porque en todas las cosas quien debe ordenarlas a un fin es aquel a quien pertenece dicho fin [...]⁷⁸

El bien común es propio de todo el pueblo y quien debe ordenarlas a un fin es aquel a quien pertenece dicho fin, por lo que la manufactura de la ley le corresponde al pueblo o a quien representa al pueblo. En el capítulo II 'Sobre los distintos tipos de ley' (I, II, cuestión 91), artículo 1 titulado 'Si se da una ley eterna', se puede leer lo siguiente:

Hemos dicho ya que la ley no es otra cosa sino el dictamen de la razón práctica de parte del soberano que gobierna una sociedad perfecta. Pero es claro que, siendo el mundo gobernado por la providencia divina, toda la comunidad del universo está regida por la razón de dios. Y por consiguiente la misma razón que gobierna todas las cosas tiene carácter de ley, siendo de dios como de un soberano del universo [...]⁷⁹

Esto significa que el universo está regido por la razón de Dios que gobierna todas las cosas y que la razón de Dios tiene carácter de ley y es llamada Ley Eterna. Pero lo que importa del texto citado es la aseveración sobre lo que la ley es: el dictamen de la razón práctica del soberano que gobierna una sociedad perfecta, ya que lo siguiente es la referencia divina a la que hace mención el autor. Ese dictamen de la razón práctica es una manera de ver la regulación normativa al interior de un estado, bajo la óptica de una practicidad, de una manera de hacer las cosas concretada en la realidad y con un impacto

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ibidem, p. 9.

en ella. En el artículo 2 titulado ‘Si se da en nosotros una Ley Natural’, se puede leer lo siguiente: “[...]la ley puede considerarse de dos maneras, ya que es regla y medida: como está en quien mide y regula y como está en lo medido y regulado; porque lo regulado y medido lo está en cuanto participa de la regla y medida [...]”.⁸⁰ Lo regulado y medido lo está en cuanto participa de la regla y medida, esto significa que quien posee las virtudes puede ser también aquel que las califique, quien sea justo puede infundir justicia en sus actos y exigirla en los actos de los demás y quien sea democrático o quien posea y aplique los principios de la democracia, puede exigirlos a los demás: es uno de los fundamentos del JDLS. Continúa diciendo que el hombre está involucrado en la razón eterna por lo que se inclina de manera natural al debido orden de sus actos y de su fin, dirigiendo las cosas para su propio bien y el de los demás. La democracia es una cualidad que puede estar presente en los hombres y en sus actos, en su esencia, y con ello el hombre debe poder inclinarse de manera natural a la democratización de sus actos y también guiando los principios de la democracia para su propio bien y el de los demás. En el artículo 3 ‘Si se da alguna Ley Humana’, el autor expresa lo siguiente:

[...]En la razón especulativa a partir de principios indemostrables conocidos naturalmente, se derivan las conclusiones de las diversas ciencias, cuyo conocimiento no es en nosotros natural sino adquirido por el esfuerzo de la razón; de la misma manera a partir de los preceptos de la ley natural, que son los principios comunes e indemostrables la razón humana ha de proceder a obtener leyes más particulares [...]⁸¹

La democracia es producto de la razón especulativa, ya que su creación y conocimiento no es natural en los ciudadanos, sino adquirido y también practicado por el esfuerzo de la razón, de la misma forma que la razón ha de obtener reglas y preceptos más particulares, como los de la democracia: libertad, igualdad, fraternidad, mayoría, tolerancia, etc., y se deben aplicar de manera racional en todos los actos del ciudadano. En el capítulo III ‘De los efectos de la Ley’ (I, II, cuestión 92), artículo 1 ‘Si es efecto de la Ley hacer bueno al hombre’, se puede leer lo siguiente: “[...]la virtud respecto a los apetitos irascible y concupiscible consiste en que se sometan bien a la razón. Y en este sentido es virtud en un súbdito el saberse someter bien al gobierno del soberano [...] pues a este fin se ordena

⁸⁰ Ibidem, p. 10-11.

⁸¹ Ibidem, p. 12.

cualquier ley: a que sea obedecida por los súbditos [...]”,⁸² lo anterior siempre que la ley sea dirigida a la virtud:

Y así queda manifiesto que es propio de la ley el inducir a los súbditos a la propia virtud. Y siendo la virtud lo que hace bueno a quien la posee, se sigue que es un efecto propio de la ley el hacer buenos a aquellos para quienes se da, sea simplemente, o según algunos aspectos. Si la intención del legislador tiende al verdadero bien, que es el bien común según la justicia divina reguladora, se sigue que por tal ley los hombres se hacen simplemente buenos [...]⁸³

En efecto, siempre que la ley sea dirigida a la virtud se puede aplicar a los ciudadanos y se puede exigir a los hombres su respeto y observancia, como los principios de la democracia que están dirigidos a las virtudes ciudadanas y, por tanto, se pueden aplicar a los demás ciudadanos y exigir su respeto y observancia a los hombres en un Estado. La virtud hace bueno a quien la posee, la democracia hace democrático a quien la posee, por tanto, se convierte en virtud de los ciudadanos el saberse someter a las leyes estatales que ya están dirigidas a la virtud democrática. Los ciudadanos que posean esa virtud tienen el deber de imponer con sus actos la democracia, es decir, tienen el deber de democratizar a los demás ciudadanos para que se sometan a esas leyes democráticas virtuosas. Es propio de la ley el inducir a los ciudadanos a la propia virtud y es propio de la democracia, así como de sus principios y valores el inducir a los ciudadanos a la virtud de estos, pero también es propio de los demás ciudadanos que posean esas características. Es un efecto propio de la ley (o debe serlo), el volver buenos a todos aquellos a quienes va dirigida, y debe ser un efecto propio también de la democracia el volver democráticos a quienes está dirigida, es decir, a los ciudadanos.

En el capítulo IV ‘De la Ley Eterna’ (I, II, cuestión 93), artículo 3 ‘Si toda otra Ley se deriva de la Eterna’, se puede leer: “[...]Como la ley eterna es la razón gobernadora en el gobernante supremo, es necesario que todas las demás ordenaciones de gobierno que se encuentran en los gobernadores inferiores se deriven de la ley eterna. De ahí que todas las leyes, en cuanto participan de la recta razón, derivan de la ley eterna [...]”.⁸⁴ Cuando la democracia es la razón gobernadora de la forma de gobierno en un Estado, entonces se

⁸² Ibidem, p. 19-20.

⁸³ Ibidem, p. 20.

⁸⁴ Ibidem, pp. 26-27.

requiere que todas las demás ordenaciones estén supeditadas a ella para que se puedan derivar de ella y de ahí poder afirmar que todas las leyes en cuanto participan de los postulados de la democracia derivan entonces de ella. Lo mismo aplica para los actos de los ciudadanos, los cuales tienen que ser acordes con las leyes democráticas y con los postulados de la democracia para que se pueda afirmar que tales actos son derivados de ella y acordes con ella. Las leyes de la democracia y las demás que regulan otros aspectos de la vida cotidiana y del Estado, que sean acordes con los principios y valores de la democracia, se derivan de ella y son acordes con ella, aplicando el mismo razonamiento para los actos y la conducta de los ciudadanos quienes están, además, obligados a hacer que se respeten y se observen dichas leyes democráticas y de la democracia. En el capítulo VI ‘De la Ley Humana’ (I, II, cuestión 95) artículo 2 ‘Si Toda la Ley Humana se deriva de la Ley Natural’, lo siguiente:

[...]una ley tiene fuerza en tanto es justa. Y en las cosas humanas se dice que algo es justo en cuanto es recto según la regla de la razón. Pues la razón es la primera norma de la ley natural, como se ha dicho. De ahí se sigue que toda la ley humana es ley en tanto se deriva de la ley natural. Más si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de ley [...]⁸⁵

Una ley tiene fuerza en tanto es justa. Esto aplica para las leyes democráticas y para las leyes de la democracia, las cuales, en tanto sean democráticas serán justas, es decir, serán acordes con la recta razón. De ahí que la condición para que se pueda considerar a una ley —y a un acto— como democrático, es que se derive y sea acorde con la razón que creó los postulados de la democracia, lo cual es una razón iusnaturalista. En caso de que alguna ley o algún acto de algún ciudadano se contraponga a la ley de la democracia y democrática derivada de la razón humana, ya no será ley sino una corrupción de la ley, y lo mismo aplica para los actos, que estarían viciados de corrupción y, entonces, los ciudadanos tenemos el deber de hacer respetar esa ley democrática por conducto de un JDLS.

Por otro lado, en *La Ciudad de Dios* de San Agustín, libro décimo noveno titulado ‘Fines de las dos ciudades’, capítulo XIII titulado ‘De la paz universal’, la cual, según las

⁸⁵ Ibidem, pp. 45-46.

leyes naturales, no puede ser turbada hasta que por disposición del justo juez alcance cada uno lo que por su voluntad mereció, se encuentra lo siguiente:

La paz del cuerpo es la ordenada disposición y templanza de las partes. La paz del alma irracional, la ordenada quietud de sus apetitos. La paz del alma racional, la ordenada conformidad y concordia de la parte intelectual y activa. La paz del cuerpo y del alma, la vida metódica y la salud del viviente. La paz del hombre mortal y de dios inmortal, la concorde obediencia en la fe, bajo la ley eterna. La paz de los hombres, la ordenada concordia. La paz de la casa, la conforme uniformidad que tienen en mandar y obedecer los que viven juntos. La paz de la ciudad, la ordenada concordia que tienen los ciudadanos y vecinos en ordenar y obedecer. La paz de la ciudad celestial es la ordenadísima y conformísima sociedad establecida para gozar de dios, y unos de otros en dios. La paz de todas las cosas, la tranquilidad del orden, y el orden no es otra cosa que la disposición de cosas iguales y desiguales, que da a cada uno su propio lugar [...]⁸⁶

El todo sigue la suerte de las partes, o al menos así debe ser. Por tanto, si las partes son justas, el todo debe ser justo; si las partes son injustas el todo es injusto. Si las partes son democráticas, el todo es democrático. El deber de las partes es apegarse a lo que está establecido en la ley y si la ley es democrática, entonces la actuación y los valores y virtudes de ciudadano deben ser democráticos. La paz de la casa dice, es la conforme uniformidad que tienen en mandar y obedecer los que viven juntos. Por tanto, la paz de los hombres y de los ciudadanos está derivada de la obediencia a la ley democrática que no es otra cosa que aquella que está acorde con la razón. En el capítulo XIV titulado 'El Orden las leyes divinas y humanas tienen por único objeto el bien de la paz', se encuentra lo siguiente:

Pero como el hombre posee alma racional, todo esto que tiene de común con las bestias lo sujeta a la paz del alma racional, para que pueda contemplar con el entendimiento, y con esto hacer también alguna cosa, para que tenga una ordenada conformidad en la parte intelectual y activa, la cual dijimos que era la paz del alma racional [...] por esto toda paz, ya sea del cuerpo, ya la del alma, o juntamente del alma o del cuerpo, la refiere a aquella paz que tiene el hombre mortal con Dios

⁸⁶ San Agustín, *La ciudad de dios*, México, Porrúa, 2004, pp. 575-576.

inmortal, de modo que tenga la ordenada obediencia en la fe bajo la ley eterna. De esta manera vivirá en paz con todos los hombres, con la paz de los hombres, esto es, con la ordenada concordia en que se observa este orden: primero, que a ninguno haga mal ni cause daño, y segundo, que haga bien a quien pudiere [...] ⁸⁷

Que a ninguno haga mal y que haga bien a quien pueda, es una máxima de paz que expone el autor con base en la justicia intrínseca de la ley eterna. Bajo ese mismo razonamiento la ley democrática, producto de la razón humana, es justa y debe aplicarse para evitar el daño de los hombres y debe procurarse para hacer el bien a quien pudiera. En esa intención de hacer el bien a otros incide la aplicación de las normas democráticas incluso de parte de los ciudadanos, bajo la condición de que tales ciudadanos sean virtuosos de la democracia, conocedores y practicantes, lo cual los estaría autorizando para que pudieran aplicar a casos y personas no democráticas las leyes de la democracia —que también deben ser, por esencia, democráticas—, y para esto deben determinar y juzgar la conducta a la que se van a aplicar esos preceptos de la ley democrática. La democracia lleva implícita el concepto de paz, ya que sus postulados, principios y valores atienden primero al respeto a la integridad de las personas y al respeto de sus derechos fundamentales (razón por la que un Estado de derecho democrático debe primero ser respetuoso de los derechos humanos y de tales preceptos fundamentales). En el capítulo XXI titulado ‘Si conforme a las definiciones de Escipión, que trae Cicerón en su diálogo, hubo jamás República Romana’, se puede leer lo siguiente:

[...] donde no hubiere verdadera justicia tampoco podrá haber derecho, lo que se hace según derecho se hace justamente; pero lo que se hace injustamente no puede hacerse con derecho. Porque no se deben llamar o tener por derecho las leyes injustas de los hombres, pues también ellos llaman derecho a lo que dimanó y se derivó de la fuente original de la justicia, confesando ser falso lo que suelen decir algunos erróneamente, que solo es derecho o ley lo que es a favor y utilidad del que más puede. Por lo cual, donde no hay verdadera justicia, no puede haber unión ni congregación de hombres unida con el consentimiento del derecho [...] ⁸⁸

⁸⁷ Ibidem, p. 577-578.

⁸⁸ Ibidem, p.583.

El derecho depende de la existencia de una verdadera justicia, es el postulado del iusnaturalismo que contradice la existencia del derecho por la simple manufactura estatal. Es ese postulado el que también sustenta la existencia de las normas democráticas y de las normas de la democracia. En el capítulo XXIV ‘Con qué definición se puede llamar legítimamente, no solo los romanos, sino también los otros reinos, pueblo y república’, se encuentra lo siguiente: “[...]la ciudad de los impíos, donde no manda Dios y ella le obedece, de manera que no ofrezca sacrificio a otros dioses sino a él solo, y por esto el ánimo mande, con rectitud y fidelidad al cuerpo, y la razón a los vicios, carece de verdadera justicia [...]”.⁸⁹ Aquella sociedad en la que haya desobediencia a Dios y vicios, carece de justicia, y donde haya desobediencia a los preceptos de la democracia y que, por tanto, haya el vicio de la antidemocracia, se carece también de verdadera justicia. Por ello, el JDLS tiene que atender a preceptos otorgados y surgidos de la razón del hombre y plasmados en forma de leyes democráticas, que al aplicarse por los hombres democráticos se esté forzando el cumplimiento de los valores y principios de la democracia. Siempre que la ley (democrática y de la democracia) sea dirigida a la virtud se puede legítimamente aplicar a los ciudadanos y se puede exigir a los hombres su respeto y observancia; los ciudadanos que posean esa virtud tienen el deber de imponerla con sus actos y de democratizar a los demás pues uno de los efectos propios de la democracia es hacer democráticos a quienes va dirigida, es decir, a los ciudadanos. En caso de que alguna ley o acto se contraponga a la ley de la democracia y democrática, entonces esa ley y esos actos estarán viciados de corrupción, lo cual debe corregirse con la aplicación del JDLS.

En el capítulo XXVII ‘De la paz que tienen los que sirven a Dios, cuya perfecta tranquilidad no se puede conseguir en esta vida temporal’, el autor reflexiona lo siguiente: “Así que, en esta vida, la justicia que puede tener cada uno es que Dios mande al hombre que le es obediente, el alma al cuerpo y la razón a los vicios [...]”,⁹⁰ y que los valores y principios de la democracia manden en la conducta de los ciudadanos de un estado democrático. La paz de los hombres deriva, por tanto, de la obediencia a las leyes que son a su vez derivadas de la razón del hombre acorde con los postulados naturales que proveen al mismo hombre las condiciones para vivir en sociedad. Toda paz significa e implica no hacer daño a nadie, como la intención final de los principios y valores de la democracia que es también la paz entre los ciudadanos; por tanto, la paz entre los ciudadanos de un Estado es necesaria en una sociedad en la que se aspira a cumplir con los postulados de la

⁸⁹ Ibidem, p.589.

⁹⁰ Ibidem, p. 590.

democracia y es necesaria también en un estado en el que se aspira a que el derecho dependa de la verdadera justicia; por el contrario, la sociedad cuyas leyes no sean virtuosas y que no hagan que se obedezcan los principios democráticos, carece de una verdadera justicia.

Un Estado de derecho debe primero ser respetuoso de los derechos humanos y de los derechos fundamentales para ser considerado como democrático. En donde haya desobediencia a los principios de la democracia, es decir, donde haya prácticas antidemocráticas, se carece de verdadera justicia, razón por la que el JDLS debe atender a los preceptos de la razón humana plasmados en forma de leyes democráticas que al ser aplicadas por hombres democráticos se estaría evolucionando hacia una verdadera democracia. La paz entre los ciudadanos de un Estado es necesaria para cumplir con los postulados de la democracia y es necesaria también para aspirar a la verdadera justicia, por el contrario, si las leyes de una sociedad no son virtuosas y no constriñen a que se obedezcan los principios democráticos, no se cuenta con una verdadera justicia.

IV. La naturaleza de la democracia y el pacto social del hombre en Montesquieu y Rousseau.

En la obra *Del Espíritu de las leyes* de Montesquieu, en su libro primero titulado 'De las leyes en general', capítulo primero 'De las leyes en sus Relaciones con los diversos seres', se encuentra lo siguiente: "Las leyes en su significación más extensa, no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas; y en este sentido, todos los seres tienen sus leyes: la divinidad tiene sus leyes, el mundo material tiene sus leyes, los animales tienen sus leyes, el hombre tiene sus leyes [...]".⁹¹ Se trata de su famosa definición de la ley que hace alusión a la naturaleza de las cosas y siguiendo su razonamiento se puede decir que también la democracia tiene sus leyes y que la naturaleza de la democracia determina la relación natural que debe haber en ella. Es decir, si la naturaleza de la democracia es respetar los principios y valores que la conforman (por ejemplo, libertad, igualdad, fraternidad, tolerancia, diversidad, pluralismo, mayoría, etc.), entonces la relación natural derivada de ello es que los hombres (ciudadanos y todos incluidos) actúen y sostengan una conducta natural acorde con esos principios y valores por ser derivada de ellas. Más adelante el autor continúa diciendo:

⁹¹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2005, p. 3.

Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes que ellos hayan hecho; pero también tienen otras que ellos no han hecho. Antes que hubiera seres inteligentes, eran posibles: tenían pues relaciones posibles y por consiguiente leyes posibles. Antes que hubiera leyes, había relaciones de justicia posibles. Decir que no hay nada justo ni injusto fuera de lo que ordenan o prohíben las leyes positivas, es tanto como decir que los radios de un círculo no eran iguales antes de trazarse la circunferencia [...]⁹²

Puede ser que las leyes democráticas y de la democracia creadas por los seres humanos racionales e inteligentes contengan en su esencia cierto grado de justicia o de injusticia, y que la relación derivada de ellas se lleve a cabo acorde con esa justicia e injusticia, pero la esencia democrática es justa por naturaleza, aunque los ciudadanos y los hombres inteligentes (e incluso las leyes producidas por ellos) no lo sean o permitan conductas que no lo sean. Las leyes democráticas son entonces las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de los principios y valores de la propia democracia; por lo tanto, pueden existir otras leyes que los seres inteligentes no han hecho pero que son necesarias para la democracia y sus principios y valores; tales leyes se deberían construir y se deberían también de practicar junto con las que ya están legisladas y construidas por los seres racionales.

En el capítulo II titulado 'De las leyes de la naturaleza', se encuentra lo siguiente: "Antes que todas las leyes están las naturales, así llamadas porque se derivan únicamente de la constitución de nuestro ser. Para conocerlas bien, ha de considerarse al hombre antes de existir las sociedades. Las leyes que en tal estado rigieran para el hombre, esas son leyes de la Naturaleza [...];⁹³ las relaciones democráticas son inherentes a la naturaleza del ser humano, ya que derivan de su propia constitución, al ser esta la manera en la que ha de conducirse en la sociedad en la que existen otros hombres que también tienen necesidad de vivir en ese medio, y donde hay la necesidad de que sean aplicados los preceptos de convivencia y las reglas de decisión, ya que también hay la necesidad de que exista un gobierno. La existencia de un gobierno es inherente a la naturaleza humana, ya que las decisiones son acciones y conductas que todos los días y en todo momento se adoptan por las personas y constituyen también conductas que inciden en la vida de las demás personas, y si consideramos que las demás personas tienen la necesidad de que se les

⁹² Ibidem, p.4.

⁹³ Ibidem, p. 5.

regule esa convivencia y esas conductas relacionadas con la decisión, entonces los principios y valores de la democracia que son directriz de esas conductas son esenciales al ser humano y éste tiene el deber de crear normas acordes con ello y, también, de actuar acorde con esas normas ya legisladas y positivizadas en la sociedad respectiva.

Finalmente, en *El Contrato Social* de Rousseau, libro II, capítulo VI titulado 'De la ley', se encuentra lo siguiente: "Por el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político: tratase ahora de darle movimiento y voluntad por medio de la ley; pues el acto primitivo por el cual este cuerpo se forma y se une, no determina nada de lo que debe hacer para asegurar su conservación [...]".⁹⁴ Para asegurar la conservación del cuerpo político que se ha creado por el pacto social es necesario que se sigan practicando y manteniendo los principios y valores de la democracia, ya que: "Lo que es bueno y conforme al orden, lo es por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas [...] Sin duda existe una justicia universal emanada de la razón, pero esta, para ser admitida entre nosotros, debe ser recíproca [...]".⁹⁵ El pacto social no es otra cosa que el respeto de los principios y valores de la democracia a través de la práctica constante, por tanto, si el pacto social dio existencia al cuerpo político entonces el mismo pacto social puede conservarlo a través de esa práctica constante, lo cual lleva a considerar al JDLS como el instrumento eficaz para el logro de ese objetivo.

V. Conclusiones.

Primera. Con Platón los conceptos de libertad, igualdad y tolerancia están relacionados con la prudencia y la justicia, que al ser practicados convierten al hombre en un ser que no incurre en apetitos irracionales, es decir, se vuelve un ser democrático quien tampoco permite que los demás incurran en tales acciones irracionales. Derivado de lo anterior y considerando que el Estado está conformado por ciudadanos susceptibles de esos apetitos, la prudencia y templanza (que determinan la justicia) también deben aplicar para el mismo. Toda acción justa del hombre es congruente con los principios y valores de la democracia, en consecuencia, toda conducta basada en impulsos irracionales puede potencialmente ser ilegal y antidemocrática. Las leyes democráticas deben regular la paz, pero en caso de que no sea así y sea perturbada, entonces los demás miembros poseedores de esas características y cualidades de la democracia deben democratizar a los demás miembros del Estado por medio del JDLS para reestablecerla.

⁹⁴ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 2004, p. 25.

⁹⁵ Ídem.

Segunda. Con Aristóteles, las leyes son creadas para favorecer el interés común, por lo que la regulación de la democracia contenida en las mismas debe estar dirigida a cumplir eso. El ciudadano democrático siempre ejecuta una conducta valiente y temperante, lo cual puede potencialmente constituir una conducta contrastante frente a la conducta del injusto cuyos actos no respetan la ley y esto exige la aplicación de un JDLS por parte del ciudadano democrático, ya que lo justo legal (democrático) se protege con su observación y vigilancia.

Tercera. Con Tomás de Aquino, el fundamento para el respeto a la ley está en la razón, la cual ordena los fines y establece las reglas y medidas de los actos humanos, es decir, deriva en la ley democrática, por ello, la ley hecha por el hombre pertenece a la razón y es donde se vacían los principios y valores de la democracia, es decir, deriva también en la ley de la democracia; en consecuencia, una forma de ser democrático es respetando a la ley que posee tales postulados y principios y los ciudadanos democráticos logran esto con una conducta respetuosa de la ley tanto democrática como de la democracia. En caso de que la conducta humana carezca de legitimación por separarse de lo anterior, los actos deben ser observados, vigilados y regulados por personas democráticas con el JDLS como instrumento. La democracia es una cualidad que puede estar presente en los actos humanos y con ello puede inclinarse de manera natural a la democratización y quien posee tales virtudes puede ser también aquel que las califique, quien sea justo puede infundir justicia en sus actos y exigirla en los actos de los demás y quien sea democrático, es decir, quien posea y aplique los principios de la democracia, puede asimismo exigirlos a los demás, lo cual es uno de los fundamentos del JDLS.

Cuarta. Con San Agustín, la paz de los hombres y de los ciudadanos está derivada de la obediencia de la ley democrática que no es otra cosa que aquella que está acorde con la razón, por lo que la aplicación de las normas democráticas por parte de los ciudadanos incide en la intención de hacer el bien a otros, pero los ciudadanos aplicadores de la democracia deben ser virtuosos de esta, es decir, conocedores y practicantes de la democracia y sus leyes, y así estarían legitimados para determinar y juzgar la conducta a la que va destinada esa democratización.

Quinta. Con Montesquieu, la democracia tiene sus leyes y la naturaleza de la democracia determina la relación natural que debe haber en ella, es decir, si la naturaleza de la democracia es respetar los principios y valores que la conforman, entonces la relación natural derivada de ello es que los hombres actúen y sostengan una conducta natural acorde con esos principios y valores derivadas de ellas. Las leyes democráticas son entonces las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de los principios y valores de

la propia democracia, por lo que pueden existir otras leyes no legisladas aún por la razón humana pero que se deberían construir y, consecuentemente, practicar, ya que son necesarias para la democracia. Las relaciones democráticas son inherentes a la naturaleza del ser humano, aspecto en el que se toma en cuenta su propia constitución que está ligada a la manera de conducirse en sociedad cuyos integrantes necesitan vivir en ella y necesitan reglas de convivencia y de decisión para formar gobierno. Esto último también es inherente a la naturaleza humana, pues las decisiones del gobierno inciden en las demás personas, por lo que los principios y valores democráticos son esenciales al hombre, quien también tiene el deber de crear normas acordes con ello y de actuar de manera congruente.

Sexta. Con Rousseau, para asegurar la conservación del cuerpo político que se ha creado por el pacto social es necesario que se sigan practicando y manteniendo los principios y valores de la democracia, ya que el pacto social es el respeto a los principios y valores democráticos por medio de su práctica constante, por lo que, si el pacto social dio existencia al cuerpo político, entonces el mismo pacto social puede conservarlo a través de esa práctica constante y por medio del JDLS.

Séptima. Finalmente, puede ser un punto de partida para investigar la pasividad democrática que hoy en día constituye un verdadero lastre en el desarrollo y práctica de la democracia, no solamente en aquellos países en los que ese régimen aún sigue siendo un reto sino en aquellos donde la democracia se considera una práctica constante y consolidada, ello atendiendo a los conceptos del iusnaturalismo que fundamentan la existencia del Juicio Democrático Lato Sensu (JDLS) en su vertiente no jurisdiccional y también considerando los conceptos de ley democrática y de ley de la democracia para poder proponer instrumentos suficientes para el perfeccionamiento de su aplicación y práctica.

Fuentes de información.

Aristóteles, *Ética nicomaquea*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 70, México. 2004.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 191, México, 2005.

Platón, *Las leyes*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 139, México, 1998.

_____, *La República*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 13B, México. 2001.

Real Academia Española, 2017. *Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario*, en: <http://www.rae.es>

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 113, México, 2004.

San Agustín, *La ciudad de dios*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 59, México. 2004.

Tomás de Aquino, *Tratado de la ley*, editorial Porrúa, colección “Sepan cuántos...”, núm. 301, México, 2004.

Recepción: 11 de junio de 2018.

Aceptación: 27 de noviembre de 2018.

ORGANISMO PÚBLICO ESPECÍFICO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL ESTADO MEXICANO

SPECIFIC PUBLIC INSTITUTION THAT GUARANTEES THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL OBLIGATION OF THE MEXICAN STATE

María Teresa VÁZQUEZ BAQUEIRO*

RESUMEN. Los instrumentos internacionales y la propia Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos precisan la obligación del Estado respecto de garantizar los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, por lo que ante la complejidad de problemáticas que afectan a este sector de la población, es clara la necesidad contar con un organismo público especializado que logre su plena inclusión social.

En el presente trabajo se analizan los tres modelos que a través de la historia se han aplicado para abordar la inclusión de las personas con discapacidad. También se presenta el marco jurídico de derechos de las personas con discapacidad a nivel universal, regional y nacional. Analizamos el papel fundamental de la Convención para lograr la plena inclusión y de especial manera el artículo 33 que plantea la creación de un organismo para la aplicación de este instrumento internacional.

* Licenciada en Derecho, por la Facultad de Derecho de la UADY. Maestra en Derecho Procesal Constitucional y Amparo, por Facultad de Derecho de la UADY. Estudios Avanzados en Derechos Humanos, por la UNED. Candidata a Doctora en Derechos Humanos por la UNED, en Madrid, España. Diversos Diplomados en materia de derechos humanos.

Directora del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán y Coordinadora de atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la CODHEY desde 2003.

Profesora de la asignatura Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho de la UADY desde 2007.

Palabras clave: Constitucionalidad, Convencionalidad, Derechos de las personas con discapacidad, Derechos humanos, Del organismo público de personas con discapacidad.

ABSTRACT. The international treaties and the Mexican Political Constitution provide the obligation of the State to guarantee the rights of persons with disabilities and their families. Therefore, given the complexity of the problems affecting this sector of the population, it is clear the need to have a specialized public body that achieves its full social inclusion.

In this paper we analyze the three models that through history have been applied to address the inclusion of people with disabilities. The legal framework for the rights of persons with disabilities at the universal, regional and national levels is also included. We analyze the fundamental role of the Convention to achieve full inclusion, particularly article 33, which proposes the creation of an organization for the application of this international instrument.

Keywords: Constitutionality - Conventionality - Rights of persons with disabilities - Human rights - Public institution for the rights of persons with disabilities.

I. INTRODUCCIÓN

La historia da muestra clara y recurrente que el ser humano tiende a olvidar que todas las personas somos iguales en dignidad y derechos, aun cuando nuestras circunstancias de vida sean diferentes, por ello el objetivo del presente trabajo es visibilizar las condiciones de discriminación, así como el camino que a través de la historia sea ha transitado para reconocer en la norma jurídica los derechos de las personas con discapacidad y finalmente plasmar la propuesta sobre la obligación constitucional y convencional del Estado de garantizar estos derechos y atender las múltiples necesidades y problemáticas de este sector de la población de manera eficaz y pertinente a través de un organismo público específico como herramienta jurídica y social, transitando del modelo médico-asistencial al modelo social y de derechos.

El 3 de mayo de 2018 se cumplen 10 años de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (La Convención). Cabe decir que México fue el país que propuso ante la Asamblea de Naciones Unidas la pertinencia de crear una convención en materia de derechos de las personas con discapacidad, lo que nos obliga y compromete como país a ser ejemplo en la aplicación de la Convención.

Para lograr transversalizar, en las diversas instancias de gobierno, los derechos contenidos en la Convención este organismo público deberá implementar actividades

estratégicas que redunden en el desarrollo y la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad, entre otras: promover y difundir los derechos de este sector de la población; proponer el diseño de las políticas públicas en la materia; coordinar programas específicos en la materia; participar, apoyar y realizar estudios, proyectos, investigaciones jurídicas y propuestas legislativas de reforma al marco jurídico vigente que garanticen los derechos; así como coordinarse con las organizaciones de la sociedad civil a fin de canalizar sus propuestas y sugerencias a los diferentes órganos de la administración pública.

1) Discriminación y discapacidad

Las personas con discapacidad son víctimas de discriminación a causa de los prejuicios. En el ámbito de la discapacidad, la discriminación es resultado tanto de barreras actitudinales, barreras físicas o arquitectónicas, así como de restricción de oportunidades, lo que tiene como consecuencia la limitación o negación del pleno ejercicio de sus derechos y la exclusión social. En nuestro país las personas con discapacidad viven situaciones de exclusión social que generan altos niveles de pobreza y desigualdad.

En este contexto y tomando como base los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017,⁹⁶ las personas con discapacidad ocupan el cuarto lugar como grupo social al que la población mayor de 18 años percibe con mayor incidencia de ser víctima de discriminación.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) en esta encuesta nacional indica que los resultados obtenidos en 2017 no varían mucho de los obtenidos en la encuesta anterior (2010). En realidad, la negación de oportunidades de empleo, las formas encubiertas de segregación y discriminación, así como la falta de accesibilidad física y las barreras sociales se presentaron como las mayores problemáticas a las que se enfrentan en México las personas que viven con alguna discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; o sea, alrededor del 15% de la población mundial.⁹⁷ Si se incluye a los miembros de sus familias, el número de personas directamente involucradas con la discapacidad asciende a alrededor de 2,000 millones, casi

⁹⁶ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/PtcionENADIS2017_08.pdf. Recuperado el 10 de diciembre de 2018.

⁹⁷ Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/features/factfiles/disability/facts/es/index.html>. Recuperado el 05 de enero de 2018.

un tercio de la población mundial. Se estima, además, que el número de personas con discapacidad está aumentando debido al crecimiento mismo de la población, al incremento en la esperanza de vida y al proceso de envejecimiento que hoy en día enfrenta la población de muchos países.⁹⁸

En el caso particular de México, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, la prevalencia de la discapacidad para 2014 era de 6%, según los datos de la Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (ENADID) 2014. Esto significa que 7.1 millones de habitantes del país no pueden o tienen mucha dificultad para hacer alguna de las ocho actividades evaluadas.⁹⁹

2) Persona con discapacidad

De acuerdo con la OMS “discapacidad” es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.¹⁰⁰

Por su parte, la Convención en su preámbulo precisa que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.¹⁰¹

La propia Convención en el artículo primero señala que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.¹⁰²

Por lo que podemos concluir que la discapacidad es resultado de una sociedad que excluye. Ya visibilizaremos en el presente trabajo la huella histórica que las personas con discapacidad y sus familias han dejado para conseguir mejores condiciones de vida.

⁹⁸ Cfr. ESCOBAR, Guillermo (Director), *Personas con discapacidad. VII informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama editorial, Madrid 2010. p. 11.

⁹⁹ “La discapacidad en México, datos al 2014”, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, México 2016. p. 22.

http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825090203.pdf. Recuperado el 08 de enero de 2018.

¹⁰⁰ Organización Mundial de la Salud. Discapacidades. <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>. Recuperado el 05 de enero de 2018.

¹⁰¹ Inciso “e” del Preámbulo de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas, publicada el 2 de mayo de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

¹⁰² Artículo primero de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas.

II. MODELOS PARA ABORDAR LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la doctrina especializada, se encuentra de manera recurrente la mención de tres modelos para abordar la inclusión de las personas con discapacidad: a) de prescindencia b) el asistencialismo y paradigma médico y c) el modelo social de discapacidad, personas con discapacidad: sujetos de derechos.

1) De prescindencia

En las antiguas culturas de Grecia y Roma, así como durante la Edad Media, este modelo fundamentaba la causa de la discapacidad en un motivo religioso (ya fuera por un pecado cometido por los padres, o por un enojo de los dioses), y consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias, toda vez que no tenían nada que aportar a la sociedad, y más bien eran vistas como una carga para sus familias, por lo que era necesario prescindir de ellas. Un medio empleado era el infanticidio de niños y niñas con discapacidad, y en el caso de las personas adultas, simplemente se les marginaba o excluía.¹⁰³

Este modelo supone que las causas que originan la discapacidad son religiosas y asume como innecesarias a las personas que viven esta condición, en virtud de que albergan castigos divinos, mensajes diabólicos o simplemente que sus vidas no valen la pena ser vivida. Como consecuencia, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas o situándolas en el espacio destinado para los “anormales” y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, en el que las personas con discapacidad son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia.¹⁰⁴

2) Asistencialismo y paradigma médico

Históricamente, desde el siglo XIX, en la cultura occidental ha predominado el enfoque médico individualista,¹⁰⁵ en el cual la persona con discapacidad es considerada objeto de intervención clínica.¹⁰⁶ Este modelo es un mecanismo diseñado con base en el

¹⁰³ *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2014. p. 16.

¹⁰⁴ *Las personas con discapacidad en México: una visión al 2010*, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), México 2013. p. 13.

¹⁰⁵ BROGNA, Patricia (Compiladora), *Visiones y Revisiones de la Discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México 2009. p. 103.

¹⁰⁶ QUINN, Gerard, *Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos internacionales de las naciones unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas 2002. p.12. Las Personas con Discapacidad en México. *Op. Cit.* p. 14.

énfasis de que la discapacidad es una desventaja de la persona que requiere atención médica o cuidados paliativos que la mitiguen.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación señala, que:

Durante muchos años a las personas con discapacidad se les calificó como imposibilitadas para integrarse a la vida social por los medios que la mayoría consideraba como normales. Los intentos de atención bajo este esquema iban desde tratamientos y agresiones médicas forzadas hasta la reclusión y el abandono. Considerar a una persona con discapacidad como enferma trae consecuencias discriminatorias graves pues reduce todo a la lógica de una sola causa con una única solución (enfermedad-cura) por lo que recae en la persona con discapacidad la responsabilidad de poder adecuarse e integrarse socialmente. Desde este enfoque asistencialista, una política pública se enfoca únicamente en “curar al enfermo” y “ayudarlo a sanar”. El establecimiento y desarrollo de esta visión se tradujo en años de políticas con visión médica o asistencial y protectoras que no sólo no ayudaban a la independencia de las personas, sino que reducían notablemente sus posibilidades de gozar plenamente de sus derechos.¹⁰⁷

3) Modelo social de discapacidad. Personas con discapacidad: sujetos de derechos

Uno de los presupuestos fundamentales del modelo social radica en que las causas que originan la discapacidad no están en la persona, sino que son preponderantemente sociales, es decir, las limitaciones individuales no son las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para satisfacer adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad y para que estas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Para el modelo social, las soluciones deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad.¹⁰⁸

Este modelo surgió en Inglaterra y en los Estados Unidos de América a finales de la década de los sesenta y principios de los años setenta del siglo pasado, con el denominado

¹⁰⁷ Documento Informativo sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), México 2010, p. 3. *Modelo de Atención a las Personas con Enfermedad Mental Grave*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, pp. 25 y 26.

¹⁰⁸ Cfr. Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del proyecto de investigación “El impacto que la incorporación y ratificación de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad tiene en el ordenamiento jurídico español”, financiado por la FUNDACIÓN ONCE. Diciembre de 2008.

movimiento de vida independiente, promovido por las organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad, a partir del cual se replantearon las causas que originaban la discapacidad.¹⁰⁹

En los Estados Unidos, el movimiento de Vida Independiente puso el acento en los derechos civiles, el apoyo mutuo, la desmedicalización y la desinstitutionalización; abogaban por servicios de rehabilitación sobre la base de sus propios objetivos, métodos de reparto y dirección propia de los programas. En el Reino Unido, el movimiento de personas con discapacidad se concentró en alcanzar cambios en la política social y en la legislación de derechos humanos, reivindicando su derecho a definir sus propias necesidades y servicios prioritarios, y proclamándose contra la dominación tradicional de los proveedores de servicios.¹¹⁰

Por otra parte, es importante mencionar que el modelo social tiene una variable en el modelo de la diversidad. Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que, demanda la consideración de la persona con discapacidad como un ser valioso en sí mismo por su diversidad.¹¹¹ La persona con discapacidad es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades es un verdadero factor de enriquecimiento.

Por ello el modelo social de discapacidad enfocado en percibir a las personas con discapacidad como sujetos de derechos es el nuevo paradigma que surge con la aprobación de la Convención.¹¹² Este modelo reconoce a la persona y no a la deficiencia; se habla entonces de la persona con discapacidad, no de la discapacidad. Este enfoque social señala que la discapacidad no está en la persona, sino que la discapacidad es el resultado de la interacción entre la persona y su entorno; por lo que las políticas públicas deben pasar de un enfoque asistencialista y médico a uno que permita el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad que les permita su plena inclusión a la sociedad.¹¹³

III. MARCO JURÍDICO DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

¹⁰⁹ *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia. Op. Cit.* p. 16. *Las personas con discapacidad en México. Op. Cit.* pp. 14 y 15.

¹¹⁰ *Las personas con discapacidad en México. Ibíd.* p. 14.

¹¹¹ *Cfr. Informe Elaborado por el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas. Op. Cit.*

¹¹² BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (Compiladora), *Situación de Dependencia, Discapacidad y Derechos: una mirada a la ley 39/2006*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, España 2010. p. 45.

¹¹³ *Documento Informativo sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en México. Op. Cit.* p. 7.

Tanto la Organización de las Naciones Unidas como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado a través de los años diversos documentos que son muestra y claro ejemplo de cómo ha evolucionado jurídicamente el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, lo que nos indica claramente que este es un tema que ha preocupado y ocupado a la comunidad internacional. También, aunque de manera breve, presentamos el ordenamiento jurídico nacional en el tema.

1) Sistema Universal

La Organización de las Naciones Unidas abordó los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en varias ocasiones antes de que se aprobara en 2006 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento que actualmente consagra el mínimo de deberes y obligaciones que tienen los países para con las personas con discapacidad.

Ya desde el 20 de diciembre de 1971 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y el 9 de diciembre de 1975 aprobó la Declaración de los Derechos de los Impedidos.

En 1982 la Asamblea General aprobó el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, que fomenta la plena participación de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, en la vida social y el desarrollo de todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo.

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1983, adoptó el “Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas”, conocido como “Convenio 159”. Es importante precisar un dato histórico sobre la OIT, en 1919 en el marco del Tratado de Versalles, se crea esta Organización Internacional, entidad que ha tenido un papel decisivo en la promulgación de leyes y normas gubernamentales que buscan proteger los derechos de las personas con discapacidad, así como en la promoción y desarrollo de programas de rehabilitación profesional. Asimismo, unos años después, durante la XVI Conferencia Internacional del Trabajo promovida por dicha organización en 1932, se plantea la necesidad de establecer un seguro por invalidez, vejez y defunción, derivado de un derecho adquirido como contrapartida del esfuerzo pedido al trabajador durante su jornada laboral. Con ello, inicia la modificación del enfoque asistencialista y se avanza hacia el reconocimiento jurídico de los derechos de las personas con discapacidad.

En 1958, la OIT aprobó el Convenio nº 111 y la Recomendación nº 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, en las que se prohíben las discriminaciones en el empleo que tengan su origen, entre otras razones, en la discapacidad.

Por otro lado, Naciones Unidas proclamó el periodo de 1983 a 1992 como “Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos” y recomendó a los Estados Miembros que aplicaran el Programa de Acción Mundial para los Impedidos durante ese período.

En el curso del primer examen importante realizado a nivel internacional de la aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, que tuvo lugar en Estocolmo en 1987, los participantes recomendaron que se redactara una convención sobre los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

En 1991 la Asamblea General aprobó los “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental”, conocidos como los Principios sobre salud mental. Estos principios establecieron normas y garantías de procedimiento y ofrecieron protección contra los abusos más graves contra los Derechos Humanos que puedan cometerse en ambientes institucionales, como el maltrato o la aplicación incorrecta de restricción física o de reclusión involuntaria, la esterilización, la psicocirugía y otros tratamientos intrusos e irreversibles de la discapacidad mental. Aun cuando en su momento los Principios sobre salud mental fueron innovadores, actualmente su valor es controvertido.

En 1993 la Asamblea General aprobó las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (las Normas Uniformes). Mediante las Normas Uniformes se trató de lograr que “las niñas y niños, los hombres y las mujeres con discapacidad, como miembros de sus sociedades, puedan ejercer los mismos derechos y obligaciones que los demás”, y exigió que los Estados eliminaran los obstáculos a la participación en la sociedad, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad.

En 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer tratado de Derechos Humanos que prohíbe explícitamente la discriminación contra el niño por razón de discapacidad. Reconoce asimismo el derecho de los niños y niñas con discapacidad a gozar de una vida plena y tener acceso a atención y asistencia especiales para lograrlo.

Finalmente, como ya mencionamos párrafos arriba, el 3 de mayo de 2018 se cumplieron 10 años de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual se publicó el 2 de mayo de 2008 en el Diario Oficial de la Federación. El paradigma de atención a la discapacidad cambió con la aprobación de

esta Convención generándose un antes y un después en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, al pasar del modelo médico-asistencial al modelo social o de derechos.

La Convención reconoce a la persona no a la deficiencia, se habla de la persona con discapacidad, no de la discapacidad. Señala que la discapacidad no está en la persona, considera que la discapacidad es el resultado de la interacción entre la persona y su entorno. Este es el punto clave de la Convención, con esto las políticas públicas deben pasar de un enfoque asistencialista y médico, a uno que permita el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad que logre su plena inclusión en la sociedad.¹¹⁴

Partiendo de un análisis de la Convención, la inclusión no consiste únicamente en construir rampas y asignar lugares en el transporte público, es crear oportunidades de estudio en todos los niveles educativos, generar fuentes de empleo que consideren las capacidades de las personas con discapacidad, servicios de salud de calidad, rehabilitación y habilitación comunitaria, accesibilidad en los medios de información, desarrollo de investigaciones que permitan contar con mejores medios técnicos y humanos para la plena inclusión en la sociedad. Nada más lejos de las políticas asistencialistas y con enfoque médico que se siguen implementando y desarrollando en nuestro país.

2) Sistema Interamericano

Por otra parte, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el cual en el artículo 18 reconoce el derecho de los minusválidos. Es necesario señalar que el término utilizado para hacer referencia a las personas con discapacidad está actualmente en completo desuso.

Es de destacar la adopción por parte de la Asamblea General de la OEA, el 6 de julio de 1999, en la ciudad de Guatemala, Guatemala de la “Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”, la cual debe ser interpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos

¹¹⁴ Cfr. Documento informativo sobre la situación de las personas con discapacidad en México. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), México 2010.

de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, por ser el instrumento internacional posterior y que contiene una mayor protección a los derechos de este sector de la población.

También en la sentencia “Ximenes Lopes Vs. Brasil” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este tribunal se pronuncia respecto de la obligación de los Estados de garantizar los derechos de las personas con discapacidad.¹¹⁵

3) Nacional

En el ámbito federal, en 2001 se publicó la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual sentó las bases jurídicas para la publicación, en junio de 2003, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Mediante esta Ley se creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), cuyo objetivo es contribuir al desarrollo cultural, social y democrático del país; llevar a cabo las acciones conducentes para prevenir y eliminar la discriminación; formular y promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentran en territorio nacional, así como coordinar las acciones realizadas por las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo federal en materia de prevención y eliminación de la discriminación. Finalmente, el 30 de mayo de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

IV. DEL ORGANISMO PÚBLICO ESPECÍFICO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A diez años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aún existen pendientes en materia de inclusión social de las personas con discapacidad y los retos cada día son más complejos, por lo que resulta necesario contar con un organismo público específico que logre dar cumplimiento al amplio pliego de obligaciones constitucionales y convencionales de nuestro país en este tema.

1) El Estado como garante de derechos: *ius cogens y pacta sunt servanda*

Los instrumentos internacionales que ya hemos citado y que reconocen los derechos de las personas con discapacidad son disposiciones que integran el *corpus juris*

¹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006.

internacional de los derechos humanos, consideradas también como normas *ius cogens*, lo que representa obligaciones *pacta sunt servanda* para nuestro país.

Contar con un organismo público específico es el medio idóneo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por México en los diversos tratados internacionales en la materia.

Partamos entonces de la entrada en vigor de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986 que reconocen normas imperativas de derecho internacional general respecto de principios e intereses vitales para la existencia misma de la sociedad internacional. Tales disposiciones constituyen normas imperativas de derecho internacional general, denominadas como *ius cogens*, que constituyen límites a la soberanía estatal, las cuales han sido definidas positivamente como aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor”.¹¹⁶

Es decir, reconocido un derecho humano y señalada la obligación del Estado en su protección y garantía no puede el derecho interno o nacional ser contrario, menor o desconocerlo.

Así pues, el *ius cogens* se constituye como un conjunto de normas que vinculan internacionalmente al Estado, y que caracteriza buena parte de las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos, formando un núcleo duro entorno a la protección de la persona.¹¹⁷

Como ya precisamos párrafos arriba, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en su “Parte III. Observancia, aplicación e interpretación de los tratados”, Sección Primera. Observancia de los tratados”, punto 26. “*Pacta sunt servanda*”: todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Es decir, los pactos son para cumplirse. Los tratados sobre derechos de las personas con discapacidad son para cumplirse.

Por lo anterior volvemos hacer especial énfasis en que el concepto de *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos señala la obligación de los países de promover, garantizar y proteger los derechos humanos. Este *corpus juris* internacional para

¹¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos*, en CARBONELL, Miguel, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2002. p. 298.

¹¹⁷ CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Editorial Porrúa, México 2009. p. 19.

el presente caso contiene los ya señalados instrumentos internacionales de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos ha sido establecida en numerosas decisiones de órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que los tratados de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano.¹¹⁸

De esta manera, los Estados asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción que pueden ser tanto de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física y similares) cuanto obligaciones positivas (crear instituciones de promoción, protección y defensa de los derechos humanos). En el tema que nos ocupa la obligación del Estado mexicano de legislar para crear un organismo público específico para la protección de los derechos de las personas con discapacidad es una acción positiva fundamentada en un amplio marco internacional y nacional de este sector de la población.

Incluso debemos comentar que este *corpus juris* es reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), como necesario e indispensable para la mejor interpretación y aplicación de esta Convención al expresar que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹¹⁸ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 105.

Finalmente, como señala el autor Humberto Nogueira Alcalá, podemos afirmar que la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional y del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno y del derecho internacional.¹¹⁹

2) Obligación del Estado de garantizar los derechos en el Sistema interamericano

Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son fundamento jurídico de las obligaciones de los Estados respecto de la protección de los derechos humanos a nivel regional. México es Estado parte de la Convención Americana cuyo artículo 1.1 establece la obligación de los Estados de respetar los derechos, en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Sobre la interpretación de este artículo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella.¹²⁰ De tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.¹²¹

¹¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Op. Cit.* p. 354.

¹²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 208; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 163; y Corte IDH. *Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 76.

¹²¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 83; Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 91; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 109; y Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Sentencia 25 de noviembre de 2004, párr. 219.

Además, el artículo 2 de dicha Convención regula el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, de manera que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La Corte Interamericana ha precisado que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹²²

Así también, la Corte IDH precisa que los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad.¹²³

Por lo que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana constituyen la base para la determinación de las obligaciones de un país como México, que ha firmado y ratificado tratados interamericanos de derechos humanos, pero también del sistema universal.

De estas obligaciones generales derivan a su vez deberes especiales, determinables en función de las particulares características de protección del sujeto, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, tales como extrema pobreza, diversidad cultural, niñez o discapacidad, en este último supuesto se encuentra el grupo de población al que va dirigida la protección que brindará el organismo gubernamental específico propuesto en el presente trabajo.

No olvidemos que los Estados tienen la obligación de garantizar todos los derechos. Ello implica como se reseña en el caso de la Corte Interamericana “Velázquez Rodríguez Vs. Honduras”, el Estado tiene el deber de organizar todo el aparato estatal para asegurar

¹²² *Idem.*

¹²³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 98.

el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos amparados por la Convención Americana.

Así en el párrafo 29 de la Opinión Consultiva 2/82 “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” la Corte Interamericana estableció un importante señalamiento sobre el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de esta consulta realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos sobre Derechos Humanos:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Esta es la caracterización más importante con respecto al objeto y fin del tratado: la naturaleza especial de carácter normativo en función del objeto directo de las disposiciones contractuales en el instrumento internacional, consistente en la protección de las personas por parte del Estado que ha aceptado obligarse.¹²⁴

El carácter especial de los tratados internacionales y las consecuencias que de ellos se derivan, se aplican aun con mayor razón a la Convención Americana, cuyo Preámbulo, en sus dos primeros párrafos, establece:

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de

¹²⁴ CABALLERO OCHOA, José Luis. *Op. Cit.* p. 21.

la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Incluso la Corte IDH¹²⁵ retoma lo dicho por la Corte Europea de derechos Humanos en “Austria vs. Italy”, Application No. 788/60:

las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes.

Así también, la Comisión Europea de Derechos Humanos, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos, enfatizó, además, que:

El propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.¹²⁶

3) Obligación del Estado de garantizar los derechos consagrados en la Convención sobre Derechos de las Personas con discapacidad

El artículo 4 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, denominado “Obligaciones generales”, señala claramente la obligación del Estado Parte de dar cumplimiento con las obligaciones contraídas al momento de la ratificación de este instrumento internacional:

¹²⁵ Corte IDH. *Opinión Consultiva 2/82 “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. Párr. 29.

¹²⁶ *Ídem*.

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;
- f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Por su parte el artículo 33.1 “Aplicación y seguimiento nacionales”, de la Convención, precisa la obligación del estado de contar con el organismo o los organismos

gubernamentales que garanticen plenamente los derechos de las personas con discapacidad:

1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.

2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.

Es precisamente el artículo 33.1 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que genera la obligación convencional de nuestro país de crear un organismo gubernamental específico para transversalizar la perspectiva de los derechos de este sector de la población en la política pública y así dar pleno cumplimiento a los derechos de las personas con discapacidad.

El autor Gerard Quinn dice respecto del artículo 33 de la Convención, que este es prácticamente único en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, y es enfático cuando indica que el punto 1 de este artículo (33.1) es diferente al 2 (33.2), el primero habla de “aplicación” y el “segundo” de monitoreo, dos acciones muy distintas entre sí. Mientras el “monitoreo” lo puede realizar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la “aplicación” de la Convención, con todas las vertientes en profesionalización que son necesarias para articular el pleno cumplimiento de las obligaciones convencionales relacionadas con los derechos contenidos en este instrumento internacional, requiere de un organismo nacional con las funciones y personas especializadas.¹²⁷

¹²⁷ Cfr. QUINN, Gerard, *La convención de la organización de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Instituciones nacionales como catalizadores clave del cambio, en mecanismos nacionales de monitoreo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Red de Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos del Continente Americano

4) Obligación constitucional del Estado de garantizar los derechos consagrados en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

En el Título Primero, Capítulo I “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, artículo 1º de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, encontramos la obligación de nuestro país de dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales en materia de derechos de las personas con discapacidad, el texto de esta norma dice:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

. . .

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis: XXVII.3o. J/24 (10a.). Décima Época. Libro 15, febrero de 2015, Tomo III. Pág. 2254. Jurisprudencia (Constitucional), ha precisado la obligación de las autoridades de garantizar los derechos humanos como lo señala el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; indicando que la finalidad de esta obligación es la realización del derecho fundamental, por lo que la autoridad debe facilitar actividades que tiendan a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE GARANTIZARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a *la obligación de garantizarlos; y como la finalidad de esta obligación es la realización del derecho fundamental, requiere* la eliminación de restricciones al ejercicio de los derechos, así como la provisión de recursos o *la facilitación de actividades que tiendan a lograr que todos se encuentren en aptitud de ejercer sus derechos fundamentales*. La índole de las acciones dependerá del contexto de cada caso en particular; así, la contextualización del caso particular requiere que el órgano del Estado encargado de garantizar la realización del derecho tenga conocimiento de las necesidades de las personas o grupos involucrados, lo que significa que debe atender a la situación previa de tales grupos o personas y a las demandas de reivindicación de sus derechos. Para ello, el órgano estatal, dentro de su ámbito de facultades, se encuentra obligado a investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos que advierta, de forma que su conducta consistirá en todo lo necesario para lograr la restitución del derecho humano violentado. Por tanto, su cumplimiento puede exigirse de inmediato (mediante la reparación del daño) o ser progresivo. En este último sentido, la solución que se adopte debe atender no sólo al interés en resolver la violación a derechos humanos que enfrente en ese momento, sino también a la finalidad de

estructurar un entorno político y social sustentado en derechos humanos. Esto implica pensar en formas de reparación que, si bien tienen que ver con el caso concreto, deben ser aptas para guiar más allá de éste. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Es así que, el artículo 1° de la carta magna resume todo lo que hemos citado a lo largo del presente trabajo respecto de las obligaciones convencionales de nuestro país sobre los derechos de las personas con discapacidad con el objetivo de lograr la plena inclusión de este sector de la población; es así que precisa que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; seguido del señalamiento claro de la obligación de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, quedando prohibida toda discriminación motivada por discapacidad.

V. CONCLUSIONES

1. Aun cuando a nivel universal, regional y nacional contamos con un marco jurídico que ha evolucionado hacia el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, este sector es víctima de discriminación y dependencia de todo tipo.
2. Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se inicia un cambio en el modelo de elaboración e implementación de las políticas públicas dirigidas a este sector de la población, dejando de lado los modelos de prescindencia y asistencialista o médico para dar paso al modelo social y de derechos.
3. El artículo 1° de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos precisa que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; seguido del señalamiento claro de la obligación de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, quedando prohibida toda discriminación motivada por discapacidad.
4. A nivel internacional México debe cumplir con sus compromisos internacionales derivados del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos “Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno” y del artículo 4 de la Convención sobre los

Derechos de las Personas con discapacidad, de garantizar todos los derechos contenidos en la Convención.

5. El artículo 33.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisa la obligación del Estado de contar con el organismo o los organismos gubernamentales que garanticen plenamente los derechos de las personas con discapacidad: Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.

Es el artículo 33.1 de la Convención el que genera la obligación convencional de nuestro país de crear un organismo público específico para transversalizar la perspectiva de los derechos de este sector de la población en la política pública y así dar pleno cumplimiento a los derechos de las personas con discapacidad.

6. Las obligaciones constitucionales y convencionales de nuestro país son la base que sustenta la hipótesis respecto de la creación de organismo público específico de protección y atención a las múltiples necesidades de las personas con discapacidad, ya que existen innumerables instrumentos internacionales que precisan la obligación de nuestro país de lograr la plena inclusión de las persona con discapacidad, que no se obtendrá a través del modelo medico asistencialista, por lo que proponemos ante la complejidad de la atención a este sector de la población y las obligaciones constitucionales y convencionales de México, la creación de un organismo especializado para lograr el pleno reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

7. Para lograr transversalizar, en las diversas instancias de gobierno, los derechos contenidos en la Convención este organismo público deberá implementar actividades estratégicas que redunden en el desarrollo y la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad, entre otras: promover y difundir los derechos de este sector de la población; proponer el diseño de las políticas públicas en la materia; coordinar programas específicos en la materia; participar, apoyar y realizar estudios, proyectos, investigaciones jurídicas y propuestas legislativas de reforma al marco jurídico vigente que garanticen los derechos; así como coordinarse con las organizaciones de la sociedad civil a fin de canalizar sus propuestas y sugerencias a los diferentes órganos de la administración pública.

8. Finalmente, como ya hemos precisado a diez años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad nuestro país no ha logrado avances verdaderamente significativos en la inclusión plena de las personas con discapacidad y los retos cada día son más grandes y complejos, por lo que resulta necesario contar con un organismo público específico que logre dar cumplimiento al amplio pliego de obligaciones constitucionales e internacionales de nuestro país en el tema de derechos de las personas con discapacidad.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

- ASATASHVILI, Aleks, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Seminario internacional: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación – Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea – Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2007.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (Compiladora), *Situación de dependencia, discapacidad y derechos: una mirada a la ley 39/2006*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, España 2010.
- BROGNA, Patricia (Compiladora), *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México 2009.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Editorial Porrúa, México 2009.
- De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*, Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Unión Interparlamentaria, Ginebra 2007.
- Documento informativo sobre la situación de las personas con discapacidad en México*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación”, CONAPRED, México 2010.
- ESCOBAR, Guillermo (Director), *Personas con discapacidad. VII informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama editorial, Madrid 2010.

GARCÍA CLARK, Rubén R., *Derecho a la diferencia y combate a la discriminación. Cuadernos de la igualdad*, Número 7, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México 2008.

Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto de investigación “El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español” financiado por la FUNDACIÓN ONCE. Diciembre de 2008.

Las personas con discapacidad en México: una visión al 2010, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), México 2013.

Los principales derechos de las personas con discapacidad, 2da. Edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 1996.

Modelo de atención a las personas con enfermedad mental grave, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos*, en CARBONELL, Miguel, compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2002.

QUINN, Gerard, *Derechos Humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas 2002.

_____, *La convención de la organización de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Instituciones nacionales como catalizadores clave del cambio, en mecanismos nacionales de monitoreo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Red de Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos del Continente Americano – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México 2008.

RBC. *Estrategias para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades, la reducción de la pobreza y la integración social de las personas con discapacidad. Documento de Posición Conjunta*. 2004, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Organización Mundial de la Salud (OMS).

Rehabilitación Basada en la Comunidad. Con y para Personas con Discapacidad. Ponencia Conjunta. 1994, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Organización Mundial de la Salud (OMS).

Panorama actual de los derechos humanos de las personas con discapacidad. La situación de México frente a los compromisos internacionales, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2003.

Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos. Los derechos de las personas con discapacidad, fascículo 6, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2003.

Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2009-2012. México 2009.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2014.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Derechos humanos y discapacidad. Textos jurídicos básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México.

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis: XXVII.3o. J/24 (10a.). Décima Época. Libro 15, febrero de 2015, Tomo III. Pág. 2254. Jurisprudencia (Constitucional).

Legislación internacional

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

las Personas con Discapacidad.

Protocolo Facultativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Casos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia 25 de noviembre de 2004.

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 8 de octubre de 2015.

Opinión Consultiva 2/82 “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

ONU

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

Declaración de los Derechos de los Impedidos.

Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.

Internet

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/PtcionENADIS2017_08.pdf.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, “La discapacidad en México, datos al

2014”, México 2016. Disponible en:

http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bviegip/productos/nueva_estruc/702825090203.pdf.

Organización Mundial de la Salud. Disponible en:
<http://www.who.int/features/factfiles/disability/facts/es/index.html>.

Organización Mundial de la Salud. Discapacidades. Disponible en:
<http://www.who.int/topics/disabilities/es/>.

Recepción: 18 de abril de 2018.

Aceptación: 28 de noviembre de 2018.

DERECHOS HUMANOS Y SEGURIDAD HOSPITALARIA EN MÉXICO

HUMAN RIGHTS AND HOSPITAL SECURITY IN MEXICO

Alma de los Ángeles RÍOS RUÍZ*

Antonio FUENTE DEL CAMPO**

RESUMEN. La seguridad sanitaria es por su naturaleza colectiva, responsabilidad del sistema público de salud, ya que mantiene una relación con la calidad de la atención y el balance positivo entre sus riesgos y beneficios, al mismo tiempo que se ocupa de disminuir los peligros asociados a la atención de salud. El tema de la seguridad es fundamental por sus implicaciones en la salud y la vida del ser humano. El derecho a la salud es un derecho humano consagrado en tratados internacionales y en las legislaciones nacionales, mientras que el cuidado de la salud es una necesidad social y ante los riesgos y peligros existentes en el ambiente hospitalario, es indispensable adoptar programas de seguridad en beneficio de sus usuarios como de su personal.

Palabras clave: seguridad sanitaria, derecho humano, derecho a la salud, salud, calidad, atención médica.

ABSTRACT. Health security is by its collective nature, the responsibility of the public health system, since had a relationship with to the quality of care and the positive balance between its risks and benefits, at the same time that it deals with diminishing dangers associated with health care. The issue of security is fundamental because of its implications in the health and life of the human being. The right to health is a human right enshrined in international treaties and national legislations; while health care is a social necessity and, in view of the risks and dangers existing in the hospital environment, it is essential to adopt safety

* Profesor definitivo, Tiempo completo "C", Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1.

** Profesor de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Departamento de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México. División de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Hospital General "Dr. Manuel Gea González", Ciudad de México. Miembro titular de la Academia Nacional de Medicina de México. Miembro emérito de la Academia Mexicana de Cirugía. Coordinador del Subcomité de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Facultad de Medicina, UNAM. Director académico de la Asociación Mexicana de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva. Director de la Clínica de Cirugía Plástica "Aquel".

programs, since not doing so puts everyone who participates and makes use of the hospital at risk, as well as to the environment.

Keywords: health security, human right, right to health, health, quality, medical care.

1. El derecho humano a la salud

Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Además de los principios de universalidad y no discriminación, los derechos humanos están interrelacionados, son interdependientes e indivisibles; es decir, no se respetan aleatoriamente, pues unos influyen en el disfrute de otros.

La salud como derecho humano

La salud no es solo ausencia de enfermedad o acceso a la atención médica; es un derecho fundamental que toca todos los aspectos de la vida, por lo cual es importante entender la salud del modo más amplio posible. La Organización Mundial de la Salud estableció como definición de salud *el estado de completo bienestar físico, mental y social*.¹²⁸

A esta definición de salud se han ido incorporando otras dimensiones, como la capacidad de funcionar o la salud como un fenómeno continuo y dinámico a lo largo del tiempo, hasta llegar a instaurarse la idea de que la salud es un fenómeno multidimensional. Así pues, se constata que la noción de salud ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde un enfoque médico-biológico hasta un concepto global e integral que incorpora el paradigma socio-ecológico.¹²⁹

El derecho a la salud se ha ido desarrollando a través de las demandas sociales de los ciudadanos, conformando la definición actual de la salud: el estado de absoluto bienestar físico, mental y social –definición institucionalizada internacionalmente en 1946 con la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS¹³⁰).

En el caso de los migrantes ilegales, la protección de los derechos humanos entre los que se encuentra el derecho a la salud, ha ido adquiriendo un creciente reconocimiento

¹²⁸ OMS (2006). "Constitución de la Organización Mundial de la Salud". Organización Mundial de la Salud. [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2018] Recuperado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

¹²⁹ Prosalus y Cruz Roja Española (2014). *"Comprendiendo el derecho humano a la salud"*. Madrid, Edit. Advantia, pp. 114.

¹³⁰ La Organización Mundial de la Salud (OMS, en inglés WHO - World Health Organization) es un organismo especializado de las Naciones Unidas fundado en 1948, cuyo objetivo es alcanzar para todos los pueblos el máximo grado de salud, La OMS presta especial atención a la lucha contra los problemas sanitarios más importantes, sobre todo en los países en desarrollo y en contextos de crisis.

y ha mejorado su posición en la agenda internacional. Con el fin de cumplir sus obligaciones legales nacionales e internacionales, los gobiernos de muchas regiones del mundo han reconocido la necesidad de integrar las necesidades sanitarias y las vulnerabilidades de los migrantes en sus planes, políticas y estrategias nacionales¹³¹. Por consiguiente, los gobiernos se han percatado de la necesidad de formular programas y políticas de salud que traten de subsanar las desigualdades sanitarias y supriman los obstáculos al acceso a los establecimientos, los bienes y los servicios de salud.

Lo anterior es importante y guarda relación con la gran cantidad de desplazados en México. De acuerdo con el sitio electrónico, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, miles de personas han tenido que abandonar sus hogares a causa de la violencia en México, siendo un total de 329,917 personas desplazadas entre los años 2006-2017¹³², de acuerdo con el estudio.

Más tarde, este derecho encontraría un mayor desarrollo dentro del área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), sufriendo como consecuencia el enfoque erróneo de los gobiernos frente a los problemas de salud; ya que estos solo se centraban en resolver dichos problemas a partir de la beneficencia pública.

Ahora, el derecho a la salud se considera como un derecho que integra no sólo la idea de curar la enfermedad, sino también de prevenirla; por lo que el entorno físico y social del hombre adquiere una nueva relevancia dentro de este derecho. Esta nueva concepción de la salud implica una mayor protección del ser humano, así como un mayor compromiso administrativo y económico por parte de los Estados. Esta definición, caracterizada por su amplitud, pone de manifiesto la necesidad de delimitar el alcance y determinar las implicaciones del derecho a la salud¹³³.

Conocer los elementos que lo integran y sus características, resulta imprescindible para establecer un mecanismo de verificación y control de las obligaciones de los Estados.

El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud¹³⁴.

¹³¹ OIM (2013). *"Migración internacional, salud y derechos humanos Organización Internacional para las Migraciones"*. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2018]. Recuperado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

¹³² Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, <http://cmdpdh.org/temas/desplazamiento-interno-forzado-cifras-2017/>

¹³³ MONTIEL, L. (2004). "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria" en *Revista IIDH*, Vol. 40, pp. 291-313

¹³⁴ *Ídem*.

El derecho a la salud significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludable y seguro, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria. Como menciona el doctor Alcántara, la salud es un fenómeno que trasciende el campo exclusivamente médico, por lo que requiere la intervención de otras disciplinas para poder abarcar cada una de sus dimensiones, como son la social, la económica, la de infraestructura, la educativa y de capital humano y la política. Por ejemplo, la aplicación de las ciencias sociales permitiría la creación de sistemas institucionales para dar asistencia, recursos y capacitación humana en pro de mejorar las condiciones de calidad de vida de los ciudadanos.¹³⁵

En este sentido, debe entenderse a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El derecho a la salud está consagrado en tratados internacionales y regionales de derechos humanos, y en las constituciones de países de todo el mundo, tal como se señala a continuación:

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹³⁶ consagra el derecho a la salud en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se considera el instrumento fundamental para la protección del derecho a la salud; en este se reconoce el derecho de que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

¹³⁵ Alcántara, G. (2008). “La definición de la salud de la OMS y la interdisciplinariedad”. En *Sapiens Revista Universitaria de Investigación*, año 9, N. 1, junio, pp. 93-107

¹³⁶ Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948

En el artículo 12¹³⁷ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que para que el Estado asegure la plena efectividad del derecho a la salud son necesarios:

- La reducción de la mortalidad infantil y la garantía del sano desarrollo de los niños;
- El mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- La creación de condiciones que aseguren el acceso de todos a la atención de la salud.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹³⁸ se reconoce en el artículo XI, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹³⁹ dispone que los Estados Partes deban adoptar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en la atención médica, a fin de asegurar el acceso a servicios de salud, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como “Protocolo de San Salvador”¹⁴⁰, reconoce que toda persona tiene derecho a la salud, como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴¹ establece en su artículo 24 que los Estados Partes deben reconocer el derecho de las niñas y los niños al disfrute de la salud

¹³⁷ Naciones Unidas (3 de enero de 1976). Artículo 12. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹³⁸ CIDH (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia.

¹³⁹ Naciones Unidas (1979). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018] Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

¹⁴⁰ OEA. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador [Versión Adobe Reader]*. San Salvador, El Salvador.

¹⁴¹ UNICEF (1989). *Convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Asunción, Paraguay, Ed. Grafitec.

de más alto nivel, así como a los servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁴², en el año 2000 adoptó una observación general (número catorce del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) sobre el derecho a la salud. En dicha observación general asevera que el derecho a la salud abarca no sólo la atención de salud oportuna, sino también el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

El derecho a la salud está estrictamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos como: la vida, la dignidad humana, vivienda, alimentación, no discriminación, igualdad, acceso a la información, vida privada, entre otros¹⁴³.

En este sentido, es visible que el derecho humano a la salud no se circunscribe solamente a la atención médica, sino que comprende una serie de factores socioeconómicos, mínimos necesarios, tales como: alimentación adecuada, agua limpia y potable, vivienda digna, condiciones de trabajo seguro, condiciones sanitarias adecuadas, entre otras.

Ahora bien, una vez que de forma panorámica hemos dado un vistazo a los diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, que contemplan este derecho a la salud, resulta preciso comprender que el objeto de los mismos, como piedra angular de protección, amparo y promoción de este derecho, es lograr incidir para que las personas logren alcanzar su potencial de salud en las distintas etapas de su vida.

La importancia de estos instrumentos radica además, en el hecho de que colocan como foco central el tema de la salud, vista como derecho fundamental de todos los seres humanos, lo que pone en manifiesto la imperiosa necesidad de que exista equidad en el ejercicio de este derecho y para lo cual, resulta de vital importancia la participación no sólo del Estado como ente garante y miembro signante de estos instrumentos, sino también de las personas, grupos, comunidades e instituciones, que en su conjunto coadyuvan a la materialización de este derecho en el terreno fáctico.

¹⁴² Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

¹⁴³ Nohely Bastidas Matheus, "LA MALA PRÁCTICA MÉDICA Y LOS DERECHOS HUMANOS", RAZÓN Y PALABRA. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf.

Con base en lo anterior, nos resulta más sencillo comprender y explicar los alcances de este derecho, que como queda en manifiesto, no se garantiza únicamente con la prestación de servicios de salud para la curación o rehabilitación de las enfermedades, sino que va más allá, al deber contemplar aspectos como la investigación clínica, la formación del personal sanitario de las instituciones prestadoras de servicios de salud, y pretendiendo también que la persona, como titular de este derecho comparta su responsabilidad con el estado, ya que al ser objeto de políticas públicas para la promoción de la salud pública, estilos de vida sanos y educación en materia de prevención, debe adquirir conciencia sobre los beneficios de gozar de este derecho de forma integral, lo que sin duda es fundamental para lograr el cumplimiento de los objetivos planteados en las normativas regionales e internacionales que se han analizado.

Por tanto, la práctica médica debe abarcar desde las acciones singulares cotidianas de los profesionales y del equipo de salud con las personas, hasta la formulación e implementación de políticas públicas.

El derecho a la salud comprende algunas libertades, como el derecho a no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento, tales como los experimentos e investigaciones médicas o esterilización forzada; y a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹⁴⁴.

Como se ha señalado con anterioridad, es obligación de los Estados el proteger y promover los derechos humanos. Las obligaciones a este respecto están definidas y garantizadas por el derecho consuetudinario internacional y los tratados internacionales de derechos humanos, que imponen a los Estados que los han ratificado, la obligación de hacer efectivos esos derechos.

Por ese motivo, resulta fundamental establecer mecanismos de rendición de cuentas para garantizar el respeto de las obligaciones que se derivan del derecho a la salud para los Estados. La vigilancia y la rendición de cuentas de los Estados tienen lugar a nivel nacional, regional e internacional e involucra a diversos agentes; a saber, el propio Estado, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos u órganos creados en virtud de tratados internacionales¹⁴⁵.

Ante el derecho a la protección de la salud, surge la obligación de las instituciones médicas y de todo su personal de brindar una atención médica que colme dichos principios;

¹⁴⁴ El derecho a la salud, Folleto informativo N° 31, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra 2008, p. 4.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.45.

por lo que, si su actuación omitiere hacerlo, éstos serían sujetos de una responsabilidad jurídica.

Relación entre la salud y los derechos humanos

Entre la salud y los derechos humanos existen vínculos complejos los cuales se explican a continuación, de acuerdo a la OMS:

- La violación o la desatención de los derechos humanos pueden tener graves consecuencias para la salud;
- Las políticas y los programas sanitarios pueden promover los derechos humanos o violarlos, según la manera en que se formulen o se apliquen;
- La vulnerabilidad a la mala salud se puede reducir adoptando medidas para respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. El contenido normativo de cada derecho se enuncia completamente en los instrumentos de derechos humanos. A continuación, figuran algunos ejemplos de cómo está formulado en los instrumentos de derechos humanos el contenido normativo de algunos de los demás derechos humanos clave que guardan relación con la salud:
 - Tortura¹⁴⁶, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.»
 - Violencia contra los niños¹⁴⁷: Se adoptarán «todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual».
 - Prácticas tradicionales nocivas¹⁴⁸: Se adoptarán «medidas eficaces y apropiadas [...] para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños».
 - Participación¹⁴⁹: El derecho a una participación «activa, libre y significativa».

¹⁴⁶ Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

¹⁴⁷ UNICEF (1989). Artículo 19. *Convención sobre los Derechos del Niño. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*.

¹⁴⁸ CRLP (2000). "Prácticas tradicionales nocivas que afectan a los derechos reproductivos: circuncisión femenina/mutilación genital femenina (CF/MGF)" en *Derechos Reproductivos 2000: Hacia Adelante*. Programa Internacional del Centro Legal de Derechos Reproductivos y Políticas Públicas. Washington D.C.

¹⁴⁹ Naciones Unidas (1986). *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Asamblea General de la ONU, Resolución 41/128, 04 de diciembre de 1986.

- Información¹⁵⁰: «Libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.»

- Intimidad¹⁵¹: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.»

- Progreso científico¹⁵²: El derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

- Educación¹⁵³: El derecho a la educación, en particular a conocer los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, y a recibir apoyo para aplicar esos conocimientos.

- Alimentación y nutrición¹⁵⁴: El derecho de toda persona a una alimentación adecuada y el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre.

- Nivel de vida¹⁵⁵: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados; y a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

- Derecho a la seguridad social¹⁵⁶: El derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Asimismo, es importante tener en consideración las estadísticas del desarrollo de todos los puntos anteriores. Es así como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, año con año realiza y publica un informe que mide el Índice de Desarrollo Humano (IDH).

El Índice de Desarrollo Humano mide tres dimensiones, sobre las cuales saca un promedio de 0 a 1:

1. La esperanza de vida al nacer, enfocada a la capacidad de llevar una vida larga y saludable.

¹⁵⁰ OEA. (2015). Artículo 13. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Libertad de Pensamiento y de Expresión

¹⁵¹ CIDH (1948). Artículo 12. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia.

¹⁵² Naciones Unidas (2012). *El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*. [Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018] Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/benefitfromscientificprogress.aspx>

¹⁵³ UNICEF (1989). Artículo 24. derecho a la salud y los servicios médicos. Capítulo II

¹⁵⁴ UNICEF (1989). *Convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Asunción, Paraguay, Ed. Grafitec.

¹⁵⁵ Naciones Unidas (1979). *Op. Cit.*

¹⁵⁶ Naciones Unidas (3 de enero de 1976). Artículo 9. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

2. Los años promedio de escolaridad, que reflejan la posibilidad de adquirir conocimiento.

3. El producto interno bruto per cápita, como un indicador de poder tener un nivel de vida “decente”.¹⁵⁷

México ocupa la posición 77 en el índice de Desarrollo Humano, con lo que no llega ni al Top 30 del listado realizado por Naciones Unidas que considera 188 países.¹⁵⁸

Ranking Latinoamérica	País	Ranking mundial	Puntaje	Calificación
1	Chile	38	0,847	Muy alto
2	Argentina	45	0,827	Muy alto
3	Uruguay	54	0,795	Alto
4	Panamá	60	0,788	Alto
5	Trinidad y Tobago	65	0,780	Alto
6	Costa Rica	66	0,776	Alto
7	Cuba	68	0,775	Alto
8	Venezuela	71	0,767	Alto
9	México	77	0,762	Alto
10	Brasil	79	0,754	Alto

Fuente: Imagen extraída del diario Expansión, <https://expansion.mx/mundo/2017/03/28/el-avance-de-america-latina-en-jaque-por-la-desigualdad>

¿Qué se entiende por “enfoque de la salud basado en los derechos humanos”?

Por “enfoque de la salud basado en los derechos humanos” se entiende:

- Utilizar los derechos humanos como marco para el desarrollo sanitario.
- Evaluar las consecuencias que tiene cualquier política, programa o legislación sanitaria para los derechos humanos, y adoptar medidas al respecto.
- Tener en cuenta los derechos humanos en la concepción, la aplicación, la supervisión y la evaluación de todos los tipos de políticas y programas (políticos, económicos y sociales, entre otros) que guarden relación con la salud.

Los principios fundamentales a aplicar en esos procesos sugerirían los siguientes¹⁵⁹:

¹⁵⁷ Expansión, <https://expansion.mx/mundo/2017/03/28/el-avance-de-america-latina-en-jaque-por-la-desigualdad>

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ OMS (2002). “*Veinticinco Preguntas y Respuestas Salud y derechos humanos*”. Organización Mundial de la Salud. [Fecha de consulta: 02 de marzo de 2018] Recuperado de <http://www.who.int/hhr/activities/Q%26AfinalversionSpanish.pdf>

✓Respetar la dignidad humana.

✓Conceder atención a los grupos de la sociedad considerados más vulnerables. En otras palabras, reconocer y tener presentes las características de las personas a las que afectan las políticas, las estrategias y los programas sanitarios; esto es: los niños y niñas, los adolescentes, las mujeres y los hombres; los pueblos indígenas y tribales; las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas; los desplazados internos; los refugiados; los inmigrantes y los migrantes; las personas de edad; las personas con discapacidad; los presos; los grupos de personas desfavorecidas desde el punto de vista económico o marginadas por algún otro motivo, y los grupos vulnerables.

✓Garantizar que los sistemas sanitarios se hagan accesibles a todos, especialmente a los sectores más vulnerables o marginados de la población, de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.

✓Adoptar una perspectiva de género y reconocer que los factores biológicos y socioculturales influyen considerablemente en la salud de hombres y mujeres y que en las políticas y los programas es necesario tener presentes esas diferencias.

✓Garantizar la igualdad y la no discriminación, ya sea voluntaria o involuntaria, en la formulación y puesta en práctica de los programas de salud.

✓Desglosar los datos relativos a la salud para determinar si hay discriminación subyacente.

✓Garantizar la participación libre, fructífera y efectiva de los beneficiarios de las políticas o programas de desarrollo sanitario en los procesos de adopción de las decisiones que los afectan.

✓Promover y proteger el derecho a la educación y el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas relativas a las cuestiones de salud. Ahora bien, el derecho a la información no debe menoscabar el derecho a la intimidad, lo que significa que debe darse un trato confidencial a los datos personales relativos a la salud.

✓Dejar que una política o un programa sanitario limite el ejercicio o el disfrute de un derecho únicamente como último recurso, y no considerar que ello es legítimo salvo si se cumplieran todas las disposiciones previstas en los Principios de Siracusa.

✓Confrontar las consecuencias para los derechos humanos de cualquier ley, política o programa sanitario con los objetivos de salud pública que se persiguen, y conseguir un equilibrio óptimo entre la obtención de resultados positivos desde el punto de vista de la salud pública y la promoción y protección de los derechos humanos.

✓Hacer referencias explícitas a las normas y reglas internacionales de derechos humanos con el objeto de poner de relieve la forma en que los derechos humanos se aplican a una política, un programa o una ley sanitaria, y la relación existente entre ellos.

✓Perseguir como objetivo explícito fundamental de las actividades destinadas a mejorar la salud, la realización del derecho al goce del grado máximo de salud que se pueda lograr.

✓Enunciar las obligaciones concretas de los gobiernos sobre el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos.

✓Definir puntos de referencia e indicadores para supervisar la realización progresiva de los derechos en la esfera de la salud.

✓Aumentar la transparencia y exigir una gestión más responsable de las cuestiones de salud como principio fundamental en todas las etapas del desarrollo de los programas.

✓Introducir salvaguardias para proteger de las principales amenazas a las minorías, los migrantes y otros grupos «impopulares» en los países, a fin de contrarrestar los desequilibrios de poder. Ejemplo de ello sería el establecimiento de mecanismos de recurso para los casos de violaciones de los derechos relacionados con la salud.

Todos estos principios, en su conjunto y de forma eslabonada deben ser considerados como el foco central para lograr el pleno ejercicio de los derechos humanos, no obstante y aun cuando reconocemos que en el marco normativo internacional contamos con esas directrices, el caso de nuestro país se encuentra alejado de esa realidad teórica, toda vez que la protección a los derechos humanos en México sigue siendo muy precaria, pues de acuerdo con estadísticas al cierre de 2016 la CNDH recibió 45,690 solicitudes de queja, de los cuales 14,494 fueron calificados como presuntamente violatorios de derechos humanos; en tanto que los OPDH recibió 172,078 y atendió 80,820¹⁶⁰ ambos datos arrojados a finales de 2017.

Esto pone en manifiesto que, como país en materia de Derechos Humanos, aún tenemos grandes retos, en materia de derecho sanitario por ejemplo, aún queda pendiente la construcción de un sistema de salud eficiente, equitativo y sostenible que ofrezca a la población un cuidado personalizado, preventivo y garante del ejercicio de un pleno derecho a la salud.

¹⁶⁰ Forbes, <https://www.forbes.com.mx/los-estados-con-mas-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-mexico/>

No obstante, la protección a los derechos humanos en México sigue siendo muy precaria, ya que de acuerdo con estadísticas al cierre de 2016 la CNDH recibió 45,690 solicitudes de queja, de los cuales 14,494 fueron calificados como presuntamente violatorios de derechos humanos; en tanto que los OPDH recibió 172,078 y atendió 80,820¹⁶¹ ambos datos arrojados a finales de 2017.

2. Seguridad sanitaria

Una obligación principal del gobierno con la población es proteger su vida y su salud. Este compromiso no es sólo ético, sino que debe contar con estructura institucional que lo respalde día con día. Esta debe tener dos pilares básicos. El primero es un sistema de vigilancia e intervención epidemiológica con la capacidad de detectar y enfrentar oportunamente una emergencia de salud. El segundo es un sistema de protección contra riesgos sanitarios; por ejemplo, sustancias tóxicas en alimentos y bebidas, fármacos con efectos secundarios graves, publicidad engañosa, etcétera¹⁶².

La seguridad sanitaria es, por naturaleza, colectiva y responsabilidad del sistema público de salud. México cuenta formalmente con un sistema de vigilancia epidemiológica y una Comisión Federal de Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris). Sin embargo, durante el año pasado ambos han probado ser más de papel que estructuras sólidas y actuantes¹⁶³.

El tema de la seguridad es fundamental por sus implicaciones para la salud y la vida del ser humano. Toda organización debe asumir la gestión del riesgo de seguridad para lograr el compromiso de sus integrantes y prepararse para la identificación, prevención, reducción, eliminación, sustitución y mitigación de los factores que puedan desencadenar emergencias. Orientar la toma de decisiones para fortalecer las condiciones de la infraestructura, mitigar riesgos potenciales del ambiente, asumir el cumplimiento normativo de la gestión en la seguridad en los Hospitales; además de la aplicación de normas regulatorias antisísmicas en el diseño y la construcción de la infraestructura; aplicación de medidas sanitarias; conformación de brigadas de emergencias; Declaración de políticas de prevención y control de emergencias y desastres; aplicación de normas de construcción. Los entes territoriales y la declaración Universal de los Derechos Humanos se encargarán de vigilar que los conceptos anteriores sean cumplidos.

¹⁶² Laurell, A. C. (5 de febrero de 2010). "Seguridad sanitaria incierta". La Jornada. [Fecha de consulta: 29 de marzo de 2018] Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2010/02/05/ciencias/a03a1cie>

¹⁶³ *Idem*.

La Calidad de Atención se ha convertido en los últimos años en un tema relevante en las agendas de Gobierno en materia de salud. Bajo las actuales exigencias en salud, las instituciones se han visto obligadas a incorporar este aspecto en la planificación de sus actividades, enfocadas principalmente a mantener un alto nivel en el continuo del cuidado de las personas.

La seguridad es una de las dimensiones de la calidad de atención. Su significado está orientado a un balance positivo entre riesgos y beneficios, reduciendo los peligros asociados a la atención de salud. El cuidado de la salud ha llegado a ser una necesidad social y se ha reconocido la necesidad de adoptar programas de seguridad ante los riesgos y peligros existentes en el ambiente hospitalario; ya que el omitirlo pondría en riesgo a todos los que colaboran y hacen uso del hospital, además del riesgo al daño ambiental¹⁶⁴.

Con base en lo anterior es que podemos advertir nuevamente, la importancia de la creación e implementación de políticas públicas destinadas a promover la cultura de la prevención en el ámbito de la salud, personal y pública, dirigiendo los esfuerzos para cubrir necesidades sanitarias a fin de procurar el desarrollo sostenible de un sistema de seguridad adecuado, que incluya por supuesto temas como la capacitación del personal sanitario y la investigación clínica, factores que en su conjunto lograrían el aumento de la calidad en materia de asistencia.

La praxis médica consiste en anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o la recuperación, conservación, y preservación de la salud de las mismas; el asesoramiento público o privado, así como las pericias que practican los médicos.¹⁶⁵ En nuestro país, la regulación de la práctica médica ha evolucionado con la participación de diversos actores: academias, colegios y asociaciones médicas; Consejo de Salubridad General, Secretaría de Salud, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Secretaría de Educación Pública y compañías aseguradoras; ¿pero regulación para qué?

El modelo de regulación sanitaria se ha concebido como una práctica de autoridad en relación con el cumplimiento de normas y opera en un marco de rigidez que concentra sus acciones principalmente en la búsqueda de omisiones antes que en la identificación de

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ Alcántara Anaya, R.; Aguila-socho, *et. al.*, (2013). "Praxis médica". En *Cirujano General* Vol. 35 Supl. 2, pp. 164-166

soluciones y fomento de buenas prácticas de seguridad sanitaria¹⁶⁶. A fin de contribuir a lo anterior y con base en el sexto informe de labores de la Secretaría de Salud publicado en 2018, establece que para fortalecer la supervisión de establecimientos y servicios de salud, del 1 de septiembre de 2017 al 30 de junio de 2018 se han realizado 1,041 visitas de verificación sanitaria a establecimientos de servicios de salud y atención médica, así como clínicas de cirugía y procedimientos estéticos; es decir, 115 visitas mensuales, lo que representa un incremento de 36% en las actividades de vigilancia en esta materia en relación con el periodo anterior (78 visitas mensuales).¹⁶⁷

Así mismo y con aras de promover permanente y sistemáticamente todos los programas y acciones que permitan alcanzar una efectiva reducción de riesgos, el 7 de abril del 2016 se logró la publicación en el Diario Oficial de Federación del Estándar de Competencia 0686: Facilitación del Programa “6 Pasos de la Salud con Prevención”, con el cual se ha beneficiado a 4, 149,992 personas a través de 30,872 capacitadores. Se cuenta con 17 capacitadores bilingües que han impartido 709 cursos en lengua indígena a 86,504 personas; el curso se ha replicado 52,542 veces en todo el país.¹⁶⁸

Otro ejemplo del tema en discusión es que, para fortalecer la vigilancia epidemiológica y la Red Nacional de Laboratorios para la oportuna atención de emergencias y desastres, del 1 de septiembre al 30 de junio de 2018, se realizaron 14 avisos preventivos de viaje por los brotes de sarampión en la región de Europa, en Venezuela, y casos en Estados Unidos de América y Canadá. Asimismo, en se realizó un aviso preventivo de viaje dirigido a Brasil por la situación de fiebre amarilla en febrero de 2018 y este se actualizó en marzo de 2018. Se llevó a cabo el monitoreo 24/7 de todos los eventos meteorológicos, volcánicos, sismológicos, químicos, biológicos, radiológicos y nucleares ocurridos en el país.¹⁶⁹

La calidad, seguridad y efectividad de los servicios de atención médica son objetivos que conciernen a los gobiernos, a los profesionales de la salud y a la sociedad en su conjunto; la gestión de riesgos en los servicios sanitarios es el conjunto de actividades destinadas a identificar, evaluar y reducir o eliminar el riesgo de que se produzca un suceso adverso que afecte:

¹⁶⁶ Trujillo, A. (2009). “*Normatividad y regulación sanitaria en México*”. Rev Mex Med Tran, Vol. 2, Supl. 1, pp 32-34.

¹⁶⁷ Sexto informe de labores 2017-2018,

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/392447/6o_Informe_de_Labores_SS_2017-2018.pdf

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ *Idem*.

- Las personas: pacientes, personal sanitario, directivos y demás trabajadores.
- Las instalaciones: edificios, equipos y dispositivos médicos, mobiliario, medio ambiente.
- Los recursos económicos: Inversiones, fondos de crecimiento y desarrollo, recursos de investigación.
- El prestigio y renombre de la institución y sus profesionales: satisfacción del personal, reputación, propiedad intelectual, relevancia, atracción de clientes.

La regulación sanitaria en México es un proceso permanente y dinámico: depende de la propia actividad humana, el desarrollo de nuevos productos y servicios; también de los avances tecnológicos y el descubrimiento de alternativas terapéuticas cada vez más complejas. Así mismo, la consciencia de la calidad y seguridad aumenta gradualmente en la sociedad; por lo que se combina la gestión del riesgo y la gestión de la calidad en la elaboración del marco normativo para la regulación sanitaria¹⁷⁰.

Es así que a manera de corolario podemos indicar que la regulación sanitaria tiene por objeto prevenir, para evitar riesgos o daños en material de salud de la población, incidiendo e incentivando en aquellas prácticas positivas que coadyuvan a mejorar la salud individual y colectiva; para lo cual se requiere mejorar la calidad a través de la acreditación y la evaluación de elementos objetivos como la seguridad, capacidad, infraestructura, equipamiento y recursos humanos con que cuentan los establecimientos que brindan atención médica a la población con acceso a los servicios de salud.

3. El sistema de salud en México

El sistema de salud de México está compuesto por dos sectores: público y privado:

El sector público comprende a las instituciones de seguridad social; tales como: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Petróleos Mexicanos (PEMEX), Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), Secretaría de Marina (SEMAR) y otros, que prestan servicios a los trabajadores del sector formal de la economía y a las instituciones que protegen o prestan servicios a la población sin seguridad social, las cuales incluyen al Seguro Popular de Salud (SPS), a la Secretaría de Salud (SS), a los Servicios Estatales de Salud (SESA) y al Programa IMSS-Oportunidades (IMSS-O).

¹⁷⁰ Trujillo, A. (2009). "Normatividad y regulación sanitaria en México". Rev Mex Med Tran, Vol. 2, Supl. 1, pp 32-34.

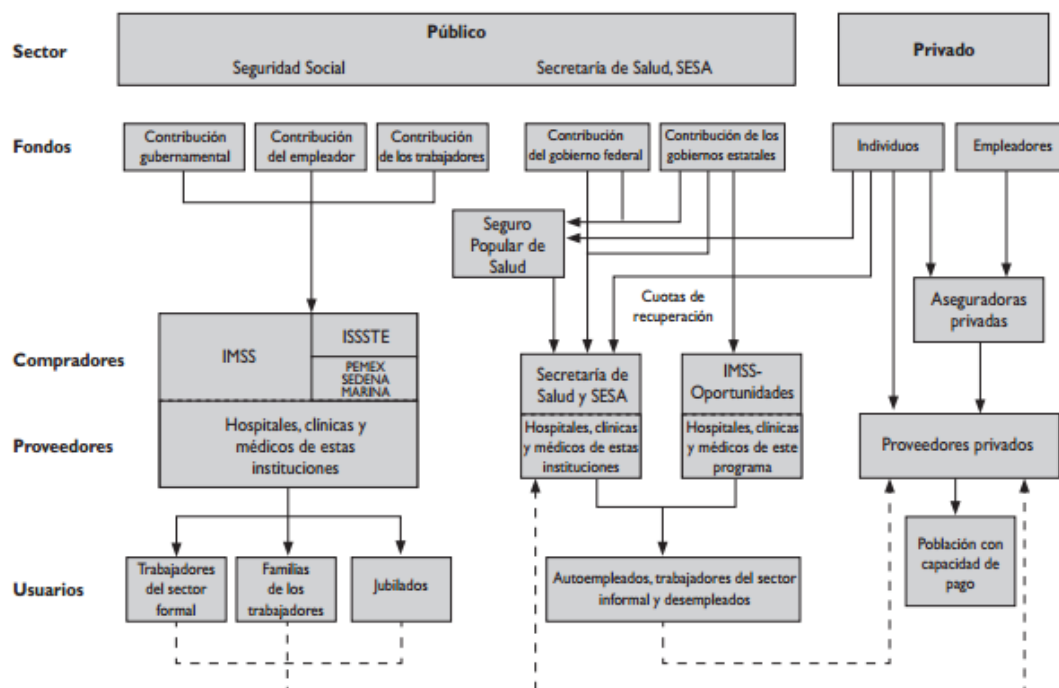
El sector privado presta servicios a la población con capacidad de pago. El financiamiento de las instituciones de seguridad social proviene de tres fuentes:

- a) Contribuciones gubernamentales.
- b) Contribuciones del empleador (que en el caso del ISSSTE, PEMEX, SEDENA y SEMAR es el mismo gobierno)
- c) Contribuciones de los empleados.

Estas instituciones prestan sus servicios en sus propias instalaciones y con su propio personal. Tanto la SS como los SESA se financian con recursos del gobierno federal y los gobiernos estatales, además de una pequeña contribución que pagan los usuarios al recibir la atención (cuotas de recuperación). La población de responsabilidad de la SS y de los SESA se atiende en las instalaciones de estas instituciones, que cuentan con su propio personal. El SPS se financia con recursos del gobierno federal, los gobiernos estatales y cuotas familiares, y compra servicios de salud para sus afiliados a la SS y a los SESA (y casualmente a proveedores privados). En último lugar, el sector privado se financia con los pagos que hacen los usuarios al momento de recibir la atención y con las primas de los seguros médicos privados, y ofrece servicios en consultorios, clínicas y hospitales privados¹⁷¹.

¹⁷¹ Octavio Gómez Dantés, Octavio Gómez Dantés, *et. al.*, 2Sistema de salud de México”, *Salud Pública*, número 2, vol. 53, pp. México, 2011, p.221.

Sistema de salud en México



Fuente: Imagen extraída del artículo “Sistema de salud de México” en la revista Salud Pública.

De acuerdo con el artículo 4º de la Constitución Política de México de 1917, la protección de la salud es un derecho de todos los mexicanos. Sin embargo, garantizarlo es el gran problema que representa el sistema de salud en México.

En el país hay tres distintos grupos de beneficiarios de las instituciones de salud:

1. Los trabajadores asalariados, los jubilados y sus familias.
2. Los autoempleados, trabajadores del sector informal, desempleados y personas que se encuentran fuera del mercado de trabajo, y sus familias.
3. La población con capacidad de pago.

El sistema de la salud de México expresa rezagos importantes en tres indicadores centrales: equidad, calidad y cobertura financiera. Además, también se caracteriza porque se encuentra fuertemente segmentado, lo cual origina que el derecho a la salud no sea garantizado para toda la población. El gasto público en salud ha estado concentrado en la población afiliada a la seguridad social; es decir, quienes acceden a los servicios de salud del IMSS o ISSSTE o PEMEX.

De acuerdo al Banco de México, el gasto total en salud es la suma del gasto público y privado en salud. Abarca la prestación de servicios de salud (preventivos y curativos), las actividades de planificación familiar, las actividades de nutrición y la asistencia de emergencia designadas para la salud, pero no incluye el suministro de agua y servicios sanitarios¹⁷².

Por otro lado, de acuerdo con el presupuesto de Egresos de la Federación 2018, la asignación del presupuesto fue el siguiente:

En el PEF-2018 se asignaron 564,935.7 millones de pesos al Sector Salud, monto que resulta superior en 0.6%, en términos reales, a lo aprobado para 2017.

El 95.4% de este monto se concentra en el IMSS, el ISSSTE y los ramos de Salud y de Aportaciones Federales para Entidades Federativas y Municipios; el restante 4.6% corresponde a Defensa Nacional, Marina y Aportaciones a Seguridad Social.

Los 15,330.2 mdp destinados a gasto de inversión en el Sector Salud, representan un incremento de 6.0% respecto a la asignación para 2017; sin embargo, sólo el 22.9% de ese monto corresponde a gasto de obra pública.¹⁷³

El desempeño del Sistema de Salud en México durante las últimas dos décadas puede caracterizarse a través de dos procesos centrales y confluentes entre sí: la fragmentación y el deterioro de la calidad de sus servicios derivados de la reducción sistemática y progresiva del gasto público en la materia:

- La fragmentación del sistema de salud y minimización progresiva de los servicios otorgados a la población abierta.
- El decremento de la calidad en los servicios.

Este proceso de disminución del gasto público en salud tiene su contraparte en la implementación de mecanismos de privatización selectiva de los servicios de salud: en la alternativa de colocar los servicios de salud en manos de particulares, el enfoque usado permea aquellos servicios que, por su costo intrínseco o por el poder adquisitivo de sus destinatarios, resultan más rentables. En contraposición, aquellos servicios poco rentables y que están destinados a la población de escasos recursos, mayormente del sector informal, aún son considerados como una responsabilidad del Estado más con una tendencia a ir

¹⁷² Banco Mundial, <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS>

¹⁷³ Recursos destinados al sector salud en el Presupuesto de Egresos de la Federación 2018, <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3832/1%20Publicaci%C3%B3n%20Recursos%20destinados%20al%20sector%20salud%20PEF%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

restringiendo progresiva y marcadamente los recursos que se les asignan y los servicios que incluyen¹⁷⁴.

Los indicadores del estado de salud de una nación son, en buena medida, reflejo de su nivel de desarrollo. De acuerdo a la OCDE, en el 2012, el gasto total en salud en México representó el 6.2% de su PIB; resultando como uno de los porcentajes más bajos entre los países de la OCDE (por encima únicamente de Estonia y Turquía) y muy por debajo del promedio de los países de la OCDE de 9.3%. Como resultado de una gran expansión en la cobertura de salud para los pobres y los no asegurados que comenzó en el 2004, la participación pública en el financiamiento del cuidado de la salud en México se ha incrementado en alrededor de 10 puntos porcentuales para situarse en 50% en el 2012. Sin embargo, esta tasa se mantiene como una de las más bajas entre los países de la OCDE (donde el promedio es del 72%), y alrededor de la mitad del gasto en salud en México es pagado directamente por los pacientes.¹⁷⁵

De acuerdo a información de Medigraphic de 2011¹⁷⁶, en México los prestadores de servicios de salud generan anualmente 187 millones de consultas generales, 41 millones de consultas de especialidad, 27 millones de consultas de urgencia, 1.5 millones de partos, 3.1 millones de intervenciones quirúrgicas y 4.5 millones de egresos hospitalarios. En el último trienio, más de 4.5 millones de consultas otorgadas.

En los primeros siete meses de 2009, las instituciones públicas del sector salud realizaron alrededor de 1.8 millones de intervenciones quirúrgicas. En ese mismo año, la ocupación hospitalaria registrada fue de 75%.

El principal problema del Sistema Nacional de Salud en materia de calidad es la enorme heterogeneidad que existe a este respecto entre los principales prestadores de servicios.

En este tenor, es de mencionar el porcentaje de complicaciones de los partos vaginales en los hospitales de los SESA (Servicios de Salud) y de la Secretaría de Salud Federal (0.48%) es 2.6 veces mayor que el porcentaje de los hospitales del IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social) (0.18%).

¹⁷⁴ Alejandro Cerda García, México: "El derecho a la salud" en Helena Gardeazábal (coord.), Derecho a la salud. Situación en países de América Latina, ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE MEDICINA SOCIAL, p. 152.

¹⁷⁵ Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación, <http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf>

¹⁷⁶ Gerardo Ricardo Zurita Navarrete, *Op. Cit.*, p. 42.

El porcentaje de apéndices perforados en los hospitales de los SESA y de la Secretaría de Salud es mayor de 6% contra menos de 2% en los hospitales del IMSS y poco más de 3% en las unidades hospitalarias del IMSS.

El porcentaje de readmisiones por colecistectomías abiertas en los hospitales menores de 60 camas del IMSS es de casi 2% contra menos de 1.5% en las unidades hospitalarias de la Secretaría de Salud.

El porcentaje de complicaciones de neumonías en pacientes de al menos 60 años asciende a casi 27% en los hospitales del IMSS, a 14% en los hospitales del ISSSTE y a menos de 23% en las unidades hospitalarias de los SESA y la Secretaría de Salud. Al referirse a los problemas de calidad técnica, no se pueden omitir los problemas de eficiencia.

El promedio de días estancia por hernioplastía inguinal en los hospitales de más de 120 camas del IMSS es de 1.5 días contra 2.6 días en los hospitales de los SESA y la Secretaría de Salud.

El promedio de días estancia para apendicetomías en hospitales menores de 60 camas del IMSS es 6.5 días contra 3 días en los hospitales de los SESA. El promedio de cirugías por quirófano en el IMSS es de casi 4 contra 2.2 en la Secretaría de Salud y 1.9 en PEMEX.

En los indicadores de calidad interpersonal también hay variaciones importantes. De acuerdo con la ENSA Nut 2006, el tiempo promedio de espera en consulta externa en el IMSS es de 90 minutos, contra menos de 30 minutos en las unidades del sector privado. El porcentaje de cirugías diferidas es de 20% en el ISSSTE, 18% en el IMSS, 18.2% en la Secretaría de Salud y 13% en el IMSS.

Los principales motivos de suspensión de cirugías son la falta de insumos, quirófanos y personal médico. Los usuarios de los servicios de la Secretaría de Salud son los que mejor califican la calidad de los alimentos y la limpieza de las instalaciones.

4. El derecho humano a la salud en México y seguridad sanitaria

El concepto del derecho a la protección de la salud en México se ha ido transformando al paso de los años. En síntesis, este derecho se concebía inicialmente como una cuestión religiosa o de mera caridad; posteriormente, con base en el movimiento de Reforma, el Estado mexicano se asumió como el único responsable de su cumplimiento, pero bajo un aspecto meramente individualista; finalmente, la revolución de 1910 y las ideas progresistas del constituyente de 1917, transformaron esta concepción otorgando al derecho a la salud su carácter social, al señalar al Congreso de la Unión facultades en la

materia.¹⁷⁷ El derecho a la salud está consagrado en la Constitución Política de México en la fracción cuarta del artículo 4: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.¹⁷⁸

De la lectura de dicho párrafo se desprende que debe existir concurrencia entre la Federación y las Entidades Federativas para hacer efectivo el derecho a la salud. Lo cual responde no sólo a un sano federalismo, sino también a una necesidad real y un interés fundamental de los mexicanos por procurar que todas las instancias de gobierno intervengan en su concreción, ya que sin el concurso de ambas instancias (federal y estatal) la acción sanitaria sería del todo ineficaz.

Asimismo, debe decirse que una interpretación armónica de la Constitución permite inferir que los municipios también formen parte de esta tarea, ya que el inciso i), fracción III del artículo 115 constitucional otorga la posibilidad de que los mismos se hagan cargo de los servicios públicos que determinen las legislaturas estatales.¹⁷⁹

El derecho a la protección de la salud se presenta como auténtica garantía constitucional; en el artículo 1º reconoce en su fracción primera y segunda que el derecho a la salud es un derecho humano reconocido y consagrado por la Constitución:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos

¹⁷⁷ EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México, PARTICIPACIÓN DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, EN EL SIMPOSIO INTERNACIONAL “POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LA MEJORÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE”, CELEBRADO EN EL AUDITORIO JAIME TORRES BODET DEL MUSEO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 9 DE OCTUBRE DE 2000, www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf

¹⁷⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf

¹⁷⁹ EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México, PARTICIPACIÓN DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, EN EL SIMPOSIO INTERNACIONAL “POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LA MEJORÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE”, CELEBRADO EN EL AUDITORIO JAIME TORRES BODET DEL MUSEO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 9 DE OCTUBRE DE 2000, www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf

humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.¹⁸⁰

El derecho a la protección de la salud además de encontrar su contenido específico en el artículo 4to Constitucional, también las disposiciones legislativas secundarias, reglamenta y amplían los contenidos del derecho a la protección de la salud constitucionalmente consagrado.

La Ley General de Salud en su artículo 2do establece las finalidades del derecho a la protección a la salud:

El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.¹⁸¹

En la Ley General de Salud se encuentran los siguientes criterios mínimos del derecho a la salud:

- a) En el artículo 35 se establece que los servicios públicos de salud deben ser prestados bajo los criterios de universalidad y gratuidad¹⁸².

¹⁸⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Última reforma publicada DOF 07-07-2014, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

¹⁸¹ LEY GENERAL DE SALUD, http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf

¹⁸² *Ídem*.

- b) El artículo 25 se refiere a la garantía de la extensión cuantitativa y cualitativa de los servicios, preferentemente a grupos vulnerables¹⁸³.
- c) El artículo 36 indica que las cuotas de recuperación que en su caso se recauden, deberán tomar en cuenta el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, fundándose en principios de solidaridad social y eximiendo del cobro a los usuarios que carezcan de recursos para cubrirlas o que se encuentren las zonas de menor desarrollo económico y social del país¹⁸⁴.
- d) El artículo 6 establece que el Sistema Nacional de Salud deberá prestar servicios a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, dando prioridad a las acciones preventivas¹⁸⁵.
- e) El artículo 77 Bis 1 establece que todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social. Además, que la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud.¹⁸⁶

En este sentido, la legislación secundaria del derecho a la salud, tiene un carácter orgánico que no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles al Estado. Al respecto existen algunos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación¹⁸⁷:

El derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por el Poder Judicial de la Federación como un derecho fundamental que encuentra su consagración a nivel constitucional y su contenido específico en la regulación secundaria. Los derechos sociales son normas, y como tales deben tener efectos vinculatorios para los sujetos obligados, entre

¹⁸³ *Ídem.*

¹⁸⁴ *Ídem.*

¹⁸⁵ *Ídem.*

¹⁸⁶ *Ídem. (Op. Cit)*

¹⁸⁷ PARTICIPACIÓN DE LA SEÑORA MINISTRA OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, EN EL SIMPOSIO INTERNACIONAL “POR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS MÉDICOS Y LA MEJORÍA DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE”, CELEBRADO EN EL AUDITORIO JAIME TORRES BODET DEL MUSEO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA EN LA CIUDAD DE MÉXICO, EL 9 DE OCTUBRE DE 2000, https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCYQFjAC&url=https%3A%2F%2Fwww.scjn.gob.mx%2Fconocelacorte%2Fministra%2FEL%2520DERECHO%2520CONSTITUCIONAL%2520A%2520LA%2520PROTECCION%2520DE%2520LA%2520SALUD.pdf&ei=uTT3VK3slpb_yQTX_oGoBw&usg=AFQjCNFun2ALJ0aftGDkC29c_VGgXjsV8Q&sig2=e40XRQzk_-D0A2Infx5BKg&bvm=bv.87519884,d.aWw

los que se encuentran, por supuesto, los poderes públicos. En otras palabras, el derecho a la salud como derecho constitucional y humano implica una obligación de las autoridades que gobiernan un Estado a que dicho derecho sea respetado, cumplido, protegido y garantizado.

De tal manera que el derecho a la salud como un derecho humano no puede entenderse sin la garantía de seguridad sanitaria; la cual engloba la prevención y los excelentes cuidados asistenciales. Esta acción es directamente proporcional a la participación y compromiso con los políticos en la distribución de los recursos¹⁸⁸.

En resumen, el derecho a la salud en México está consagrado por la Constitución; así que el Estado se asume como el único responsable de su cumplimiento. Asimismo, la Ley General de Salud establece las finalidades y criterios mínimos del derecho a la protección a la salud. De esta forma, el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población; y que por servicios de salud se entiendan las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad, los cuales son compatibles con varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

5. Conclusiones

El Estado Mexicano debe garantizar la protección, ejercicio y goce del derecho a la salud destinando recursos para tal efecto, a fin de estar en posibilidad de cumplir con las obligaciones adquiridas a nivel internacional y nacional, de respeto, protección, materialización, eficacia y eficiencia del derecho humano a la salud.

Resulta imperativo actualizar, elevar y fortalecer las competencias de los profesionales de la salud, por un lado, respecto al conocimiento específico de su materia y la pericia para aplicarla, y por otro sensibilizarlos respecto a la importancia del conocimiento y la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que impactan en el desarrollo de su profesión y labor como parte integral de un sistema de salud, principalmente en el contexto de la eficiencia y calidad de la atención a los pacientes.

El derecho humano a la salud no debe entenderse sin la garantía de seguridad sanitaria, que engloba la prevención y los excelentes cuidados asistenciales. El marco

¹⁸⁸ Loyo, M. & Díaz, H. (2009). "Hospitales en México". En Revista Cir Ciruj, Volumen 77, pp. 497-504.

jurídico del derecho humano a la salud es la base para: a) unificar estrategias que mejoren la salud de los grupos sociales más pobres y excluidos; b) mejorar la equidad en salud; c) aclarar la rendición de cuentas y las responsabilidades de los sistemas de salud y d) evaluar el cumplimiento de las recomendaciones al Estado Mexicano.

El derecho a la salud forma parte del derecho al desarrollo humano y tiene una doble dimensión: se trata de un derecho del constitucionalismo social mexicano para la protección de la salud, y un derecho de solidaridad, pues actualmente, la salud es un problema internacional.

El principal problema del sistema de salud en México en materia de calidad es la enorme heterogeneidad que existe entre los principales prestadores de servicios. Por lo que el mayor reto es buscar alternativas para fortalecer su integración de tal manera que se garantice un paquete común de beneficios a todas las personas, se reduzcan los altos costos de transacción inherentes a un sistema segmentado y se logre finalmente el ejercicio universal e igualitario del derecho a la protección de la salud.

Para que la práctica médica se desarrolle de forma eficaz y eficiente, se debe contar con centros de salud bien equipados, que cuenten con suficiente personal médico para atender a los pacientes y excelente formación médica por parte de los profesionales de la salud, quienes además deben contar con salarios dignos para que desempeñen con probidad sus ocupaciones.

En México, el problema para garantizar el efectivo cumplimiento del derecho humano a la salud radica en que el aumento de población resulta desproporcional al aumento de los servicios médicos. La práctica en el terreno fáctico ha demostrado que el número de pacientes que acude al sector público para atención médica en relación a la cantidad de consultas que los profesionales médicos deben atender, los obliga a que éstas sean de corta duración, para poder dar atención a todos, lo que limita la posibilidad de entablar una efectiva, cordial y personalizada relación médico-paciente. Esta práctica relacionada con el factor falta de tiempo, aumenta la posibilidad de que el médico incurra en un actuar imprudente, negligente o erróneo, por ello resulta imperioso generar un cambio a nivel de política pública para la construcción de un sistema de salud eficiente, equitativo y sostenible que ofrezca a la población un cuidado personalizado, preventivo y garante del ejercicio de un pleno derecho a la salud.

Fuentes de información

- ALCÁNTARA, G. (2008). "La definición de la salud de la OMS y la interdisciplinariedad". En *Sapiens Revista Universitaria de Investigación*, año 9, N. 1, junio, pp. 93-107
- ALCÁNTARA ANAYA, R.; AGUILASOCHO, C.; SCHADEGG, D.; ARREOLA, A. Pérez, C.E.; MEDINA, J. B. (2013). "Praxis médica". En *Cirujano General* Vol. 35 Supl. 2, pp. 164-166
- Banco Mundial, <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS>
- Constitución política de México* [Const.] (1917) Artículo 4°. DOF: 29 de enero de 2016
- CERDA GARCÍA, A. "El derecho a la salud" en Helena Gardeazábal (coord.), *Derecho a la salud. Situación en países de América Latina*. México. ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE MEDICINA SOCIAL.
- CIDH (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia.
- El derecho a la salud*, Folleto informativo N° 31, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra 2008.
- Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación, <http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf>
- GÓMEZ DANTES, O. (2011) "Sistema de salud de México", Salud Pública, número 2, vol. 53, pp. México.
- GONZÁLEZ, G., PERTUZ, Y., EXPÓSITO, M. Y. (2016). "Gestión de la seguridad hospitalaria en unidades de atención pediátrica" en *Revista Cubana de Enfermería*, vol. 32(2), pp. 207-2017.
- LAURELL, A. C. (5 de febrero de 2010). "Seguridad sanitaria incierta". *La Jornada*. [Fecha de consulta: 29 de marzo de 2018] Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2010/02/05/ciencias/a03a1cie>
- LEY GENERAL DE SALUD, http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf
- MONTIEL, L. (2004). "Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria" en *Revista IIDH*, Vol. 40, pp. 291-313.
- BASTIDAS MATHEUS, N. "La mala práctica médica y los derechos humanos, razón y palabra" en *Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación*, http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/18_Bastidas_M81.pdf.

- OEA. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador [Versión Adobe Reader]*. San Salvador, El Salvador
- OEA. (2015). Artículo 13. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Libertad de Pensamiento y de Expresión
- OMS (2002). “Veinticinco Preguntas y Respuestas Salud y derechos humanos”. Organización Mundial de la Salud. [Fecha de consulta: 02 de marzo de 2018] Recuperado de <http://www.who.int/hhr/activities/Q%26AfinalversionSpanish.pdf>
- OIM (2013). “Migración internacional, salud y derechos humanos Organización Internacional para las Migraciones”. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2018]. Recuperado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- OMS (2002). “Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos”. Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, no. 1. Organización Mundial de la Salud. [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2018]. Recuperado de <https://www.who.int/hhr/activities/Q%26AfinalversionSpanish.pdf>
- OMS (2006). “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”. Organización Mundial de la Salud. [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2018] Recuperado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948
- Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948
- Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General
- Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General.
- Naciones Unidas (1979). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018] Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Naciones Unidas (3 de enero de 1976). Artículo 12. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Naciones Unidas (3 de enero de 1976). Artículo 9. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Naciones Unidas (1986). *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Asamblea General de la ONU, Resolución 41/128, 04 de diciembre de 1986.
- Naciones Unidas (2012). *El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*. [Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018] Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/benefitfromscientificprogress.aspx>
- CRLP (2000). "Prácticas tradicionales nocivas que afectan a los derechos reproductivos: circuncisión femenina/mutilación genital femenina (CF/MGF)" en *Derechos Reproductivos 2000: Hacia Adelante*. Programa Internacional del Centro Legal de Derechos Reproductivos y Políticas Públicas. Washington D.C.
- Prosalus y Cruz Roja Española (2014). *Comprendiendo el derecho humano a la salud*. Madrid, Edit. Advantia.
- TRUJILLO, A. (2009). *Normatividad y regulación sanitaria en México*. Rev Mex Med Tran, Vol. 2, Supl. 1, pp S32-S34.
- UNICEF (1989). *Convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Asunción, Paraguay, Ed. Grafitec.
- UNICEF (1989). Artículo 19. Convención sobre los Derechos del Niño. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- UNICEF (1989). Artículo 24. derecho a la salud y los servicios médicos. Capítulo II
- (2017). "Desplazamiento interno forzado en México". Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. [Fecha de consulta: 9 de diciembre de 2018] Recuperado de <http://cmdpdh.org/temas/desplazamiento-interno-forzado-cifras-2017/>
- (28 de marzo de 2017). "MÉXICO EN EL LUGAR 77 EN DESARROLLO HUMANO, DE 188 PAÍSES ANALIZADOS POR LA ONU". EXPANSION. [Fecha de consulta: 9 de diciembre de 2018] Recuperado de <https://expansion.mx/mundo/2017/03/28/el-avance-de-america-latina-en-jaque-por-la-desigualdad>
- Mavarro, M.F. (15 de diciembre de 2017). "Los estados con más violaciones a los derechos humanos en México". Forbes. [Fecha de consulta: 9 de diciembre de 2018] Recuperado de <https://www.forbes.com.mx/los-estados-con-mas-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-mexico/>

SEXTO INFORME DE LABORES, 2017-2018,
https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/392447/6o_Informe_de_Labores_SS_2017-2018.pdf

RECURSOS DESTINADOS AL SECTOR SALUD EN EL PRESUPUESTO DE EGRESOS
 DE LA FEDERACIÓN 2018,
<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3832/1%20Publicaci%C3%B3n%20Recursos%20destinados%20al%20sector%20salud%20PEF%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Recepción: 24 de abril de 2018.

Aceptación: 27 de noviembre de 2018.