



Sin DERECHOS

EXCLUSIÓN Y DISCRIMINACIÓN
EN EL MÉXICO ACTUAL

COLECCIÓN

(LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONALES



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SIN DERECHOS

Exclusión y discriminación en el México actual

Serie: LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN INSTITUCIONALES, núm. 1

COORDINADORA EDITORIAL: Elvia Lucía Flores Ávalos

ASISTENTE EDITORIAL: Karla Beatriz Templos Núñez

EDICIÓN Y FORMACIÓN EN COMPUTADORA: Wendy Vanesa Rocha Cacho

DISEÑO DE INTERIORES: Wendy Vanesa Rocha Cacho

SIN DERECHOS

EXCLUSIÓN Y DISCRIMINACIÓN EN EL MÉXICO ACTUAL

Marisol	Anglés Hernández
Mylai	Burgos Matamoros
Pauline	Capdevielle
Diana	Díaz Montiel
Nuria	González Martín
Rodrigo	Gutiérrez Rivas
César	Nava Escudero
Mauricio	Padrón Innamorato
Catalina	Pérez Correa
Silvia	Ruiz Cervantes
Carlos	Silva Forné



Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos y aprobada
para su publicación por la Comisión Editorial del Instituto
de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 12 de febrero de 2014

DR © 2014. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-02-5255-6

CONTENIDO

Prólogo	IX
MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ HUGO CONCHA CANTÚ	
I. APROXIMACIONES CONCEPTUALES A LA DISCRIMINACIÓN, VULNERABILIDAD Y EXCLUSIÓN DESDE EL DEBATE DE LOS DERECHOS	
La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico.	3
RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS	
Superar la exclusión: ¿se vale resistir?	15
PAULINE CAPDEVIELLE	
La exclusión del discurso liberal dominante de los derechos.	37
MYLAI BURGOS MATAMOROS	
II. ACCESO A LA JUSTICIA, VULNERABILIDAD Y EXCLUSIÓN	
Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes.	69
MAURICIO PADRÓN INNAMORATO	

VIII • CONTENIDO

Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos.	103
NURIA GONZÁLEZ MARTÍN	

III. EXCLUSIÓN Y DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA PENAL Y EN LA SEGURIDAD PÚBLICA

El sistema penal como mecanismo de discriminación y exclusión .	143
CATALINA PÉREZ CORREA	
Policía, uso de la fuerza y controles sobre la población joven	175
CARLOS SILVA FORNÉ	

IV. INVISIBILIDAD Y EXCLUSIÓN LEGAL

Exclusión ambiental en la Zona Metropolitana del Valle de México. Visiones antropocéntricas para mejorar la calidad del aire	201
CÉSAR NAVA ESCUDERO	
El derecho a la libertad religiosa y niñas, niños y adolescentes . . .	235
DIANA DÍAZ MONTIEL	

V. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN UN CONTEXTO DE EXCLUSIÓN Y VULNERABILIDAD

El derecho al desarrollo y a los recursos naturales de los pueblos originarios de México en un contexto de discriminación y exclusión	265
MARISOL ANGLÉS HERNÁNDEZ	
Consulta y consentimiento: caso Saramaka vs. Surinam	291
SILVIA GABRIELA RUIZ CERVANTES	

PRÓLOGO

MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ*
HUGO CONCHA CANTÚ**

El libro que el lector tiene ahora en sus manos es uno de los primeros resultados tangibles de un proceso iniciado hace algunos años. En 2009, el doctor Héctor Fix-Fierro, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, nos propuso a los investigadores articular nuestro trabajo alrededor de líneas de investigación institucionales. El fin de la propuesta era fomentar grupos de discusión y debate que permitieran consolidar las investigaciones que ya se venían realizando en el Instituto, así como abrir nuevos campos y temas de estudio que, a partir de su carácter temático, trascendieran los muros disciplinarios dentro y fuera del derecho. En este contexto, un grupo de académicos nos dimos a la tarea de plantear una propuesta articulada alrededor de algunos de los temas comunes que veníamos trabajando. Es así como surge la línea de investigación: *Derechos, conflictos socio-ambientales y política*.

Después de algunas sesiones de discusión académica, se fijó como objetivo general de la línea *la realización de un estudio sobre la relación entre exclusión, derechos y ciudadanía, a partir de un enfoque multidisciplinario e interdisciplinario*. Para ello se determinó trabajar en la formulación de un modelo conceptual sobre la *exclusión* para México, con el fin de poder aplicarlo a diferentes realidades.

Uno de los presupuestos de la línea de investigación fue precisamente la necesidad de aproximarse al fenómeno jurídico desde otras visiones distintas a la meramente normativa, es decir, considerar que el derecho

* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (monica_contró@yahoo.es).

** Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (hacc@servidor.unam.mx).

no se agota en las leyes, sino que se encuentra condicionado por las relaciones sociales, el poder, las estructuras ideológicas, etcétera. En síntesis, la línea se acercaba más a lo que las vertientes de la sociología jurídica han explorado y no a las tradicionales áreas de la disciplina jurídica. Es por ello que se sugieren como ejes de análisis los derechos con los conflictos y la política. Con este objetivo, desde un inicio se planteó la necesidad de un diálogo interdisciplinario, especialmente con algunas ciencias sociales. Durante el primer periodo, que abarcó de inicios de 2010 a finales de 2011, se abrió un seminario permanente de discusión en el que se leyeron y debatieron diferentes trabajos relacionados especialmente con el tema de la exclusión social.

Este libro es el resultado del segundo periodo de la línea de investigación, durante el cual cada uno de los autores —miembros de la línea— entraron al estudio de diversos temas con algunos ejes transversales, entre los cuales podemos destacar tres: *exclusión*, *vulnerabilidad* y *discriminación*. El fruto resultante es una serie de trabajos con distintas perspectivas, en los cuales, si bien se entienden estos conceptos de una manera particular, es posible identificar elementos comunes, resultado de los procesos de discusión a partir de los ejes articuladores para la lectura de los trabajos en su conjunto.

La *exclusión* se entiende en el contexto de la obra como un proceso que supone, en primer lugar, una negación de derechos. El concepto de exclusión, a diferencia de otros que reflejan situaciones relacionadas o similares —por ejemplo pobreza, marginación, opresión, etcétera—, permite ir más allá de las condiciones meramente materiales para analizar diversas realidades desde las relaciones de poder, cultura e identidad, y explicar fenómenos complejos, como los contemporáneos.

Así, se considera la exclusión como una noción multidimensional que en particular se opone a la participación y ejercicio de derechos. Por otra parte, el concepto de exclusión puede aplicarse también a situaciones en las que no necesariamente están involucradas relaciones directas entre seres humanos, como es el caso del medio ambiente. Asimismo, pueden comprenderse derechos colectivos, como lo muestran claramente los artículos relativos a comunidades indígenas.

El concepto de *vulnerabilidad*, desarrollado especialmente en el apartado sobre acceso a la justicia, da cuenta de una situación de riesgo, en la medida en que describe condiciones de inclusión-exclusión, es decir,

situaciones en las que los individuos o grupos están incluidos en algunas esferas y excluidos de otras, en relación con los derechos.

Finalmente, el concepto de *discriminación*, con una larga tradición vinculada a los derechos y particularmente a la consolidación del Estado constitucional democrático, se plantea más allá de la definición meramente jurídica, que supone un trato jurídico desigual, y se propone una comprensión que incluya aspectos fácticos, especialmente de distribución de poder, que se reflejan en las estructuras sociales y en el discurso mismo de los derechos.

A partir de estos conceptos, tratados como ejes rectores y transversales de los diferentes análisis, se desarrolló la presente obra con la pretensión de que diversas miradas, métodos y escenarios empíricos se comunicaran entre sí para dar una visión lo suficientemente compleja y rica de estos fenómenos sociales. Para el lector que busca una lectura homogénea sobre un mismo plano conceptual de la forma en que se presentan los temas de exclusión, vulnerabilidad y discriminación dentro del gran fenómeno jurídico, esta obra no cumplirá con sus expectativas. No es un trabajo con fines particularmente didácticos, sino un conjunto de análisis que intentan abordar diversos efectos que son producidos en las relaciones jurídicas entre individuos y comunidades, que presentan en conjunto un cuestionamiento crítico al aparato jurídico estatal. Una crítica construida a partir de efectos sociales del derecho que son poco o nada visibles, y que sin embargo son fundamentales para entender el fenómeno jurídico de manera más completa y, en su caso, estar en condiciones de construir un nuevo discurso jurídico que está al alcance de grupos tradicionalmente ajenos al mismo.

Además, los propios conceptos de discriminación, exclusión, pobreza, marginación y resistencia no han permanecido inmutables frente al fenómeno jurídico. De un tibio reconocimiento a una lenta aproximación en las últimas décadas, el derecho ha permanecido un tanto ajeno a estos importantes temas de la vida social. Los propios autores documentan esta relación que, paradójicamente, aporta importantes elementos para una comprensión integral del fenómeno jurídico y sus alcances en las sociedades contemporáneas.

La riqueza de la obra radica, pues, en sus diferentes enfoques, perspectivas y temáticas, todas ellas alrededor de estos conceptos. Se trata

de cinco secciones, todas ellas con importantes contribuciones sobre el alcance y limitaciones del derecho.

En la primera parte de la obra, tres ensayos abordan aproximaciones conceptuales desde diferentes posiciones. Rodrigo Gutiérrez Rivas, en “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico”, pretende presentar una forma de entender la manera en que los conceptos de discriminación, pobreza y exclusión forman parte del discurso contemporáneo de los derechos humanos. Así, presenta una novedosa concepción de la discriminación, no pensada como trato diferente entre personas, sino como un fenómeno de diferencia de *status* entre grupos. En el caso de la pobreza, Gutiérrez Rivas nos ilustra cómo el concepto de pobreza paulatinamente se ha ido incorporando a este debate. Entendida ahora como la condición de una persona que no puede ejercer determinados derechos, la pobreza deja de ser vista simplemente como un concepto sociológico o económico. Este primer trabajo intenta descubrir las ligas en que el concepto más lejano, la exclusión, se va acercando paulatinamente al nuevo discurso de los derechos.

Pauline Capdevielle, en “Superar la exclusión: ¿se vale resistir?”, analiza la legitimidad de fenómenos de resistencia al derecho por diferentes grupos que se encuentran excluidos, y la incapacidad del Estado democrático para revertir esta situación. Para la autora, la exclusión es entendida como un fenómeno multidimensional relacionado con la idea de privaciones de capacidades. Por tal motivo, la resistencia aparece como un medio justificado y potencialmente eficaz para legitimar movimientos frente a un Estado que batalla para aceptar estas formas de demanda y no caer en la tentación de criminalizar las protestas.

Mylai Burgos Matamoros finaliza la primera sección de aproximaciones conceptuales con su trabajo “La exclusión del discurso liberal dominante de los derechos”. En él analiza algunos elementos de las concepciones de derechos en los discursos jurídicos liberales que han dominado en la historia jurídica moderna doctrinal de América Latina; particularmente las perspectivas de universalización, la idea de sujetos de derechos como entes individuales y la inclusión de bienes patrimoniales como parte de los derechos fundamentales. Afirma la autora que estos elementos teóricos conllevan en sí nociones excluyentes a la hora de conformar el discurso sobre los derechos, que a la vez incide en las prácticas jurídicas, propiciando la no realización plena de los derechos para todos y todas.

En la segunda parte del trabajo, dedicada al acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión, los trabajos presentan una nueva dimensión con contenido teórico, pero con la pretensión de incluir posibles formas de medición de estos conceptos.

En “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes”, Mauricio Padrón Innamorato explora los elementos y las relaciones que existen entre el acceso a la justicia, las situaciones de vulnerabilidad y de exclusión. Para el autor, el concepto de exclusión hace alusión a una mala vinculación o una vinculación parcial o deficiente con la comunidad de valores que identifican a una sociedad. Así, puede asumirse que existe la exclusión económica, política, de género, étnica, ambiental o legal, donde los mecanismos institucionales pueden facilitar u obstaculizar los procesos de cohesión de una sociedad por medio de un régimen de oportunidades de participación, en el sentido más amplio del término.

En este marco, la vulnerabilidad puede concebirse como una etapa entre dos situaciones extremas en un plano de exclusión-inclusión, que haciendo referencia a un conjunto de características de los individuos, vinculadas con la falta de oportunidades sociales (donde se insertan las instituciones), limitan en mayor o menor medida la acumulación de recursos y por tanto el papel que les toca jugar en la configuración social.

Nuria González Martín, en “Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos”, hace un análisis de cómo los procesos judiciales y de reforma judicial profundizan el tema de acceso a la justicia particularmente cuando éstos articulan los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en concreto la mediación. Para la autora, sin un verdadero acceso a la justicia se seguirán reproduciendo las formas discriminatorias de estratificación social. Sólo con el acceso a la justicia auténtica se logra el acceso a la tutela eficiente, jurisdiccional o no jurisdiccional, el acceso a la información y una mayor confianza en el sistema. En este proceso, la mediación tiene un papel importante ante la carencia de recursos económicos, cognitivos, culturales, geográficos o sociales.

La tercera sección, dedicada a la vulnerabilidad del sistema de justicia penal, presenta dos interesantes trabajos que, con aproximaciones empíricas, dan cuenta de una manera diversa a los conceptos centrales del trabajo.

XIV • PRÓLOGO

Catalina Pérez Correa, en “El sistema penal como mecanismo de discriminación y exclusión”, propone una visión un tanto novedosa para pensar el proceso penal como un conjunto de subprocesos que incluyen la decisión de criminalizar ciertas conductas, la decisión sobre qué delitos perseguir y la decisión sobre qué castigo imponer. Estos subprocesos producen tratos desiguales y generan disparidades entre sectores de la sociedad. El trabajo se centra en analizar cómo cada uno de estos subprocesos produce resultados excluyentes, desiguales y se constituyen en alguna forma de discriminación.

En “Policía, uso de la fuerza y controles sobre la población joven”, Carlos Silva Forné analiza discursos sobre seguridad pública, mecanismos de rendición de cuentas e información, y casos empíricos asociados a controles y abusos en el uso de la fuerza que la policía realiza a la población joven. Para el autor, la aplicación de controles no justificados y una mayor posibilidad del uso de la fuerza sobre personas que pertenecen a la categoría de jóvenes, particularmente del sector popular, conecta el concepto de discriminación en cuanto a trato desigual no justificado que resulta en la vulneración de derechos y una discriminación de hechos. Se trata de distribuciones desiguales del reconocimiento y la estima social que permean a las instituciones y enmarcan los casos concretos, y limitan la posibilidad de cambio.

Una siguiente sección de la obra se dedica a la invisibilidad y la exclusión legal con dos trabajos diferentes pero que se relacionan con efectos no tan explícitos del derecho en la sociedad.

César Nava Escudero, en “Exclusión ambiental en la Zona Metropolitana del Valle de México. Visiones antropocéntricas para mejorar la calidad del aire”, plantea cómo los programas y disposiciones jurídicas del régimen atmosférico de la Zona del Valle de México, aun cuando han reconocido los efectos adversos de la contaminación atmosférica al medio natural, éstos no han sido tomados en cuenta para desarrollar mecanismos de aplicación que permitan su protección, debido a que el mejoramiento de la calidad del aire ha estado sustentado en visiones antropocéntricas.

Diana Díaz Montiel, en “El derecho a la libertad religiosa y niñas, niños y adolescentes”, analiza la situación de exclusión en la que se encuentran las personas menores de edad para ejercer prácticas religiosas. Con base en el argumento de que estos titulares de derechos están en desarrollo, éstos son excluidos de las decisiones relacionadas con los ritos, cultos y

educación relacionados con creencias que los involucran. En una propuesta, la autora entiende que esta situación se puede revertir al abrir espacios para escucharlos y de esa manera reconocer su titularidad de derechos y poderlos ejercer.

La sección final aborda, con dos trabajos, la exclusión y la discriminación que viven y contra las que luchan los pueblos originarios.

Marisol Anglés Hernández, en “El derecho al desarrollo y a los recursos naturales de los pueblos originarios de México en un contexto de discriminación y exclusión”, analiza la evolución y el reconocimiento internacional del derecho humano al desarrollo y al acceso a los recursos naturales de pueblos originarios, cuestionando su eficacia instrumental frente a megaproyectos, al contener mecanismos participativos limitados y excluyentes, orientados a la homogeneización cultural y guiados por la simulación institucional que violentan diversos derechos colectivos de los pueblos e ignoran modelos alternativos de desarrollo. La autora también se refiere a la exclusión social como un fenómeno multidimensional y asimétrico que dificulta las capacidades para el ejercicio de los derechos humanos, y considera la noción de discriminación de los pueblos y la vulnerabilidad social como resultado de los impactos provocados por el libre mercado global y el adelgazamiento del Estado.

La obra finaliza con el trabajo “Consulta y consentimiento: caso Sarakama vs. Surinam”, de Silvia Gabriela Ruiz Cervantes, que analiza el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que planteó una posibilidad para poder frenar proyectos de desarrollo en territorios indígenas y así garantizar sus derechos y existencia cultural. ●

**I. APROXIMACIONES CONCEPTUALES
A LA DISCRIMINACIÓN, VULNERABILIDAD
Y EXCLUSIÓN DESDE EL DEBATE
DE LOS DERECHOS**

LA CATEGORÍA DE DISCRIMINACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN APUNTE CRÍTICO

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS*

Sumario

- I. Introducción
- II. El concepto de discriminación
- III. Discriminación en el campo jurídico
- IV. Enfoque crítico
- V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos veinticinco años se ha instrumentado en México un conjunto articulado de políticas económicas que guarda una estrecha relación con el paquete de medidas propuesto por John Williamson —desde el *Institute for International Economics*— y que fue retomado por organismos financieros internacionales, con sede en Washington, como el mejor programa económico que debía ser instrumentado por los países de Latinoamérica para impulsar su crecimiento.¹

En esas tres décadas, lejos de disminuir la pobreza y la exclusión, el Estado mexicano (a través de sus últimos cuatro gobiernos) ha venido acrecentando la deuda que ya tenía con las personas y grupos que se encuentran en situación de mayor desventaja. Las políticas de disciplina pre-

* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (rodgut@unam.mx).

¹ El borrador elaborado por John Williamson para impartir su conferencia llevaba por título *What Washington Means by Policy Reform*. El paquete de medidas ahí señaladas se convertiría en la base de lo que poco tiempo después sería bautizado como *Consenso de Washington*.

supuestaria, de reordenamiento de las prioridades del gasto público (trasladando recursos de educación y salud a infraestructura), de privatización de empresas públicas y de recursos comunes, así como la eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas, la desregulación de los mercados y el refuerzo a la propiedad privada en detrimento de la propiedad social,² han incrementado —de acuerdo con cifras oficiales— las condiciones de exclusión que padecen millones de mexicanas y mexicanos.

En nombre de la estabilidad macroeconómica —que se persigue a través del estancamiento de los salarios y el recorte de las prestaciones sociales (salarios indirectos) para evitar procesos inflacionarios y lograr un tipo de cambio competitivo— hoy resulta que el salario mínimo en México tiene el 23% del poder adquisitivo que tenía a mediados de la década de los años setenta.³ Cifras actuales muestran que las tendencias en esta materia no están variando. De acuerdo con datos oficiales, el número de personas en situación de pobreza, pasó de 2008 a 2010, de 44.5% a 46.2%, lo que representa un incremento de 48.8 a 52 millones de personas. Asimismo, se registró un incremento de la población que carece de acceso a la alimentación, en el mismo periodo, de 23.8 a 28 millones.⁴

Relacionado con lo anterior, la situación laboral se desarrolla en un entorno de precarización, desempleo e informalidad. Los bajos salarios, contratos eventuales, las muy limitadas o nulas prestaciones sociales y

² El denominado Consenso de Washington incluyó un paquete de diez medidas, entre las que se encuentran el reordenamiento de las prioridades del gasto público (de áreas como educación y salud pública a investigación e infraestructuras); liberalización financiera; disminución de barreras aduaneras; eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas; privatizaciones (venta de las empresas públicas y de los monopolios estatales); desregulación de los mercados y protección de la propiedad privada, entre otras.

³ Así lo destacó en conferencia de prensa José Luis de la Cruz, director del Centro en Economía y Negocios del Tecnológico de Monterrey, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/?p=301609>.

Los datos coinciden con un estudio realizado por el Centro de Análisis Multidisciplinario (CAM) de la Facultad de Economía de la UNAM, de acuerdo con el cual, “...en los últimos doce años, la pérdida del salario mínimo acumulada en México fue de -24.42 por ciento, la peor comparada con Brasil, Uruguay, Perú, Guatemala y Costa Rica. Además, es el país que registra el menor crecimiento acumulado del salario (57.89 por ciento) en ese lapso, respecto a las cinco naciones latinoamericanas referidas”, disponible en: http://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2012_066.html.

⁴ Estas son cifras del Consejo Nacional de Evaluación, que es el órgano de la administración pública en México encargado de medir los niveles de pobreza. Las cifras se pueden consultar en: <http://web.coneval.gob.mx/Paginas/principal.aspx>.

escasa libre sindicalización son elementos que marcan el contexto laboral en el país. El Índice de Tendencia Laboral de Pobreza (ITLP), creado por el Consejo Nacional de Evaluación (Coneval) en 2005 con el objetivo de medir si los ingresos que obtienen los trabajadores son capaces de mantener a sus familias fuera de una condición de pobreza, alcanzó en 2011 su nivel más alto. En ese año la cifra fue 4.66% mayor que la reportada en 2010 y 16.2% más alta en relación con el tercer trimestre de 2005.⁵ Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) reportó que en mayo de 2012 el mercado laboral mexicano volvió a registrar un nuevo máximo histórico en su nivel de informalidad. Éste pasó de 29.2% reportado en diciembre de 2011, a 29.45% de la población ocupada en mayo de 2012; lo anterior implica que viven en condición de precariedad laboral 14 millones de personas, sin acceso a prestaciones de seguridad social.⁶

Por su parte, el propio Banco Mundial —institución que ha contribuido de forma importante a la instrumentación de las políticas de ajuste estructural promovidas por el Consenso de Washington en América Latina y México— ha publicado recientemente algunos datos sobre ingreso y consumo que evidencian a México como uno de los países más desiguales en América Latina, que a su vez es la región más desigual del planeta. De acuerdo con los datos, los 22.6 millones de personas que se ubican en la parte baja de la pirámide de ingreso representan sólo el 3.8% del consumo nacional de bienes. En el otro extremo, el 20% de la población que se encuentra en la cúspide de la pirámide, realiza un gasto en bienes que equivale al 56.7% del total de la economía.⁷

En un reciente informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se destaca que el gasto estatal dirigido a resolver las necesidades sociales en México es una tercera parte del gasto promedio de los países pertenecientes a dicho organismo. En el informe “Perspectivas OCDE: México, reformas para el cambio”, se destaca que el alto nivel de pobreza absoluta se refleja en otros indicadores como el de

⁵ Disponible en: http://www.coneval.gob.mx/cmsconeval/rw/pages/medicion/ITLP/Resultados_a_nivel_nacional.es.do.

⁶ Diario *El Economista*, 22 de junio de 2012, disponible en: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2012/06/22/cae-desempleo-mayo-crece-informalidad-inegi>.

⁷ La nota sobre el estudio apareció en el diario *La Jornada* el 1o. de marzo de 2012. Véase en: <http://www.jornada.unam.mx/2012/03/01/economia/029n1eco>.

mortalidad infantil, que en este país es tres veces mayor al promedio de la OCDE, o bien la tasa de analfabetismo, que también supera la media de los países que conforman al organismo.⁸

Todas estas cifras dan cuenta de la dificultad que padecen amplios sectores de la población para acceder a bienes y necesidades indispensables para la vida; de una sociedad conformada a partir de diferencias odiosas entre grupos sociales, en la cual determinados colectivos pueden permanecer durante años —o siglos— en situación de marginación u opresión. A todo lo anterior, en términos del lenguaje común, se le denomina pobreza, exclusión o discriminación. Se trata de tres categorías que en el campo jurídico se suelen confundir o utilizar como sinónimos. Lo anterior puede deberse a que estas categorías se encuentran bajo permanente debate en otros campos de las ciencias sociales, sin que existan definiciones últimas o consensadas; sin embargo, el avance de algunas discusiones en el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos permite avanzar en la clarificación, cuando menos, de dos de ellas: el de pobreza (con menos precisión) y el de discriminación. El objetivo de este trabajo es abordar la categoría de la discriminación y construir un enfoque crítico sobre la definición dominante que sobre ésta existe, estrechamente vinculada al paradigma de los derechos humanos, donde se le concibe como trato desigual no justificado, impidiendo con ello abordar y combatir el fenómeno en su complejidad.

II. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

En términos generales, discriminar significa separar o distinguir unas cosas de otras; se trata de un concepto que puede ser utilizado de forma neutra sin que implique carga negativa alguna. En ámbitos más especializados — como el de la sociología— la discriminación se entiende como un tipo de relación social en la que se estigmatiza y minusvalora a un determinado grupo de personas, derivando de ello actos de desprecio y maltrato que por instalarse de forma constante y repetida se tornan dañinos para la vida de las personas que los conforman. La discusión sociológica ha ido caracterizando a la discriminación como una más de las formas de violencia social que existen en nuestras comunidades, cuya característica es que un grupo

⁸ Véase en: <http://www.oecd.org/mexico/49363879.pdf>.

en posición de dominio construye y extiende preconceptos negativos (inferioridad, inmoralidad, peligrosidad) sobre otros grupos humanos, tomando como punto de partida algún rasgo particular de estos últimos para denigrarlos o excluirlos en el acceso a determinados bienes o intereses. En este sentido, el racismo, la misoginia, el clasismo, la xenofobia o la homofobia son todas formas de discriminación basadas, respectivamente, en el color de piel, el género, la condición social, el origen étnico o las preferencias sexuales.⁹

III. DISCRIMINACIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO

En el campo jurídico, el concepto de discriminación también ha sido ampliamente investigado y abordado, dando lugar a todo un ámbito de especialización¹⁰ estrechamente vinculado con la discusión y defensa de los derechos fundamentales. El objetivo principal que se persigue a través de esta figura es identificar las múltiples facetas del fenómeno y sus reconfiguraciones para intentar combatirlas a través de normas y políticas. Para dar una idea de los esfuerzos que desde el derecho se han emprendido, basta señalar que sólo en el sistema de Naciones Unidas existen cerca de veinte instrumentos (declaraciones, pactos, protocolos, observaciones generales y programas de acción) que se relacionan con este fenómeno.¹¹ En la actualidad, prácticamente todas las Constituciones en el mundo han incluido

⁹ Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Conapred-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 32.

¹⁰ La labor académica, legislativa y jurisprudencial en la materia es tan amplia que ya se podría hablar de la disciplina del “derecho antidiscriminatorio” como una rama de los derechos fundamentales. En castellano existen varios textos que son clave en la discusión: Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; Barrère U., Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997; Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Martínez T., Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000; Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001; De la Torre M., Carlos (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; De la Torre M., Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006; Gutiérrez, Rodrigo y Salazar, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales: una vinculación virtuosa*, México, Conapred, 2011.

¹¹ De la Torre M., Carlos, *El derecho a la no discriminación...*, cit., p. 59.

una cláusula antidiscriminatoria y han desarrollado algún tipo de norma secundaria para combatir el fenómeno.

La discusión jurídica sobre esta forma degradada de relación social comenzó a desarrollarse con mayor amplitud y sistematicidad en Estados Unidos a partir de la década de los años sesenta del siglo xx. En esa fecha se intentó dar respuesta desde el derecho a las diferencias injustificadas y arbitrarias establecidas en normas sociales y jurídicas que legitimaban una estructura social segregacionista y permitían la opresión de la comunidad afroamericana por parte de la población blanca en ese país. A partir de entonces, distintas minorías políticas (mujeres, personas con discapacidad, comunidades indígenas, colectivos gays y lésbicos, entre otros) han encabezado luchas para visibilizar y denunciar el desprecio, la exclusión y la violación de los derechos fundamentales que sufren por el único hecho de pertenecer a un determinado grupo humano que ha sido estigmatizado, y en el que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera han podido decidir formar parte de él o no.

Sin embargo, para comprender con mayor profundidad este derecho, conviene recordar que mantiene un vínculo muy estrecho con el derecho a la igualdad; de hecho, puede decirse que el primero es un derivado que refuerza al segundo. El derecho a no sufrir discriminación es una actualización del principio de igualdad, que fue uno de los elementos clave del primer Estado liberal burgués. Aunque por razones de espacio no es posible profundizar aquí en la relación señalada, conviene hacer un par de apuntes relativos al principio de igualdad y su evolución acumulativa, desde una primera concepción liberal individualista hasta su actualización en el marco del Estado social y democrático de derecho.

Como se sabe, el principio de igualdad fue un elemento clave de las revoluciones liberales de finales del siglo xviii, así como de las primeras Constituciones que resultaron de aquéllas. En su primera formulación, dicho principio se entendió como *la igualdad en la aplicación de la ley*. Se trató de una declaración de principios del liberalismo frente al viejo régimen y la sociedad de privilegios que le caracterizaba, donde el derecho establecía diferencias entre grupos y personas a partir del estamento social en el que se ubicaran. Esta primera formulación tiene un carácter político-declarativo que se limita a enunciar la igualdad jurídica formal de todos los ciudadanos; sin embargo, las figuras del voto censitario, la

exclusión de las mujeres del sufragio y el sistema de esclavitud en las colonias continuaron siendo instituciones con total vigencia durante todo el siglo XIX. En ese periodo, el varón, blanco, propietario, continuó siendo el único sujeto para el derecho.¹²

Esta primera formulación de igualdad en la aplicación de la ley (que presupone una identificación entre generalidad de la ley e igualdad) fue ampliada en su contenido, a partir de la crisis del Estado liberal de derecho, con base en la fórmula de *igualdad en el contenido de la norma* y más adelante con la de *igualdad sustancial o de hecho*.

La idea de igualdad en el contenido de la norma implicó una importante transformación del significado de la vieja cláusula liberal que se tradujo en la formulación de un límite desde la Constitución a la potestad del legislador. El cambio de significado se relaciona con el hecho histórico del ascenso de los partidos de masas y trabajadores al poder político, y la generalización del sentimiento de que la sociedad no es un “hecho natural” y que, por tanto, las diferencias que existen al interior de la misma tampoco lo son. Es así como la idea de igualdad se aleja de la idea de mera igualación de la capacidad jurídica de todos los ciudadanos y se convierte en un imperativo superior, derivado de la idea de justicia que se impone constitucionalmente al Poder Legislativo.¹³ Se trata de un mandato constitucional al Poder Legislativo que le exige tratar igual a aquellas personas que se encuentran en igual situación, así como tratar de forma diferente a personas que se encuentran en situación sustancialmente distinta. Como ha sido señalado por la doctrina, se trata de un límite constitucional a la discrecionalidad del legislador en el establecimiento de las diferencias que pueda establecer en la ley, obligándolo a justificar racionalmente el motivo de las mismas; en otras palabras, la prohibición de establecer distinciones irracionales o arbitrarias en la creación del derecho.¹⁴

El tercer paso en el avance de la discusión y positivización del derecho a la igualdad tuvo que ver con el objetivo que se estableció en las Constituciones del Estado social de remover los obstáculos existentes en la realidad para intentar lograr la igualdad *de facto*. En este caso se potenció

¹² Véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, cit., p. 43.

¹³ *Ibidem*, p. 45.

¹⁴ De la Torre M., Carlos, *El derecho a la no discriminación...*, cit., p. 159.

la paradoja que hoy encierra el debate sobre la igualdad, al exigir un trato desigual normativo para lograr la igualdad en los hechos. Se trata de una exigencia constitucional a través de la cual se busca que el derecho impulse una nivelación de las condiciones de vida de los ciudadanos, para lo cual es legítimo poner en marcha acciones afirmativas de trato desigual a favor de los grupos en situación de mayor desventaja.

Finalmente, la herramienta jurídica que se ha sumado en fecha más reciente al debate sobre la igualdad es el derecho a no ser discriminado. Éste puede ser considerado un refuerzo de las nociones anteriores, que obliga a las autoridades estatales a ser más cuidadosas en el trato que dan a personas y grupos cuando éstos han padecido injusticias históricas, como la imposibilidad crónica de acceder a determinados bienes o intereses que el constitucionalismo considera indispensables para desarrollar una vida con dignidad (y que por ello protege a través de los derechos). El derecho a no ser discriminado está vinculado invariablemente a la identificación de grupos humanos específicos (étnicos, religiosos, con discapacidad, con preferencias sexuales diversas, etcétera), los cuales han padecido a lo largo del tiempo la exclusión o restricción en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se trata, por tanto, de una nueva figura jurídica que se suma a las anteriores en el esfuerzo que emprende el constitucionalismo por hacer avanzar el principio de igualdad. Es así que este principio no sólo supone una prohibición reforzada de establecer distinciones irracionales en el contenido de las normas cuando está en juego alguno de los grupos señalados, sino que también incluye el deber de emprender las medidas necesarias para intentar alcanzar la igualdad real, especialmente de aquellos grupos que se consideran en situación de mayor riesgo.

Aunque existen diversas formas de redacción de las cláusulas anti-discriminatorias en general, el fenómeno es identificado por el derecho como toda distinción, exclusión o restricción basada en el origen étnico, la religión, la lengua, el género, el origen social, el lugar de nacimiento, la condición de salud, las preferencias sexuales, la discapacidad, o la edad, que tenga por objeto, o dé por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos. Como puede observarse, la discriminación desde el punto de vista del derecho es un acto de distinción, exclusión o restricción sobre determinados grupos humanos que les impide ejercer sus derechos.

IV. ENFOQUE CRÍTICO

Para profundizar en la caracterización de este fenómeno, y a la vez comenzar a exponer algunas de las razones por las que el derecho en la actualidad no está actuando con la suficiente contundencia para combatirlo y erradicarlo, conviene destacar dos de sus rasgos principales: a) la subordinación grupal, y b) el carácter estructural.¹⁵

Por lo que tiene que ver con lo primero, es importante señalar que la discriminación supone la construcción de una relación de subordinación intergrupal. La institucionalización de dicha relación se establece a partir de la estigmatización realizada por un grupo en posición de poder, sobre otro que no lo está, y suele quedar vinculada a algún rasgo característico que singulariza a este último (el color de piel, el género, la clase social, la lengua, el origen étnico o nacional, las preferencias sexuales, entre otros). A partir de ello se construye un estereotipo negativo que se instala de forma permanente, cercando al segundo grupo en un ámbito de subordinación. Dicha estigmatización grupal preconditiona de forma adversa las relaciones que las personas de este segundo grupo puedan establecer en el ámbito social en el que se desarrollan. Con lo anterior no se pretende negar que la discriminación pueda ser ejercida sobre individuos; sin embargo, lo que es importante no olvidar es que el fenómeno deriva de una estigmatización construida e impuesta sobre el grupo al que pertenece dicho individuo.

En segundo lugar, conviene destacar el carácter estructural que tiene la discriminación. Con ello queremos decir que este tipo de relación no se produce de forma autónoma y aislada, sino que está incorporada dentro de las propias instituciones económicas, culturales y políticas de una sociedad; por tanto, el trato diferenciado injustificado y arbitrario que sufren ciertas personas no es más que un epifenómeno de formas de relación intergrupal que se reproducen sistémica y sistemáticamente. Por esta razón, muchas de las conductas discriminatorias que se ejercen de forma cotidiana pueden parecer inconscientes o no intencionadas, ya que están inscritas en todo el campo social instituido, comenzando por los propios códigos lingüísticos.

¹⁵ Barrère, Ma. Ángeles, “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en García, Andrés y Lombardo, Emanuela (coords.), *Género y derechos humanos*, Mira, 2002, p. 24.

La problemática que aquí nos interesa destacar es que el paradigma jurídico político dominante (incluyendo su especialización antidiscriminatoria) parte del supuesto general teórico según el cual la sociedad está conformada por individuos. Este posicionamiento no cuenta con los elementos suficientes para hacerse cargo con profundidad del carácter grupal y estructural del fenómeno, reduciéndolo a un problema de diferencia de trato y diluyendo así la cuestión medular que es de diferencia de *status*.

El discurso jurídico dominante ha conceptualizado el problema y, a partir de ello, ha pretendido enfrentarlo sin lograr reducirlo de forma significativa. Como hemos argumentado aquí —y como lo han destacado otros autores y autoras en la literatura especializada (Iris Marion Young, Nancy Fraser, Aníbal Quijano)—, el problema de la discriminación se encuentra estrechamente vinculado con la reproducción social de formas de dominación y opresión intergrupal al interior de las sociedades. Es el resultado de relaciones que se establecen entre grupos diversos con distintos grados de poder social. Planteada así, la discriminación es en primer lugar un problema de diferencia de poder (*status*) entre grupos. Sin embargo, el discurso jurídico dominante, marcado por una concepción liberal individualista, lo ha enfrentado como un problema de diferencia de trato que afecta a personas.¹⁶ Lo anterior atomiza y desdibuja el fenómeno, orientando las propuestas de solución y las intervenciones estatales a resolver las denuncias individuales, dejando intactas las relaciones estructurales. Aunque lo anterior puede no estarse produciendo de forma planificada, el resultado final es una inmovilidad de las causas de fondo que provocan la discriminación, acompañada por una conveniente apariencia de preocupación y acción sobre los tratos discriminatorios.

Por tanto, si realmente se pretende avanzar contra la discriminación en nuestra sociedad, es necesario que en primer lugar los actores políticos cobren conciencia de la naturaleza y gravedad del fenómeno en su dimensión estructural. Para lograrlo, es conveniente comenzar a corregir el enfoque dominante que durante estos años ha prevalecido en el discurso jurídico antidiscriminatorio. Lo anterior atraviesa por la necesidad de concebir el problema, en primer término, como una desigualdad de poder entre los grupos y no sólo como una diferencia de trato entre las personas. En otras palabras, restar importancia a los aspectos subjetivos (entre personas) y

¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

enfatar los estructurales. Una vez clarificado lo anterior comenzará a ser obvio que la solución se relaciona con la puesta en marcha de estrategias más contundentes de atención al tema, por ejemplo el reforzamiento de las acciones positivas. Como ha sido destacado por la literatura especializada, ésta es una de las estrategias que conviene reforzar en tanto que a través de éstas es posible avanzar con mayor eficacia frente al problema a partir de la lógica de la redistribución de bienes y posiciones sociales con un correspondiente sacrificio de los intereses de los grupos que se encuentran en situación de poder.

No modificar nuestra concepción sobre la materia supondrá seguir desviando la mirada del eje fundamental del problema y continuar invirtiendo recursos que sirven principalmente para salvar la conciencia de los grupos en situación de dominio —en tanto visibilizamos y hablamos del tema— pero no lo resolvemos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- ALEMANY, M., “La estrategia de la igualdad”, *Isonomía*, México, núm. 11, 1999.
- ANDERSON, Elizabeth, “What is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, núm. 2, enero de 1999.
- AÑÓN, M. J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- BARRÈRE, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.
- COURTIS, C., “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en DE LA TORRE, Carlos (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- DE LA TORRE, C., *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006.
- DE LUCAS, J., *Europa ¿convivir con la diferencia? (racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*, Madrid, Tecnos, 1992.
- , “La igualdad ante la ley”, en GARZÓN, E. y LAPORTA, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

- FISHKIN, James, *Equal Opportunity and the Family*, New Heaven, Yale University Press, 1983.
- FISS, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1976.
- GIMÉNEZ GLUK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- JIMÉNEZ, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1999.
- JIMÉNEZ, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1993.
- MARTÍNEZ, C. (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- MARTÍNEZ, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Dimensiones de la igualdad material", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1984-1985.
- , "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva", *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Navarra, núm. 44, 2001.
- RUIZ, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1996.
- RUIZ, Miguel, "Discriminación inversa e igualdad", en VALCÁRCEL, A. (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, 1994.
- , "La igualdad como diferenciación", en VARIOS AUTORES, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, ONCE-Escuela Libre Editorial, 1994.
- SEN, A., "Igualdad, ¿de qué?", *Nuevo examen de la desigualdad*, España, Alianza Editorial, 1992.
- VÁZQUEZ, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006. ●

SUPERAR LA EXCLUSIÓN: ¿SE VALE RESISTIR?

PAULINE CAPDEVIELLE*

Sumario

- I. Introducción
- II. De la exclusión a la resistencia
- III. Obligación política y democracia
- IV. Justificación y alcance del derecho de resistencia extra-legal en situación de exclusión
- V. Jueces y criminalización de la protesta
- VI. Conclusiones
- VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

México, y Latinoamérica en general, están caracterizados por un sinnúmero de duraderas e históricas situaciones de exclusión. Basta con mencionar que la región tiene el triste récord de la desigualdad en el mundo y tasas preocupantes de pobreza y pobreza extrema¹ para validar la existencia de una exclusión estructural que impide a numerosos individuos y grupos satisfacer sus necesidades básicas, y de allí decidir libremente de sus opciones de vida. Existe pues, en tales situaciones de carencia y frustraciones, un terreno favorable a la multiplicación de tensiones sociales y de movimientos reivindicatorios, tal como lo ilustra, en la región, el incremento de manifestaciones de descontento por parte de los grupos más desfavorecidos de la sociedad, como reacción a la insensibilidad e incapacidad de la ley y del

* Becaria del Programa de Becas Posdoctorales en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Cfr. OCDE-CEPAL, *Perspectivas económicas de América Latina 2012: transformación del Estado para el desarrollo*, OECD Publishing, 2011, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/leo-2012-es>.

Estado en asegurar un mínimo de condiciones básicas de bienestar.² Estos excluidos pugnan por una mayor inclusión y toma en cuenta de sus reivindicaciones en la esfera pública, socavando, en algunas ocasiones, el sistema de convivencia social al utilizar medios extra-institucionales de protesta y de resistencia a la autoridad.

Resulta claro, en efecto, que las formas contemporáneas de democracias constitucionales no han logrado resolver, ni mucho menos, las situaciones de exclusión que pueden llegar a generar, en algunas circunstancias, formas desafiantes de insumisión. En este sentido, ni la existencia de derechos garantizados ni los mecanismos democráticos de representación pudieron aliviar la enfermedad y sus síntomas: los derechos sociales, dispositivos para relacionar a los individuos con su entorno y garantizarles libertades y capacidades reales, permanecieron, en muchos casos, como cartas de buenas intenciones, mientras que los procedimientos institucionalizados de protesta, representación y resolución de los conflictos se quedaron cortos en canalizar institucionalmente fenómenos de resistencia, como lo demuestra la vitalidad de la acción colectiva y su incremento en tiempo de crisis. De tal suerte, no se puede sino constatar el fracaso de las previsiones más optimistas sobre la capacidad de las democracias constitucionales en neutralizar el problema de la resistencia, y se vuelve necesario reabrir el viejo debate sobre el derecho de resistencia desde el enfoque de sociedades ciertamente abiertas, pero también, en algunos aspectos, profundamente imperfectas.

En ese sentido, este trabajo busca contestar a las siguientes interrogantes: ¿constituye la resistencia un mecanismo legítimo para defenderse de las situaciones de exclusión?, ¿puede ser un concepto útil para repensar y restablecer la vocación inclusiva de la organización social democrática? Dejando el problema de la resistencia en regímenes no-democráticos al margen, se enfocará la discusión en la perspectiva de los Estados democráticos, o por lo menos que ostentan esta calidad sobre bases mínimas de instituciones representativas y garantistas. Asimismo, se cuestionará la justificación de un derecho, si no jurídico por lo menos moral, a la resistencia cuando el Estado no garantiza las condiciones mínimas de la inclusión, y cuando su derecho no logra superar y dar soluciones concretas a situaciones de gran vulnerabilidad social.

² Gargarella, Roberto, "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", *Posdata*, Argentina, núm. 12, agosto de 2007, p. 140.

II. DE LA EXCLUSIÓN A LA RESISTENCIA

La exclusión es un concepto de origen bastante reciente, que surgió en Francia durante los años setenta para hacer hincapié en la existencia de grupos que quedaban fuera de los beneficios del crecimiento económico y del Estado de bienestar.³ Si bien se desarrollaba, en un primer tiempo, desde una perspectiva sustantiva (se pensaba en los discapacitados, drogadictos, vagos, familias monoparentales, etcétera), su difusión y éxito ha dado lugar a un importante esfuerzo de conceptualización desde un enfoque relacional y de privaciones de capacidades.⁴ Asimismo, en su trabajo “Social Exclusion: Concept, Application and Scrutiny”, Amartya Sen presenta la exclusión social, más allá de su común asimilación con la falta de ingresos, como un fenómeno multidimensional relacionado con la idea de privaciones de capacidades, esto es, una carencia de libertad real para vivir una vida digna. Busca mostrar cómo la falta de acceso a bienes básicos da lugar a una dificultad de interacción en la vida de la comunidad, generando, a su vez, una multiplicación de privaciones concretas.⁵ En este sentido, la exclusión se presenta como un proceso o un círculo de vínculos casuales que provoca, en última instancia, la vida empobrecida de los que la padecen. Desde esta perspectiva, el amplio alcance de la noción de exclusión —teniendo sin embargo cuidado, como lo advierte Sen, en no usar el término para calificar cualquier situación problemática—⁶ puede ser útil para alumbrar y entender situaciones de desintegración relacionadas con el Estado y sus mecanismos institucionales. En particular, tal enfoque relacional y de privación de capacidades se vuelve una clave para entender cómo la existencia de graves situaciones de carencias materiales dificulta el involucramiento político de las personas desaventajadas, minando el propio valor del proceso democrático,⁷ e impidiendo a estos grupos el mejoramiento de sus condiciones de vida mediante vías institucionales. En lenguaje jurídico, una

³ Camarero Santamaría, Jesús, *El déficit social neoliberal: del Estado de bienestar a la sociedad de la exclusión*, Santander, Sal Terrae, 1998, p. 191.

⁴ Sen, Amartya, “Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny”, *Social Development Papers*, núm. 1, Office of Environment and Social Development, Asian Development Bank, 2000, p. 7.

⁵ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷ Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 28, julio-diciembre de 2006, p. 15.

relación causal entre exclusión del disfrute de derechos sociales básicos, por un lado, y de participación en canales de producción y mejoramiento del derecho y de las instituciones, por el otro.

Hemos aquí una primera aproximación de la relación que puede existir entre sistema político-jurídico y exclusión. Como punto de partida, podemos afirmar, siguiendo a Charles Taylor, que la democracia liberal contemporánea es la gran filosofía de la inclusión, el sistema que “ofrece el espectáculo de la política más incluyente de la historia humana”.⁸ En este sentido, constituye una promesa igualitaria e integradora desde sus dos principales fuentes teóricas:⁹ la democracia en su sentido estricto como autogobierno y distribución igualitaria de poder entre los ciudadanos, por un lado, y reconocimiento y protección iguales de los derechos humanos como limitación del poder, garantía de justicia y legitimación del Estado, por el otro. Asimismo, podemos vislumbrar la vocación incluyente de la democracia desde dos enfoques: desde la teoría democrática y desde el constitucionalismo.

Desde la noción de autogobierno, la idea integradora de la democracia se despliega mediante el reconocimiento del derecho de todos a participar, en igualdad de condiciones, en la toma de decisiones políticas. Para Taylor, la inclusión democrática se refleja en la idea del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, entendiendo el pueblo como inclusión de todos.¹⁰ Del constitucionalismo como forma acabada de la idea de “juramento pactado entre hombre libres”,¹¹ varios elementos apuntan también en esta dirección. En un primer momento, la idea misma de contrato conlleva la idea de un enlace, de una vinculación recíproca al fin de crear obligaciones. En el pensamiento hobbesiano, los individuos asienten a la conclusión de un pacto en el que cada uno se despoja de su libertad des-

⁸ Taylor, Charles, “Democracia incluyente. La dinámica de la exclusión democrática”, *Metapolítica*, México, vol. 5, núm. 5, p. 24.

⁹ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 45.

¹⁰ Taylor, Charles, “Democracia incluyente. La dinámica de la exclusión democrática”, *op. cit.*, p. 24.

¹¹ Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012, p. 13. Sobre la idea del constitucionalismo como forma acabada de la idea contractual véase, también, Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales (Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo)*, Madrid, Trotta, 2002, p. 38.

vinculada, para entrar en un sistema de enlaces regulatorios a favor de la paz. En Locke, la asociación política se justifica por la preservación de los derechos naturales de libertad e igualdad, que vinculan a los individuos y al Estado en una red recíproca de obligaciones y derechos.¹² Por su lado, la idea kantiana de igual dignidad de los seres humanos, que subyace a toda la construcción teórica de la Ilustración, se presenta como la negación de la idea misma de exclusión, al establecer una exigencia de integración y autonomía moral de todos en la esfera de lo social. En una misma línea argumentativa, el desarrollo del principio de igualdad —en la aplicación de la ley, en el contenido de la norma y, finalmente, a nivel sustancial o de hecho—¹³ traduce también la vocación incluyente de los sistemas democráticos contemporáneos, especialmente mediante el reconocimiento de derechos sociales, que buscan corregir la idea de una libertad simplemente formal para garantizar libertades reales, esto es, capacidades concretas de vida digna. Llegamos de nuevo, aquí, al núcleo de la idea de inclusión.

Sobre esta base, no podemos sino entender que la situación de exclusión que se vive en algunas sociedades es una condición anormal o patológica de la democracia, una violación de sus conceptos más elementales, en particular de sus ideales igualitarios y de vida buena contenidos en los derechos humanos. Si intuitivamente se sospecha que la experiencia de privaciones de derechos puede constituir un terreno favorable a manifestaciones de inconformidad y resistencia, no podemos ocultar el hecho que no se trate de una relación directa, ya que de lo contrario muchas sociedades serían caracterizadas por situaciones de insurrección permanente. En esta perspectiva, ¿cómo se vinculan las violaciones de los derechos y la resistencia? Aquí, la noción sociológica de daño desarrollada por Jacques Rancière puede ser de utilidad para entender la expresión de protesta como un reclamo de inclusión y de derechos, y subrayar sus desafíos morales. Explica el sociólogo francés que el daño consiste en la violación del postulado general que supone la igualdad de todos como miembros de la sociedad.¹⁴ Más que la simple constatación de la exclusión o de la

¹² Para un mayor acercamiento a estos temas véase Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, trad. de J. F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 87 y ss.

¹³ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico”, en este volumen.

¹⁴ Cfr. Aibar Gaete, Julio, “La miopía del procedimentalismo y la presentación populista

privación de un derecho, se trata de una destitución subjetiva, como sensación, sentimiento o vivencia experimentada por una persona en su ser, eso es, una experimentación de su negación como titular de derecho en el mismo alcance que los demás.¹⁵ Al contrario del perjuicio económico, el daño no puede ser enteramente reparado: en clave kantiana, el daño toca la dignidad de la persona humana. En este sentido, la resistencia como movilización y expresión de un descontento toma su fuente en la existencia de una lesión a la identidad como miembro de la comunidad, identidad que se vuelve a reconstruir en reacción a los que son considerados responsables del daño, en pocas palabras, al Estado en sentido amplio como sistema de convivencia.¹⁶ Para los excluidos, la resistencia se presenta como una manifestación del daño, que reclama la reubicación del grupo desde el postulado universalista inclusivo de la democracia.

III. OBLIGACIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA

La exclusión, como hemos intentado mostrar, se presenta como un estado anormal de la democracia constitucional, una violación de sus principios rectores, y desde el que la vive en carne propia, como una lesión a su dignidad como miembro de la comunidad. En este sentido, no tiene por qué ser tolerada o justificada, sino, en cambio, debe ser pensada en términos de superación. Debemos partir de la idea de que el postulado incluyente del constitucionalismo contemporáneo no se agota en una igualdad simplemente formal, sino que implica también un deber del Estado de hacer todo lo posible para lograr la igualdad real y la integración de los grupos más vulnerados.¹⁷ Asimismo, ¿qué hacer cuando el Estado no logra resolver estas situaciones o, peor aún, cuando está indiferente a la marginalización de ciertos grupos? ¿Tiene sentido la resistencia extra-legal a pesar de la existencia, en nuestros sistemas, de instituciones garantistas y de canales de participación política? En otras palabras, ¿el carácter abierto, participativo y garantista de un sistema implica una sumisión absoluta a la au-

del daño”, en Aibar Gaete, Julio (coord.), *Vox Populi. Populismo y democracia en Latinoamérica*, México, FLACSO, 2007, p. 31.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁷ Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La categoría de discriminación...”, *cit.*

toridad, o bien existe, en determinadas circunstancias, algún margen para la resistencia? Tradicionalmente, la teoría política ha contestado a estas preguntas considerando que se obedece al derecho del Estado mientras éste sea legítimo,¹⁸ es decir, cuando existen buenas razones para reconocer su autoridad, sea desde un enfoque contractualista o mediante la idea de autogobierno.

Desde la aproximación de la teoría democrática, el Estado encuentra su legitimidad en la participación de todos en la toma de decisiones. La idea básica es que se obedece al derecho que uno mismo se ha dado. Esta concepción rousseauiana de la democracia se basa en la idea de un Estado cuyo poder se encuentra repartido de forma igual entre todos los contrayentes, en virtud de un pacto que exige de cada individuo la puesta en común de su libertad y poder bajo la suprema dirección de la voluntad general. Cada miembro de la comunidad es considerado como parte indivisible del *yo común*, y no se genera pérdida alguna de libertad, ya que cada uno, uniéndose con los demás, no obedece más que a sí mismo. No cabe la cuestión de la justicia en tal modelo: queda evacuada al ser inconcebible la posibilidad de que el cuerpo social se perjudique a sí mismo.¹⁹ Esta idea de democracia como pacto o procedimiento justo de decisión ha sido retomada, en la época contemporánea, para justificar la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer a los mandatos de la autoridad, derivada ella de reglas de juego equitativas entre pretensiones contrarias de poder. Asimismo, votar en las mismas condiciones que los demás implica la obligación de sujetarse a la decisión colectiva; no hacerlo equivale a sacar ventaja sobre quienes están dispuestos a aceptar la regla mayoritaria, además de socavar la existencia misma del procedimiento de decisión.²⁰

Sin embargo, esta concepción de democracia procedimental se expone a dos críticas: en primer lugar, no toma en cuenta la existencia del dilema mayoritario y la cuestión de la justicia. Así, el carácter justo del procedi-

¹⁸ Sobre la cuestión de la obediencia jurídica y política véase Green, Leslie, “Legal Obligation and Authority”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition)*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-obligation>.

¹⁹ Rousseau, Jean Jacques, *Contrato social*, trad. de Fernando de los Ríos, Madrid, Calpe, 1921, capítulo VII: “Del soberano”.

²⁰ Singer, Peter, *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 57 y ss.

miento no genera necesariamente decisiones justas para el conjunto del cuerpo social.²¹ Esta problemática, que busca resolver la teoría liberal, será objeto de un análisis más detallado en un segundo tiempo. Por ahora nos enfocaremos en la segunda crítica: esta teoría, enfocada a procedimientos puros de toma de decisión, no considera el paso de la democracia directa a la democracia representativa contemporánea, e ignora sus condiciones de ejercicio. En efecto, a pesar de la existencia de formas directas de participación al margen (referéndum, asambleas populares, plebiscitos, etcétera), la gran mayoría de las decisiones son tomadas por los representantes electos, sin que existan mandatos imperativos ni mecanismos directos de sanción. Por otro lado, la democracia representativa como autogobierno puede ser seriamente cuestionada desde un análisis de sus orígenes, en particular con base en la tesis defendida por Roberto Gargarella en su trabajo “Crisis de la representación y constituciones contramayoritarias”.²² De acuerdo con el autor argentino, el actual sistema representativo, desde el momento en que fue concebido, tuvo como objetivo separar a los representantes de los representados con la finalidad de proteger a las minorías, entendidas ellas como grupos sociales opulentos. De allí el origen de una crisis de representación, expresión que denuncia el distanciamiento de las aspiraciones de los votantes *vis à vis* una representación elitista encaminada a preservar los intereses de una minoría favorecida. Lejos de la idea de soberanía del pueblo y de inclusión, las democracias representativas, tal como las conocemos hoy día, se presentarían como un mecanismo de dominación en detrimento de los más desprovistos.

Desde el enfoque de las condiciones de ejercicio de las libertades cívicas, podemos también mencionar algunos otros obstáculos a la representatividad, tal como la existencia de poderes fácticos con capacidad de veto, especialmente en materia económica,²³ la actuación monopolística de los medios de comunicación, o el peso cada vez más significativo de las elites tecnocráticas y de los grupos de presión. En una misma línea argumentativa, se ha denunciado también una *partidocracia* nefasta a la

²¹ *Ibidem*, p. 55.

²² Gargarella, Roberto, “Crisis de la representación y Constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, México, núm. 2, abril de 1995, pp. 89-108.

²³ Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra, “De los antiguos a los modernos: la democracia, la crisis de representación y los derechos políticos desde el DIDH”, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía, y Derecho*, núm. 31, enero-junio de 2011.

plena representación ciudadana: el sistema de partidos políticos desconecta a la sociedad de la esfera de poder cuando monopoliza la selección de candidatos y los temas sometidos a debate,²⁴ o cuando pacta con otros partidos y fuerzas sociales. También, la imposibilidad en algunos Estados, como en México, de presentar candidaturas ciudadanas independientes a cargos de elección popular, incrementando, de tal manera, la distancia estructural entre el discurso dominante y las aspiraciones de la ciudadanía, y debilitando, por otro lado, las posibilidades de cambio social dentro de las instituciones.²⁵

Asimismo, frente a canales de representación que distan de garantizar, en muchos casos, posibilidades reales, para poblaciones excluidas, de llamar la atención sobre su situación de marginalización, la resistencia extra-legal a normas o políticas del Estado puede verse como un mecanismo oportuno para reducir la exclusión estructural mediante la restauración de lazos representativos entre gobernantes y gobernados, especialmente si se toma en cuenta la capacidad de los gobiernos de mantenerse aislados de las demandas provenientes de la sociedad civil.²⁶ Las mismas fallas del sistema parecen abrir, en última instancia, un derecho de resistencia para los excluidos, como mecanismo de participación directa en la elaboración de las normas y políticas que tienen un impacto directo sobre sus condiciones de vida.

Ahora bien, la tradición constitucionalista proporciona también buenas razones para justificar los fenómenos de resistencia, en especial desde el punto de vista de los derechos humanos como condición de justicia. En este sentido, la democracia constitucional se basa sobre un corpus de derechos inherentes a la naturaleza humana, que constituye a la vez una defensa del individuo frente al Estado y la fuente de legitimidad de la autoridad. Una idea que encuentra sus raíces en el iusnaturalismo de Locke: para el filósofo inglés, la entrada en la asociación política, lejos de significar el despojo de los derechos naturales de libertad e igualdad, ser-

²⁴ Mandujano Rubio, Saúl, "Observancia o crisis de la representación en un sistema de partidos", en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004.

²⁵ Sobre el tema, cfr. Carbonell, Miguel, "Participación política y candidaturas independientes", *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, núm. 1, enero-julio de 2012, pp. 213-224.

²⁶ Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra, "De los antiguos a los modernos: la democracia, la crisis de representación y los derechos políticos desde el DIDH", *op. cit.*

vía para remediar las fallas del Estado de naturaleza y para garantizar el goce de los derechos. En otros términos, la libertad y la igualdad no son problemáticos como en Hobbes, sino que se presentan como criterios de legitimación del Estado.²⁷ Las conclusiones de tal construcción teórica son bien conocidas: cuando el poder se vuelve opresivo, es decir, cuando deja de asegurar los derechos, la obligación de obedecer desaparece, abriendo paso en última instancia a una “apelación de los Cielos”,²⁸ es decir, un derecho legítimo a la rebelión dejado a la conciencia del pueblo. Ahora bien, a diferencia de aquel viejo derecho de resistencia, que constituía el único contrapeso a las desviaciones autoritarias del Estado,²⁹ los sistemas constitucionales contemporáneos cuentan con formas institucionalizadas de protesta, tales como las libertades de expresión, reunión, asociación o de huelga. Esta absorción, por parte del liberalismo, de las expresiones de inconformidad había generado la idea, citando a Ermanno Vitale, de que “el viejo derecho de resistencia podía jubilarse tranquilamente sin que nadie lo lamentara”.³⁰ Sin embargo, ¿qué hacer cuando estos canales garantistas se encuentran dominados por intereses privados? Cuando los mismos instrumentos jurídicos son utilizados de manera contraria a su propósito incluyente, cuando las propias leyes contribuyen a mantener situaciones de extrema marginalización, o cuando los tribunales constitucionales justifican el *statu quo*. ¿Acaso no se ha roto el pacto de convivencia? La resistencia extra-legal vuelve a encontrar aquí una nueva relevancia, desde el punto de vista defensivo de los ideales del constitucionalismo.

IV. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO DE RESISTENCIA EXTRA-LEGAL EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN

Hemos visto, desde un enfoque teórico, que puede existir cierto margen para la resistencia, aun tratándose de sociedades abiertas, cuando el propio sistema no garantiza de manera satisfactoria los derechos que permiten

²⁷ Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, p. 93.

²⁸ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990, capítulo XIV, sección 168.

²⁹ Gargarella, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de extrema carencia”, en Gargarella, Roberto, *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005, p. 29.

³⁰ Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder...*, *cit.*, p. 11.

la integración de todos dentro de la sociedad de convivencia. Sin embargo, ¿de qué tipo de resistencia estamos hablando?, ¿todas las modalidades se valen?, ¿cuáles son sus límites?, ¿qué situaciones concretas abren un derecho a quebrantar la legalidad?

En primer lugar, cabe recalcar que existe una gran diversidad de situaciones dentro de la nebulosa de la insumisión, y que tratarlas y justificarlas sin tomar en cuenta algunos de sus rasgos particulares sería un error. Sin embargo, lo que une a las diferentes modalidades —revolución, resistencia, desobediencia civil— es que todas suponen, al contrario de la desobediencia criminal o simplemente egoísta, un razonamiento crítico sobre el alcance de la noción de justicia y de cambio social, y cierto grado de concientización y de organización. Asimismo, los levantamientos espontáneos y sin mayor autoconciencia, tales como los episodios de saqueos o linchamientos, serán dejados de lado en este trabajo. Otro comentario preliminar: la cuestión de la justificación de diferentes formas de insumisión al derecho debe necesariamente tomar en cuenta la distinción entre sociedades abiertas y sociedades cerradas. Podemos afirmar al respecto que existe un amplio consenso en la justificación de un derecho de resistencia en las segundas, tal como lo afirma el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.³¹ Tradicionalmente, este “derecho de rebelión a la tiranía y a la opresión” ha sido entendido como el derecho de los pueblos a resistir y a derrocar gobiernos opresivos, entendidos ellos como impuestos a la fuerza e intimidación, e indiferentes a la protección de los derechos básicos.

En cambio, como ya lo hemos sugerido a lo largo del trabajo, el problema de la resistencia en Estados que garantizan un umbral mínimo de representación y de garantía es más delicado, especialmente desde la óptica de la exclusión social, ya que implica la existencia de condiciones diferenciadas dentro de la misma sociedad y excluye una situación generalizada de opresión en la cual la resistencia se torna fácilmente justificable. Desde este enfoque, ¿sobre qué argumentos y formas puede la resistencia articularse en situaciones de exclusión? Una primera aproximación al tema remite a la desobediencia civil, la cual ha sido la forma de

³¹ El considerando 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

resistencia más estudiada por parte de la literatura, especialmente anglosajona. Según la definición tradicional elaborada por Hugo Adam Bedeau, y retomada por la mayoría de los filósofos liberales americanos, “alguien comete un acto de desobediencia civil si y sólo si actúa ilegalmente, públicamente, de forma no violenta y consciente, con la voluntad de frustrar las leyes, políticas o decisiones del gobierno”.³² Entendida de tal forma restrictiva, y de acuerdo con John Rawls y Ronald Dworkin, la desobediencia civil no pone en tela de juicio los fundamentos del Estado, sino que presume en cambio una aceptación de la validez general del derecho,³³ la cual se ilustra en el consentimiento de los desobedientes en asumir el castigo que prevé el orden jurídico.³⁴ Esta visión de la desobediencia como acción contraria a la ley, pero ubicada dentro de la fidelidad a la misma³⁵ en el marco de sociedades bien ordenadas, genera un amplio consenso como mecanismo corrector de la democracia. Así, Jürgen Habermas la considera como un componente normal y necesario de una cultura política madura, ya que los fundamentos constitucionales de ambición universalista deben entenderse como un proceso de largo plazo, caracterizado por retrocesos, resistencias y progresos.³⁶ Por su lado, Dworkin vincula la desobediencia civil a una situación de confusión en torno a la validez de una ley. Plantea la cuestión desde el enfoque de la Constitución como norma fundamental cargada de moralidad y cuya flexibilidad interpretativa tiene capacidad para cubrir gran parte de las cuestiones éticas. Frente a los dilemas morales que pueden presentarse a los ciudadanos, se debe rechazar —dice el filósofo estadounidense— una concepción estrictamente legalista que conduce a una disminución de autonomía de los individuos, y enfocarnos en la visión de una democracia dinámica que auspicia una repartición de la tarea interpretativa entre la autoridad y la sociedad civil.³⁷ Por su lado, John Rawls valora la estabilidad de las instituciones en una sociedad orde-

³² Citado por Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, 1979, p. 405.

³³ *Ibidem*, p. 407.

³⁴ Gargarella, Roberto, “La última carta. El derecho de resistencia en las situaciones de alienación legal”, *Lecciones y ensayos*, núm. 80, 2004, p. 66.

³⁵ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, *cit.*, p. 407.

³⁶ Habermas, Jürgen, “La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en Habermas, Jürgen, *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988, p. 63.

³⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993, pp. 307 y ss.

nada, por lo que afirma que el carácter injusto de una ley o de una política no es motivo suficiente para dejar de cumplirla.³⁸ Sin embargo, en caso de situaciones manifiestamente injustas, la desobediencia civil, entendida de forma estrictamente pacífica, puede ser justificada y hasta necesaria cuando reúne tres condiciones: debe dirigirse contra casos muy concretos de injusticia manifiesta; las posibilidades de acción legal han de haberse agotado, y finalmente, las acciones de resistencia no pueden alcanzar dimensiones que pongan en peligro el orden constitucional.³⁹

Sin embargo, el problema que plantea la utilización del concepto de desobediencia civil, en el marco de situaciones crónicas de exclusión, es que tiene precisamente como trasfondo la existencia de una sociedad bien ordenada, es decir, de instituciones consolidadas, efectivas y justas. Desde este enfoque, ¿cabe describir una sociedad que genera exclusión de manera estructural como sociedad bien ordenada?, ¿podemos hablar de un orden político lo bastante eficiente tratándose de sociedades en las cuales los canales de participación ciudadana están dominados por una lógica de intereses privados y de corrupción, y en la cual el acceso a bienes básicos obedece más a lógicas clientelistas que a principios de justicia y de integración de todos en la esfera social? En este sentido, algunos autores han cuestionado la utilidad de la noción para examinar órdenes políticos que no presentan grados aceptables de garantismo y de participación. Más que la validez dudosa de una norma determinada, o una situación de injusticia al margen, se cuestiona de manera más profunda la legitimidad del Estado.

La revolución, desde este punto de vista, es el tipo de insumisión más desafiante, y constituye el mayor grado de rechazo del orden constitucional. Definida como un cambio repentino y radical del orden democrático establecido, ampliamente compatible con el uso de la violencia, la revolución conlleva problemas serios de justificación, en particular una totalización ideológica radical, una desprotección de los derechos básicos a largo plazo, o un riesgo importante de polarización de la sociedad amigos-enemigos, aún más difícil de legitimar en la ausencia, hoy en día, de alternativas teóricas verdaderamente viables tras el descarte definitivo del proyecto marxista-leninista. Asimismo, para Ermanno Vitale, la revo-

³⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 391.

³⁹ *Ibidem*, pp. 413 y ss.

lución, desde un enfoque normativo-prescriptivo, no puede dejar de ser pensada a la luz de los logros morales del constitucionalismo, el cual se presenta como “la estrella polar, la idea regulatoria de la teoría política contemporánea”.⁴⁰

Si bien una resistencia legítima debe, desde este postulado, tender hacia la fidelidad y el reforzamiento de los principios rectores del orden democrático-constitucional, en particular la separación de los poderes, la soberanía nacional, los derechos fundamentales, etcétera, en ese marco, la resistencia constitucional, dice el autor italiano, consiste en “una oposición a los poderosos, es decir, a la violación o anulación de los fundamentos del ordenamiento vigente, al debilitamiento de las garantías efectivas y de las instituciones responsables del control, lo que deja vía libre a la flagrante contradicción entre principios y normas constitucionales, por un lado, y la producción normativa del legislador ordinario, por el otro”.⁴¹ Así, su postura se enmarca en una defensa de las ideas del Estado democrático de derecho, con la justificación, e incluso la positivización, de un derecho a resistir cuando el gobernante, mediante la misma utilización del derecho, despoja al sistema de sus principios básicos de libertad e igualdad. Una reflexión interesante, que permite poner en evidencia los peligros de una visión estrictamente procedimental de la democracia, y de la colonización del poder por los intereses de la mayoría parlamentaria en turno.⁴²

Por su lado, Roberto Gargarella, desde un enfoque bastante parecido, entra al tema de la resistencia mediante la noción de alienación legal, situación en la cual “el derecho comenzó a servir propósitos contrarios a aquellos que, finalmente, justificaban su existencia”.⁴³ Su tesis sobre la resistencia en situación de carencia extrema justifica la resistencia constitucional en dos tiempos: por un lado, desde un enfoque sustantivo, las situaciones de pobreza, que podemos relacionar en muchos casos con exclusión social, constituyen una violación de los derechos humanos; por el otro, en un enfoque procedimental, cuando el derecho, entendido como una totalidad, sirve como instrumento de opresión,⁴⁴ es decir, como un

⁴⁰ Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder...*, *cit.*, p. 25.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

⁴² *Ibidem*, p. 29.

⁴³ Gargarella, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 35.

conjunto de normas ajeno a las aspiraciones de la comunidad, que afecta los intereses más básicos de una mayoría de la población.⁴⁵

Finalmente, y con independencia de la existencia de una situación de alienación legal, las situaciones de exclusión y los fenómenos de resistencia que desencadenan pueden pensarse también desde la perspectiva de la ineficiencia del derecho. En este sentido, de forma paralela a la proclamación, en muchas Constituciones latinoamericanas, de derechos de igualdad y de libertad, la realidad jurídica regional se caracteriza por una tradición de inobservancia de la legalidad, que encuentra su origen en la tendencia de la autoridad pública a ejercer su dominación por encima, e inclusive en oposición a su propia normatividad estatal.⁴⁶ De esta manera, muchos de los episodios de resistencia se presentan, en sus manifestaciones genuinas, como la reivindicación y exigencia de eficiencia del marco constitucional e internacional de los derechos humanos. Tal es el sentido, por ejemplo en México, de la resistencia de los pueblos indígenas para su derecho al desarrollo y a los recursos naturales de sus tierras, de conformidad con las legislaciones nacionales e internacionales.⁴⁷

Ahora bien, si pudimos mostrar la relevancia de un derecho de resistencia moral para las situaciones de exclusión social, otro problema merece una atención especial. Parece razonable, si lo que se quiere es robustecer los fundamentos mismos del orden constitucional, considerar seriamente la propuesta de John Rawls relativa a la condición de agotamiento de la acción legal como precondition al quebramiento de la legislación vigente. Asimismo, ¿qué pasa en situaciones de emergencia, como lo sería, por ejemplo, una situación de hambruna o un desastre ecológico no atendidos por las autoridades? Si tal hipótesis no ha sido objeto de examen suficiente por parte de la literatura, se puede afirmar sin temor a equivocarse que las situaciones que pueden generar daños irreparables a las personas a corto plazo justifican una mayor flexibilidad de las condiciones de ejercicio de los movimientos destinados a llamar la atención de la sociedad civil y de los poderes públicos sobre el carácter grave y ur-

⁴⁵ Gargarella, Roberto, "La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal", *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 103 y ss.

⁴⁷ Cfr. Anglés Hernández, Marisol, "El derecho al desarrollo y a los recursos naturales de los pueblos originarios de México en un contexto de discriminación y exclusión", en este volumen.

gente de la situación. De la misma manera, existen amplios cauces para los movimientos sociales cuando no existen, o no están funcionando en condición de normalidad, mecanismos directos de protección y garantía de los derechos humanos. Esta situación es particularmente relevante en materia de derechos sociales, que son considerados con frecuencia como simples líneas programáticas en lugar de derechos exigibles ante las cortes constitucionales. Situación que contribuye, en varios países de la región, a justificar la indiferencia de los poderes frente a situaciones de marginalización y de carencia, y que abre paso a manifestaciones desafiantes de protesta.

V. JUECES Y CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA

Ahora bien, ¿qué es lo que debe hacer un Estado democrático frente a episodios de resistencia extra-legal y, en particular, frente a sus formas más radicalizadas y desafiantes? En México la cuestión no es simplemente teórica, pues muchas organizaciones de la sociedad civil han llamado la atención sobre la tendencia del Estado a deslegitimar, reprimir y criminalizar las protestas.⁴⁸ En primer lugar, se debe mencionar que la autolimitación de los movimientos sociales es sin lugar a dudas fundamental para evitar la ruptura de los sistemas democráticos.⁴⁹ En este sentido, la seguridad jurídica y la paz pública no dejan de ser principios valiosos, ya que constituyen precondiciones para el goce normal de los derechos humanos. Sin embargo, se ha visto que existen, en algunas circunstancias, buenas razones para desobedecer, y que tales acciones, si bien rompen el orden vigente, buscan de alguna manera respaldarlo. En este sentido, acciones de resistencia, que se basan sobre consideraciones morales y que llaman la atención sobre situaciones injustas de exclusión, no deben ni pueden ser tratadas como cualquier otro delito por parte de las autoridades públicas. Esta posición se enfrenta con frecuencia a la rigidez legalista de los gobiernos, que suelen privilegiar la noción de orden sobre la de justicia. Asimismo, frente a manifestaciones de inconformidad y de protesta, tales como plantones,

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, reporte “Criminalización de la protesta 2008” de la Asociación Civil Servicios y Asesoría para la Paz, México, abril de 2008.

⁴⁹ Cohen, Jean L. y Arato, Andrew, *Sociedad civil y teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 557.

marchas, mítines, ocupación de edificios públicos o cierre de calles, se suelen oponer los derechos de la mayoría a gozar de manera normal de los derechos fundamentales, sin que verdaderamente quede claro por qué la libertad de tránsito es más importante que la libertad de los activistas de denunciar situaciones de injusticias.⁵⁰ En un mismo sentido, los argumentos, frecuentemente aludidos, relativos a la razonabilidad y estricta necesidad de los medios de protesta han de ser cuestionados, pues la desobediencia tiende necesariamente a buscar una forma de disrupción y de desafío capaz de llamar eficazmente la atención sobre las reivindicaciones.⁵¹ Otro dilema remite a la tensión que puede existir entre derecho a la protesta y argumentos relativos al “bien común” o a “los intereses generales”, ya que, como lo muestra Roberto Gargarella, suelen ser enunciados de manera muy general y vaga frente al carácter fundamental de los derechos en las democracias constitucionales.⁵² Ya lo dijo Ronald Dworkin: los derechos son cartas de triunfo frente a las mayorías y a estas pretensiones generales.⁵³

El problema se vuelve aún más complejo tratándose de acciones de protestas acompañadas de actos violentos. ¿Será que la inaceptabilidad de los medios afecte necesariamente la legitimidad de las demandas y justifique la aplicación de la ley en todo su rigor? Al respecto, muchos autores han rechazado de forma tajante el uso de la violencia en las manifestaciones de inconformidad en el contexto de sociedades abiertas. Ermanno Vitale subraya que los métodos de resistencia deben renunciar a la tentación de la violencia: además de ser moralmente irresponsable, el uso de las armas legitima la respuesta violenta del Estado, refuerza sus pulsiones autoritarias y finalmente se revela, en muchos casos, contraproducente.⁵⁴ Roberto Gargarella, en cambio, abre algunos cauces de reflexión respecto de las formas más desafiantes de protesta. No se trata de justificar el desencadenamiento de la violencia, sino de tomar en cuenta la existencia de situaciones particulares, especialmente tratándose de

⁵⁰ Gargarella, Roberto, “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *op. cit.*, p. 147.

⁵¹ Vázquez, Daniel, “Democracia liberal procedimental y movimientos sociales. Temas pendientes en la democracia mexicana luego del conflicto en Oaxaca”, en Albar, Julio y Vázquez, Daniel (coords.), *Política y sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*, México, FLACSO, 2008, p. 271.

⁵² Véase Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta social*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 67.

⁵³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 6.

⁵⁴ Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder...*, *cit.*, pp. 123 y 124.

grupos excluidos y marginalizados de los canales institucionalizados de toma de decisiones y de acceso a la justicia. Asimismo, dos principios de argumentación jurídica pueden ayudar a la reflexión. En primer lugar, el recurso a la resistencia extra-institucional mediante acciones estridentes debe analizarse como intentos desesperados de algunos grupos de hacer audibles sus reclamos ante un poder que suele ignorarlos.⁵⁵ En este sentido, el *principio de la distancia deliberativa* desarrollado por la jurisprudencia estadounidense⁵⁶ ha tenido en cuenta las oportunidades reales que tienen diferentes grupos para llamar la atención de la sociedad civil y del gobierno para presentar sus reclamos. Asimismo, se ha considerado que entre más marginalizado del debate público está un grupo social, más protección debe ser otorgada a las formas desafiantes de acción colectiva. Por otro lado, el *principio de las violaciones sistemáticas* también tiene un interesante potencial argumentativo, al considerar que cuando los manifestantes protestan como consecuencia de la violación sistemática de un derecho básico, el Estado debe refrenar su potencial castigador y prestar una atención especial a las reivindicaciones de los grupos involucrados.⁵⁷ En ambos casos, la argumentación se basa en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la creación de un contexto de exclusión y marginalización de los grupos involucrados.

VI. CONCLUSIONES

La resistencia a situaciones de exclusión significa, para sus actores, un esfuerzo para superar la marginalización y un reclamo de titularidad de derechos en el mismo alcance que los demás miembros de la comunidad. Más que oposición a los principios rectores del constitucionalismo, se trata de una denuncia del abandono del Estado, una exigencia de eficacia del derecho y finalmente, una pugna a favor de una mayor participación en decisiones políticas que afectan sus condiciones de existencia. En este sentido, las manifestaciones de inconformidad que desafían las normas institucionalizadas remiten a la confrontación entre dos modelos de sociedad: por un lado, una concepción estrecha de democracia que hace hincapié

⁵⁵ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁶ Cfr. *Adderley vs. Florida*, 385 U.S. 39 (1966), citado en *ibidem*, p. 159.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 164.

en los procedimientos representativos y en las vías institucionalizadas de resolución de las controversias, y que limita la protesta a sus solas manifestaciones legales; por el otro, una visión mucho más participativa que busca involucrar en mayor medida a los ciudadanos mediante la discusión pública, y que está más propensa a aceptar las formas más desafiantes de participación, aun cuando implican una ruptura momentánea del derecho vigente. Es este segundo modelo el que debemos propugnar, ya que aceptar solamente una visión restrictiva de la democracia conlleva el riesgo de perder valiosas voces críticas y de justificar el inmovilismo y la permanencia de situaciones profundamente injustas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AIBAR GAETE, Julio, “La miopía del procedimentalismo y la presentación populista del daño”, en AIBAR GAETE, Julio (coord.), *Vox Populi. Populismo y democracia en Latinoamérica*, México, FLACSO, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- y BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, trad. de José Florencio Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- y MATTEUCCI, Nicola, *Diccionario de política*, 13a. ed., México, Siglo XXI.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- , “Participación política y candidaturas independientes”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-julio de 2012.
- COHEN, Jean L. y ARATO, Andrew, *Sociedad civil y teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CAMARERO SANTAMARÍA, Jesús, *El déficit social neoliberal: del Estado de bienestar a la sociedad de la exclusión*, Santander, Sal Terrae, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

- GARGARELLA, Roberto, “Crisis de la representación y Constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, núm. 2, abril de 1995.
- , “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 28, julio-diciembre.
- , *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- , *El derecho de resistir*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005.
- , “La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal”, *Lecciones y ensayos*, núm. 80, 2004.
- , “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Posdata*, núm. 12, agosto de 2007.
- GREEN, Leslie, “Legal Obligation and Authority”, en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition)*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-obligation>.
- HABERMAS, Jürgen, “La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de derecho”, *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- MANDUJANO RUBIO, Saúl, “Obsolescencia o crisis de la representación en un sistema de partidos”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004.
- NAY, Olivier, *Historia de las ideas políticas*, París, Armand Collin, 2004.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Contrato social*, trad. de Fernando de los Ríos, Madrid, Calpe, 1921.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, *Para pensar la política*, México, UAM-I, 2004.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SEN, Amartya, “Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny”, *Social Development Papers*, núm. 1, Office of Environment and Social Development, Asian Development Bank, 2000.
- SINGER, Peter, *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985.
- TAYLOR, Charles, “Democracia incluyente. La dinámica de la exclusión democrática”, *Metapolítica*, México, vol. 5, núm. 5.

THOREAU, Henri, *Desobediencia civil*, trad. de Chantal López y Omar Cortés, México, Antorcha, 1983.

VÁZQUEZ, Daniel y SERRANO, Sandra, “De los antiguos a los modernos: la democracia, la crisis de representación y los derechos políticos desde el DIDH”, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 31, enero-junio de 2011.

VÁZQUEZ, Daniel, “Democracia liberal procedimental y movimientos sociales. Temas pendientes en la democracia mexicana luego del conflicto en Oaxaca”, en ALBAR, Julio y VÁZQUEZ, Daniel (coords.), *Política y sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*, México, FLACSO, 2008.

———, “Los derechos humanos, la democracia representativa y los mecanismos sociales de garantía. Notas para una reflexión”, *Crítica Jurídica*, núm. 31, enero-junio de 2011.

VITALE, Ermanno, “Cambio político, Constitución y derecho de resistencia”, *Isonomía*, núm. 32, abril de 2010.

———, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta, 2012. ●

LA EXCLUSIÓN DEL DISCURSO LIBERAL DOMINANTE DE LOS DERECHOS

MYLAI BURGOS MATAMOROS*

Sumario

- I. Discursos, ideologías y hegemonías
- II. Discurso liberal de los derechos. Intereses y falacias dominadoras
- III. Conclusiones
- IV. Bibliografía

I. DISCURSOS, IDEOLOGÍAS Y HEGEMONÍAS

La realidad latinoamericana en la actualidad está plagada de asimetrías, desigualdades e insatisfacción de las necesidades básicas de personas y colectividades situadas en este continente. Para ellos, el acceso a bienes elementales en condiciones de dignidad, como el agua para uso personal y doméstico, la alimentación y vivienda adecuadas, la salud, la educación, la tierra, el trabajo —por sólo mencionar algunos—, es una *utopía*.¹ Por ende, la vida digna se pasea como una abstracción a alcanzar y no como una realidad en construcción.

* Profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM y doctoranda en Estudios Latinoamericanos en la misma Universidad, en el área de Filosofía e Historia de las Ideas en América Latina; miembro del Colectivo de Estudios Jurídicos Críticos, RADAR.

¹ En este caso uso el concepto de utopía en su sentido literal como el *eu-topos*, el no lugar, el lugar inexistente, no como el conocido lugar ideal que no existe y está por alcanzar.

² Para mayores referencias véase: Minujin, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, Santillana; Estivill, Jordi, *Panorama de la lucha contra la exclusión social*, OIT-STEP, 2003; Nun, José, *Marginalidad y exclusión social*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001; Castel, Robert, *La lógica de la exclusión social*; Cortés, Fernando, “Consideraciones sobre la marginación, la marginalidad, marginalidad económica y exclusión social”, *Revista Universidad Autónoma del Estado de México*, 2006; Enríquez, Pedro Gregorio, “De la marginalidad a la exclusión social. Un

Muchos pueblos de América Latina hoy caminan entre la exclusión social² y la dominación, entre la exterioridad sistémica y la invisibilización, intentando sobrevivir la precariedad de ser el *otro*.³ Pero ese carácter de ser *otro*, no igual, diferente en su condición política, socioeconómica y de identidad, lo hace visibilizarse con la fuerza suficiente para exigir ante la interioridad sistémica, su inclusión y su respeto como parte diferenciada de la totalidad social⁴ sin totalitarismos.⁵

Una de las vías de exigencia de esta inclusión-diferenciada sistémica ha sido mediante *la lucha por los derechos*. Movimientos sociales latinoamericanos exigen el respeto, protección y realización de sus derechos en el devenir de su proceso histórico. La lucha por los derechos no es menor; es una herramienta política y jurídica que conlleva en sí la satisfacción de necesidades. Éstas pueden ser transculturales como el alimento, el agua potable, el vestido, la vivienda, etcétera, hoy imprescindibles para

mapa para recorrer sus conceptos y núcleos problemáticos”, *Revista Universidad de San Luis*, Argentina, 2007.

³ Véanse temas de otredad en Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 44 y ss.; De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa, pp. 141 y ss.; Hinkelammert, Franz J., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, La Habana, Caminos, 2006, pp. 499 y ss.

⁴ Totalidad social es tomado del concepto acuñado por la primera generación de la Escuela Crítica de Frankfurt como el espacio donde se dan y desarrollan todas las relaciones sociales en constante proceso de contradicción. Véase Adorno, Theodor W. y Horkheimer, Max, *La sociedad. Lecciones de sociología*, Buenos Aires, Proteo, 1969. En este texto se hace referencia al análisis en la totalidad social, desde el desenvolvimiento del individuo y los grupos dentro de ella; de cómo todas las esferas de la vida, como el arte, la investigación social empírica y la familia, se explican y se construyen en la totalidad social. Otro texto relevante donde se trata esta categoría de totalidad social es Adorno, Theodor W. et al., *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, trad. de Jacobo Muñoz, Barcelona, Grijalbo, 1973. En los artículos del propio Adorno, “Sociología e investigación empírica”, pp. 81 y ss., y “Sobre la lógica de las ciencias sociales”, pp. 121 y ss.; y de Jürgen Habermas, “Teoría analítica de la ciencia y la dialéctica. Apéndice a la controversia entre Popper y Adorno”, pp. 147 y ss.

⁵ Hay que destacar las críticas que realiza Boaventura de Sousa Santos a la Escuela Crítica de Frankfurt sobre el análisis de los fenómenos sociales en la totalidad social, donde la solución cognoscitiva debía ser totalizadora, a lo que De Sousa responde que esto deviene entonces una visión universalista que va en contra de la propia realidad y construcción pluricultural e histórica del conocimiento social, y desde una visión totalizadora surgen soluciones totalizantes, lo cual critica el autor en mención. Véase en De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, trad. de Joaquín Herrera Flores et al., España, Descleé de Brouwer, 2003, vol. I.

vivir. También tenemos necesidades particularizadas por condicionamientos históricos, como las formas de participación y tomas de decisiones sobre formas de vida, desarrollo propio, creencias, etcétera, inmersas en las disímiles tradiciones e identidades personales y/o colectivas que puedan existir.⁶ El uso de los derechos por grupos sociales hoy en estado de vulnerabilidad y exclusión social⁷ se mueve entre el discurso y la práctica, con fines emancipatorios respecto a la precariedad opresora.

Por otro lado, también los poderes estatales junto a poderes fácticos determinantes socialmente usan los derechos.⁸ Bajo la égida estatal se regulan normas jurídicas que contienen derechos y obligaciones para su ejercicio y protección, garantías como mecanismos de exigencia, y principios de interpretación para su aplicación. Las regulaciones se reflejan en documentos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos principalmente. Este orden jurídico normativo y su desenvolvimiento es lo que se ha denominado Estado democrático y de derecho.

La pregunta que surge ante estas afirmaciones es: ¿por qué movimientos sociales, grupos vulnerables y personas excluidas exigen sus derechos, su realización, su respeto y protección, si se supone que se desenvuelven en un Estado democrático y de derecho? La respuesta es más obvia que sencilla: los derechos pueden estar previstos en Constituciones, en tratados internacionales, en jurisprudencias, en todo tipo de documento jurídico, pero su real eficacia, su realización, está relacionada con todas las formas del ejercicio de la política.

La *política* aquí mencionada se refiere a las múltiples formas que asume cualquier grupo, en lugar y tiempo determinado, para reproducir su vida socialmente. En esta denominación tan amplia de la política, los

⁶ Sobre este tipo de necesidades véase: Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 49 y ss.

⁷ Véase para estos conceptos el estudio de Padrón Innamorato, Mauricio, "Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes", en este volumen.

⁸ En un país que se rige por el sistema económico-político capitalista no se puede negar que los poderes fácticos privados tienen gran influencia en el funcionamiento de su economía, la política y, a su vez, en lo social. En México, hoy, los más importantes recursos naturales, como el agua, la biodiversidad, los suelos, los ejes de distribución de la producción nacional y la importación, las comunicaciones y el transporte, en su mayoría, se encuentran concesionados a grandes empresas privadas transnacionales, mexicanas o extranjeras. Evidentemente, de estas influencias no escapa el derecho, que refleja esta interacción condicionante entre poderes estatales e intereses privados.

derechos pasan por instituciones, procesos, normas jurídicas, creencias, valores, historias, tradiciones, culturas, etcétera. Pero ante hechos empíricos e ideas que existen sobre todos estos rubros que envuelven a la política, y con ella al ejercicio de los derechos, existe una mediación muy relevante para este trabajo: los discursos.

Los derechos están envueltos en *discursos*, en plural. Porque no es único, no hay uno sólo, no es solamente el que prevé un lenguaje formal —pensando en la norma jurídica estatal nacional e internacional vigente—, bien estructurado lógicamente, como pretendieran los ilustres filósofos del círculo de Viena con su lenguaje científico universal.⁹ Sino que son discursos disímiles, contradictorios, diferenciados, contextuales históricos, llenos de significados de sentidos, hijos de hermenéuticas personales y colectivas de seres humanos,¹⁰ que viven reproduciendo la política. He aquí el debate: los pueblos exigen los derechos desde sus narrativas, hermenéuticas propias; los Estados y poderes fácticos desde otras interpretaciones; en algunos casos pueden confluir, pero las mayoritarias prácticas discursivas socio-jurídicas latinoamericanas nos muestran sus contradicciones.

Los *discursos*, entre ellos los jurídicos, son parte de los procesos sociales que se construyen y reconstruyen en la interacción social, intersubjetivamente, mediados por las representaciones culturales, socioeconómicas, en fin, históricas, en las cuales está inmerso el grupo o las personas que lo emiten.¹¹ Entonces, hablar del discurso de los derechos nos otorga elementos para reconstruir las perspectivas de lo jurídico de los sujetos-grupos, las cuales varían desde sus posiciones de poder dentro-fuera del sistema social en que se encuentran. Por tanto, lo que se cree y se dice de los derechos no son procesos abstractos, neutrales y avalorativos elaborados desde el mundo académico, desde una institución estatal o desde algún medio de comunicación masiva, lo cual no quiere decir que cada ámbito tiene incidencia social desde sus propias lógicas discursivas. Lo

⁹ Véanse las obras de los neopositivistas, sobre todo del Círculo de Viena, en uno de sus mayores representantes Rudolf Carnap, en *Filosofía y sintaxis lógica*, 2a. ed., trad. de César Molina, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1998, y *An Introduction to the Philosophy of Science*, Martin Gardner (ed.), Nueva York, Basic, 1966.

¹⁰ Habermas, Jürgen, “Teoría analítica de la ciencia y la dialéctica”, en Adorno, Theodor W. et al., *La disputa...*, cit., pp. 151 y ss.

¹¹ Adorno, Theodor W. et al., *La disputa...*, cit., de Adorno la “Introducción”, pp. 30 y ss.

que afirmamos es que existen múltiples discursos sobre lo jurídico que se interrelacionan dialécticamente —entre la unidad y la contradicción—, condicionados socioeconómica y culturalmente, dentro de contextos históricos mediados por relaciones de poder.

Este condicionamiento socioeconómico-cultural de los discursos nos remite a concepciones ideológicas. La *ideología* la asumimos como el proceso de creencias, tradiciones y concepciones culturales que racionalizamos a partir de lo que hemos vivido, de lo que somos y asumimos que somos, marcadas por la posición sociopolítica que detentamos en la sociedad en que nos desarrollamos. En este sentido, los discursos jurídicos emergen entre las relaciones políticas culturales-ideológicas que se dan en la intersubjetividad relacional, que no se expresa únicamente entre personas, sino también colectivamente.

Si llevamos lo planteado hasta aquí al *ámbito científico social*, podemos afirmar que las teorías sociales —para este trabajo nos interesan las jurídicas— son un tipo de discurso que se elabora por las comunidades científicas en momentos históricos determinados.¹² Para acceder al denominado conocimiento científico se parte de posiciones *epistémicas*¹³ que determinan las relaciones entre las personas que intentan conocer mediante sus sentidos-racionalidades y aquello que se pretende cognoscible. En este sentido, siguiendo la línea argumentativa antes enunciada sobre los discursos, las perspectivas epistémicas vinculadas a las teorías científicas sociales llevan en sí la carga relacional política cultural-ideológica que hemos venido describiendo; la de los seres humanos con su realidad histórica. Y hablar de nuestra condición histórica es pensar nuestro posicionamiento político, social, económico, cultural-ideológico en un contex-

¹² Véase Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Para este autor, lo que predomina como paradigma científico en determinados momentos históricos es el consenso de la comunidad científica y no las supuestas rigurosidades metodológicas para la construcción de este tipo de conocimiento. En este sentido, por teorías entendemos el conjunto de conceptos que se elaboran con cierta sistematicidad, siendo aceptadas como *científicas* por una comunidad, también denominada *científica* en un contexto espacio-tiempo determinado, no por su rigurosidad metódica sino por aspectos culturales, ideológicos y lingüísticos de esta comunidad.

¹³ Las posiciones epistémicas son conocidas como: racionalismo, idealismo, subjetivismo, materialismo, empirismo, objetivismo, positivismo, dogmatismo, escepticismo y criticismo, entre otras. Se pueden consultar en Hessen, Johannes, *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, México, Editores Mexicanos Unidos, 2008.

to espacio-temporal determinado, como ya hemos mencionado. Por tanto, esto abortaría con la concepción básica científica moderna vinculada a lo social, que afirma que las teorías son productos racionales, abstractos, sin valores en tanto neutrales por su condición de cientificidad.

A partir de estas afirmaciones, el objetivo de este trabajo es analizar los discursos jurídicos teóricos relacionados con las *concepciones de los derechos*. Se pretende realizar un *análisis crítico-dialéctico de algunos fundamentos epistémicos-filosóficos del discurso liberal dominante*¹⁴ respecto a los derechos, que con ciertas variaciones han perdurado durante la vida jurídica moderna¹⁵ latinoamericana. Los elementos teóricos sometidos a crítica son: la teorización de los derechos como universales abstractos, la idea de los sujetos de derechos como entes individuales únicamente, y la inclusión de los bienes patrimoniales dentro de los derechos fundamentales.

¹⁴ Analizamos las nociones *dominantes* del discurso liberal porque asumimos que dentro de esta doctrina hay percepciones sobre los derechos con perspectivas teóricas tratadas de manera diferente a la que criticamos. En este sentido, no asumimos el liberalismo como la ideología política conservadora que dominó durante el siglo XIX posterior a la Revolución Francesa única y exclusivamente, sino como la ideología político-jurídica que en sus nociones epistémicas presenta perspectivas hegemónicas, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, en las concepciones sobre los derechos. Para un estudio de la noción sobre lo liberal véase Doménech, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Barcelona, Crítica, 2004; Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.

¹⁵ Para este trabajo nos acogemos a las teorías que afirman que la modernidad como proceso histórico surge entre el siglo XIV y el siglo XVI. Aunque hay autores que afirman elementos modernos desde la Grecia clásica o en el siglo XI británico y la mayoría afirma sus inicios con las denominadas revoluciones europeas del siglo XVII en adelante, creemos que la teoría más certera es la que hace confluir el nacimiento de este periodo histórico con el surgimiento del sistema mundo capitalista (SMC), determinado por la conquista de América en 1492 y la conformación del primer Estado moderno con el reino de España; en conjunto, con el surgimiento y desarrollo de ideas “científicas” —en sentido amplio— respecto al conocimiento, el arte, la Iglesia y la religión, desde principios del siglo XIV y que se extendieron por todo el mundo moderno. En esta caracterización nos podemos acoger a la clasificación que realizan algunos autores, donde se presentan tres procesos dentro de la modernidad: *modernidad temprana* (1450-1648) —aunque estos años pueden moverse hacia siglos anteriores en el orden de la existencia de pensamiento moderno y relaciones capitalistas—, *modernidad madura*, a partir de las revoluciones en Inglaterra (1648), Francia (1789), la independencia de Estados Unidos (1776) y las independencias latinoamericanas (siglo XIX), y *modernidad tardía*, referente a las independencias de los países de Asia y África durante el siglo XX. Para abundar en estas perspectivas véanse autores y teorías como: sobre el sistema mundo capitalista, Immanuel Wallerstein y Samir Amin; desde la filosofía latinoamericana, José Gaos y Leopoldo Zea; desde la filosofía de la liberación, Enrique Dussel y Horacio Cerutti, por sólo mencionar algunos representativos.

El trabajo intenta demostrar cómo estos tres principios teóricos-filosóficos llevan en sí condicionantes epistémicas-ideológicas que reflejadas en el qué son los derechos, qué sujetos los detentan y qué bienes se protegen, generan exclusiones en la conformación del discurso jurídico respecto a lo que ocurre en lo social. Por tanto, como los discursos son prácticas sociales, *reflejan-son parte-crean* la realidad social —como ya se ha venido explicando—, aseveramos que las *exclusiones doctrinales jurídicas* no son meramente lingüísticas, sino que han incidido e inciden estructuralmente de manera desfavorable en la realización de los derechos de ciertos grupos o personas.

Las consecuencias son claras. Al no tener cumplidos los derechos, dichos sujetos se desenvuelven en el ámbito de la insatisfacción de sus necesidades, por tanto, se encuentran en estado de vulnerabilidad, exclusión social y discriminación¹⁶ respecto a otros seres humanos. Aquí no se concibe solamente la vulnerabilidad y la exclusión social determinada por la distribución equitativa de bienes¹⁷ regulados por los derechos, sino que recogiendo el análisis de Iris Marion Young sobre la justicia, se prevé que los derechos protegen en sí la satisfacción del contenido de necesidades que son básicas, como la vida, alimentación, agua, salud, educación, trabajo, cultura, libertades, etcétera, pero también todas las formas procesales decisorias mediante las que se definen estas necesidades, sus concepciones, sus adecuaciones y perspectivas pluriculturales. Es decir, las necesidades básicas van desde la sobrevivencia hasta toda la articulación mediante la cual las personas o grupos participan y toman activa y libremente las decisiones sobre la reproducción de la vida sociopolítica de una comunidad dada.¹⁸ Por tanto, el incumplimiento de los derechos abarcaría la insatisfacción del cúmulo de necesidades básicas, sus formas de definir las y decidir las en un colectivo determinado; por lo que, implicaría la inexistencia de una política válida y de una vida digna de ser vivida.¹⁹

¹⁶ Véase la relación de estos conceptos que se realiza en el estudio de este libro: “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico”, de Rodrigo Gutiérrez Rivas.

¹⁷ Véase la nota 2, donde se refieren textos sobre vulnerabilidad y exclusión social en estos términos.

¹⁸ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, España, Cátedra, 2000, pp. 35 y ss.

¹⁹ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como procesos culturales. Críticas del humanismo jurídico abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005, y *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños, 2007.

La incidencia del discurso teórico jurídico en análisis, respecto a la aplicabilidad social de los derechos, no es unidireccional, lineal, en relación de causa-efecto. Existe una interrelación dialéctica —unidad y contradicción— histórica entre los discursos jurídicos teóricos y sus perspectivas prácticas. En este sentido, afirmamos que dichas concepciones de los derechos pueden ser condicionantes importantes del comportamiento social, mas no únicos ni linealmente determinantes.

Las argumentaciones previas se pueden ejemplificar dentro de campos específicos de lo jurídico, como el normativo, el de la enseñanza y la investigación. Las doctrinales liberales dominantes sobre los derechos se han interrelacionado dialéctica e históricamente con las normativas jurídicas vigentes de los Estados-nación modernos; dígase, hay un reflejo importante de lo universal abstracto, el individualismo y la patrimonialización en los contenidos de los derechos regulados, las obligaciones que de ellos se derivan, las formas de concebir sus procesos de garantización y los tipos de sujetos que los detentan. Esto ha sucedido a partir de que las epistemologías y teorías jurídicas de las cuales nacen y se desarrollan estos conceptos han sido hegemónicas²⁰ respecto a otras en los países donde han predominado las doctrinas liberales.²¹ Las concepciones enunciadas se han constituido desde la modernidad madura²² como las válidas y verdaderas —científicamente hablando—, conformándose en el eje epistémico dominante de las enseñanzas de lo jurídico. Además, dichas nociones teóricas han sido tomadas como los referentes básicos para las investigaciones teóricas, sociológicas y dogmáticas del derecho de las instituciones universitarias afines. En este sentido, los elementos conceptuales enunciados que serán analizados críticamente en este trabajo han sido reproducidos por los juristas en los ámbitos de su práctica profesional. No se les puede culpar, es lo que les enseñan, es lo que estudian, es lo que reafirman ideológicamente, y además, es lo que ha predominado

²⁰ Siguiendo a Antonio Gramsci, la dominación se da en la práctica social mediante mecanismos coercitivos y coactivos que presenta el Estado, mientras la hegemonía fluye mediante la ideología y todas sus implicaciones, la cultura, la educación, las tradiciones, los valores, etcétera.

²¹ Aunque el estudio no está centrado en ningún país, porque es una reflexión crítica teórica, estamos pensando sobre todo en la actualidad de nuestros países latinoamericanos, donde han predominado, en su mayoría, las doctrinas liberales en lo político y en lo jurídico en los últimos cien años. Para estos conceptos véase la nota 14.

²² Véase *supra*, la nota 15 sobre conceptualización de la modernidad.

como divulgación jurídica respecto a estos temas. Siguiendo a Thomas Kuhn, afirmamos que si bien las comunidades científicas son las que dicen qué es ciencia y qué no es ciencia, no por probarlo metódicamente sino porque ellas dominan/hegemonizan mediante sus discursos, tipos de investigaciones, publicaciones y redes académicas para estos fines;²³ las comunidades académicas de lo jurídico también actúan entre la dominación y la hegemonía mediante las mismas vías, imponiendo con su expansión y regulación cognoscitiva lo que consideran las teorías válidas para el derecho o no. Y si bien las ciencias sociales desde su surgimiento en el siglo XIX, se han desenvuelto entre la contradicción perenne de diferentes posiciones epistémicas para el análisis de lo social,²⁴ siempre ha habido balcones doctrinales privilegiados ante la marginalidad de gritos contestatarios.

Es de destacar que el estudio no pretende realizar un análisis de los niveles de cumplimiento de los derechos ni de cómo están regulados en normativas vigentes estatales nacionales o internacionales, porque extendería en demasía dicho trabajo. El objetivo principal es demostrar histórica y teóricamente cómo la universalización abstracta, el individualismo y la patrimonialización de los derechos son por sí mismos excluyentes en sus concepciones. Con esto, parece argumento suficiente para comenzar un debate que nos lleve de la mano hacia otras investigaciones donde se vean reflejadas dichas perspectivas en la dogmática jurídica y en su eficacia en un lugar determinado.

II. DISCURSO LIBERAL DE LOS DERECHOS. INTERESES Y FALACIAS DOMINADORAS

Las concepciones liberales hegemónicas de los derechos —universalistas abstractas, individualistas y patrimonialistas— tuvieron su génesis en el periodo histórico de la modernidad. A partir de ella se puede afirmar la

²³ Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura...*, cit.

²⁴ Considero que las doctrinas jurídicas siempre se han desenvuelto dentro del ámbito epistémico metodológico del saber social, sea positivista, hermenéutico, crítico-dialéctico, analítico-lingüístico, etcétera. Un análisis acabado al respecto puede verse en Burgos Matamoros, Mylai, "El derecho como ciencia social. Un análisis crítico dialéctico", *Imaginando otro derecho. Contribuciones a la teoría crítica desde México*, México, UASLP, Facultad de Derecho, 2012.

existencia de un cambio paradigmático²⁵ en las concepciones del mundo, la sociedad y el papel que jugaba el ser humano en la transformación de su entorno. Este cambio de paradigma tiene bases en las complejas relaciones que se dan entre el incipiente desarrollo del sistema-mundo capitalista y las transformaciones de las nociones de la realidad que comienzan a hacer eco en personas y grupos de disímiles ámbitos sociales.²⁶ Abarcar el recorrido histórico de lo que implicó la epistemología moderna y su incidencia en el ámbito jurídico sería demasiado abarcador para este trabajo. No obstante, estas perspectivas epistémicas, que son esencialmente racionalistas y empiristas, son la base de las concepciones doctrinales de los derechos que han predominado entre los siglos XIX, XX y la actualidad, con algunas variaciones producto de las siempre dialécticas luchas de los grupos sociales por sus derechos. Intentaremos demostrarlo a partir del análisis histórico de los

²⁵ El concepto de paradigma al cual nos referimos es el aportado por Kuhn, ya mencionado anteriormente. El autor expone cómo las ciencias se han construido mediante ciclos históricos; primero, existe una etapa precientífica donde se acumulan saberes, hasta que éstos se constituyen en paradigma dominante o ciencia normal, marcados por el reconocimiento de la comunidad científica que construye la ciencia. Estos ciclos se repiten, pues la investigación científica continúa, pero la mayoría de las investigaciones se van a realizar sobre la base, y en el marco, de las teorías científicas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad científica en el paradigma dominante. Esto provoca que existan conocimientos que no se consideran científicos, por su no aceptación, y que van constituyendo anomalías al paradigma dominante. Sólo el paradigma dominante deja de serlo por un proceso de ruptura que constituye la revolución científica; la acumulación de anomalías es tal que ya el anterior paradigma no tiene sentido, y estas anomalías se instauran como nuevo paradigma dominante o ciencia normal, por la condición de que ha sido aceptado por la comunidad científica existente.

Es válido destacar que Kuhn llega a plantear que la comunidad científica de un paradigma dominante prácticamente tiene que desaparecer en cuanto a sus miembros para que pueda el nuevo paradigma aflorar, pues el diálogo entre las dos comunidades es inconmensurable, es decir, no puede existir diálogo alguno entre las dos comunidades que generalmente tienen diferencias generacionales, debido a que no se comprenden unos a otros por el cambio de las teorías, los conceptos, las definiciones, etcétera. Véase Kuhn, Thomas, *La estructura...*, cit.

²⁶ Las perspectivas de la realidad cambiaron para científicos, filósofos, artistas y religiosos, demostrándose en los acontecimientos históricos de la revolución científica, el Renacimiento y la reforma protestante desde aproximadamente el siglo XVI. Considero que estos procesos históricos modernos por esencia constituyen uno sólo, con un clímax respecto a lo político-jurídico con las ideas de la Ilustración del siglo XVIII, aunque dentro del pensamiento ilustrado ya comenzamos a encontrar las críticas al propio ideario moderno en desarrollo. En este sentido, no es lo mismo abordar el pensamiento de John Locke (1632-1704), que marcó pautas de lo moderno, que al ideario rousseauiano (1712-1778), que ya presenta críticas a los fundamentos modernistas en el ámbito político-jurídico.

discursos teóricos jurídicos de los derechos, en función de las categorías que son objeto de crítica.

1. EL DEVENIR HISTÓRICO SOCIAL DE LAS CONCEPCIONES MODERNAS DE LOS DERECHOS

La perspectiva de los derechos que dominó completamente durante el siglo XIX fue la concepción clásica liberal.²⁷ Había triunfado el *largo termidor* conservador frente a la tradición más democrática revolucionaria de la Revolución Francesa, la jacobina.²⁸

Los principios fundamentales de estas doctrinas liberales dominadoras se basaban en que los seres humanos-*individuos* son todos *libres e iguales*, con igual capacidad para participar en el mercado y producir, hacer circular e intercambiar bienes y servicios, siendo ésta la esencia de su interacción. Por tanto, las relaciones socioeconómicas debían desarrollarse en un marco de *certeza, previsibilidad y seguridad* para que si una persona-*individuo* causaba daño a otra, por negligencia o voluntariamente, fuera responsabilizada por daños y perjuicios. Por supuesto, era el *mercado el mecanismo ideal* para el desenvolvimiento de todo tipo de relaciones socioeconómicas, donde el Estado sería el interventor, mediante el derecho, del aseguramiento del desarrollo de dichas relaciones sin ningún impedimento. Es decir, la entidad estatal tenía la función mínima de *defensa y seguridad* de las interacciones humanas mediante el sistema jurídico —normativas e instituciones—.

Desde el punto de vista económico-jurídico, se entienden tales concepciones mediante la relación socioeconómica capital-trabajo como relación jurídica civil contractual entre supuestos iguales, el patrón y el empleado. Esto implicaba que las partes en igualdad legal pactaban *libremente* el intercambio de bienes, servicios o fuerza laboral, por un precio y/o salario, sin la intervención de autoridad estatal ni institución gremial o

²⁷ Para mayor información histórica acerca del desarrollo constitucional de los derechos véanse desde diferentes perspectivas epistémicas, las siguientes obras: Fioravanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996; De Cabo, Carlos, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, vol. II; Pisarello, Gerardo, *op. cit.*; Doménech, Antoni, *op. cit.*

²⁸ Doménech, Antoni, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

sindical, porque podían provocar una interferencia indebida en el principio básico del sistema político, la *autonomía de la voluntad* de las partes.

Bajo estas premisas es que los derechos potenciados y regulados fundamentalmente en el sistema liberal clásico fueron los denominados derechos de libertad, de autonomía, o civiles y políticos —vida, libertad de expresión, libertad de tránsito, libertad económica, derecho de propiedad, derecho al voto y a ser votado, derecho a participar políticamente en las decisiones estatales, entre otros—, sustentados sobre la base de los principios de autonomía de la voluntad, igualdad formal y legalidad —todos los *individuos* somos iguales ante la ley sin distinción de nacimiento, preferencias o estatus social—. ²⁹ En este sentido, como todo derecho requiere de protección, el gendarme estatal sale a la luz mediante las instituciones policiacas de vigilancia y judiciales para garantizar la libertad de la *lex mercatoria* como pilar del funcionamiento social de la época. Desde estas concepciones surgen las normativas constitucionales que se produjeron por las revoluciones burguesas, legalizando un régimen de evidente desigualdad, ³⁰ sobre todo entre capitalistas empleadores y trabajadores empleados.

Es evidente dentro de este contexto histórico cómo las concepciones de igualdad formal implicaron una universalidad falaz debido a que trataba como iguales a los que por condición socioeconómica eran completamente diferentes. Además se concebía a los sujetos de derechos como individuos, autónomos, fragmentados, donde lo que primaba era su condición de supuesta libertad para decidir sobre su condición económica, en un contexto socioeconómico desigual por naturaleza, el capitalismo.

Pero las realidades son más complejas que los discursos teóricos y técnicos jurídicos. En este sentido, durante el propio siglo XIX, en el propio marco de las doctrinas del liberalismo y producto de las ineficaces prácticas políticas para la satisfacción de las necesidades básicas de las mayorías poblacionales, como el trabajo, la salud, la educación, la vivienda, la

²⁹ Todas estas nociones acerca de los derechos civiles y políticos potenciados por los principios de autonomía de la voluntad y la igualdad ante la ley estaban dirigidas a desmantelar toda concepción elitista, de castas, de nobleza, defendida por los sistemas políticos previos a las revoluciones burguesas, los conocidos Estados absolutistas modernos donde primaban regímenes monárquicos y aristocráticos.

³⁰ Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bommarzo, 2006, p. 13.

alimentación, etcétera, surgen nuevas concepciones sobre los derechos. El sistema político económico del capital industrializado hacía surgir desde su fuero interno sus propias críticas antagónicas. La expresión estuvo en las luchas sociales que se generaron —fundamentalmente obreras—, contra el desmedido individualismo posesivo, el patrimonialismo y la mercantilización de la vida social.

Dichas luchas sociales se enfrascaron entonces en el cambio de las condiciones de vida del sector más desfavorecido, pero a la vez más fortalecido organizativamente, los trabajadores, incidiendo en el campo legal desde la elaboración de un discurso por los derechos que se denominaron sociales. Se fue desplazando así, teórica y normativamente, el modelo jurídico liberal clásico por uno de corte social, lo cual se vio reflejado en los cambios que se fueron dando en sus premisas básicas:³¹

- 1) Principio de igualdad: la noción de igualdad formal ante la ley entre las partes es desplazada por la idea de desigualdad material entre los contratantes, propiciando la idea del trato diferenciado entre partes en condición desigual, en este caso, el empleador y el trabajador.
- 2) De lo individual a lo colectivo: se realiza una fuerte crítica a la perspectiva individual de las relaciones laborales contractuales, asumiendo que las mismas tienen un carácter colectivo y no individual. Esto propició que se reconocieran los organismos sindicales como cuerpos colectivos que, entre otras cosas, podrían ejercer como actores jurídicos que gestionaran las regulaciones laborales para todo el grupo empleado. También se establecen instrumentos jurídicos de defensa colectiva de los trabajadores como el derecho a huelga.
- 3) Función del Estado: la entidad estatal deja atrás sus límites ante el mercado y las supuestas relaciones contractuales libres para constituirse mediador de las relaciones entre patrones y trabajadores, sobre todo asumiendo un papel protector ante la parte menos fuerte, los empleados. Este papel activo del Estado pasa desde regular en materia laboral, vigilar el funcionamiento de las condiciones de trabajo establecidas, así como ejercer a manera de árbitro en los conflictos de la compleja relación capital-trabajo.

³¹ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

- 4) Responsabilidad contractual laboral: la responsabilidad deja de ser subjetiva, por negligencia o dolo, pasando a tener un carácter objetivo, es decir, que independiente de la voluntad o no del daño o el perjuicio ocasionado, siempre habría una indemnización al trabajador, sobre todo por motivos de enfermedad o accidente laboral.

Los cambios de las nuevas concepciones jurídicas no se concentraron solamente en el ámbito laboral, debido a que el mercado nunca fue suficiente para satisfacer las necesidades básicas de los diferentes grupos de personas. Por tanto, llevó al Estado, inmerso en el ambiente de conflictividad social, a ampliar su actividad a esferas que debían suplir individualmente los grupos sociales según la doctrina liberal. Estos fueron los sistemas de seguridad social, salud y educación pública, acceso a la vivienda, al transporte, al agua, abastecimiento de alimentos, etcétera. Las nuevas nociones de los derechos se consolidaron desde finales del siglo xix hasta la segunda posguerra del siglo xx. Había nacido el denominado Estado social de derecho.³²

Si bien lo planteado previamente es una verdad histórica, es relevante afirmar que las concepciones y positivizaciones de los denominados derechos civiles y políticos respondieron a un sentido político e ideológico vinculado a los intereses de los grupos que dominaron el resultado del proceso histórico de las llamadas revoluciones burguesas. A la burguesía ubicada sobre el pedestal del incipiente capitalismo industrial le interesaba, ante todo, garantizar los denominados derechos de libertad, con primordial importancia en la libertad económica y el derecho de propiedad, frente a un Estado que no detentara privilegios ni interviniera de ninguna manera en estos procesos socioeconómicos, sólo como policía vigilante y sancionador de la infracción cometida entre las partes autónomas y supuestamente libres, como ya hemos mencionado.

Las nuevas concepciones de los derechos y su normativización es producto de las luchas por los derechos que mencionamos al inicio de este trabajo. Los desposeídos, los invisibles, lucharon frente al capital por me-

³² Para conocer más del Estado social de derecho o el denominado constitucionalismo social véase *supra* nota 29, así como: Ferrajoli, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, y Pisarello, Gerardo, “El Estado constitucional como Estado social: mejores garantías, más democracia”, ambos en Courtis, Christian *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

jores condiciones de vida y le arrancaron nuevas formas jurídicas desde su conceptualización hasta su positivización. Se refleja así la contradicción dialéctica entre los discursos como prácticas socio-jurídicas y sus resultados dentro de determinados contextos históricos.

Pero la realidad histórica demostró que el cambio no fue profundo, epistémico, ideológico, sobre las nociones universalistas abstractas, individualistas y patrimonialistas de los derechos. Garantizar educación, salud, vivienda, alimentación, trabajo, seguridad social, acceso a la cultura, no era una prioridad económica de la clase burguesa en el poder en el siglo XIX. Esto implicaba sacrificios económicos que el capital no estaba dispuesto a soportar, y afirmamos que sólo los acometió en el siglo XX, siempre y cuando no impidieran su propio desarrollo dominador.

En este sentido, el *reconocimiento universal* de los derechos se quedaba en la abstracción; nunca abarcaba la realización social universal, para todos, generando procesos de exclusión y discriminación en determinados grupos sociales.

La explicación nos la otorga Gerardo Pisarello al realizar el análisis histórico del surgimiento de los derechos sociales,³³ cuando afirma que el surgimiento del Estado social de derecho en el siglo XX se produce porque ya estaban garantizados los derechos civiles, políticos y patrimoniales a partir del liberalismo político del siglo XIX. Esta afirmación no es más que una falacia teórica hegemónica. Por un lado, los denominados derechos de primera generación no estaban satisfechos respecto a muchos grupos en lugares donde se comenzaban a reconocer demandas sociales; por ejemplo: el derecho al voto de las mujeres permaneció en la oscuridad en algunos países hasta la primera mitad del siglo XX; los derechos civiles de los negros en Estados Unidos estuvieron también restringidos hasta el surgimiento del movimiento de los *civil rights* en los años sesenta; respecto a los bienes patrimoniales, siempre ha habido falta de acceso por parte de grupos vulnerables o hasta invisibilizados como los campesinos y los indígenas en muchos países periféricos.

Por otro lado, el supuesto reconocimiento universal de los derechos sociales se constituyó desde un inicio como contratos sociales de exclu-

³³ Estas nociones se encuentran en los estudios realizados sobre los derechos sociales en la obra de Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-36, y Pisarello, Gerardo, *Un largo temido...*, cit., pp. 45 y ss.

sión. Primero, la relación global de los países centros y periféricos, donde las disparidades socioeconómicas entre unos y otros provocaron que los primeros tuvieran derechos sociales garantizados —educación, salud, condiciones laborales dignas, etcétera—, a costa de la riqueza extraída en los segundos mediante procesos económicos, como la compra de materia prima barata y la venta posterior de productos manufacturados, la explotación de la mano de obra económica por su baja calificación profesional y la demanda excesiva de trabajo remunerado, etcétera.³⁴ Otra forma excluyente de las regulaciones sociales se expresa mediante su carácter formal abstracto, pues en muchos países latinoamericanos no se establecieron reales procesos de garantía de los derechos, y los grupos más desfavorecidos vieron como letra muerta las demandas sociales establecidas. Por último, la regulación de los derechos asociados a la categoría de ciudadano constituye un estatus privilegiado para la obtención de derechos sociales como los laborales, de salud, vivienda, etcétera, frente a la condición del migrante, fenómeno cada vez más extendido en este mundo globalizado, dentro de la misma desigual relación entre países centros y periféricos.³⁵

³⁴ Para conocer más sobre las relaciones globales centro-periferia en el sistema mundo capitalista se pueden consultar innumerables materiales relacionados con la teoría del moderno SMC en autores ya mencionados como Immanuel Wallerstein y Samir Amin, en los siguientes textos: Amin, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI, 1997, y *Más allá del capitalismo senil*, Buenos Aires, Paidós, 2003; Wallerstein, Immanuel, *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Barcelona, Kairós, 2007; *Análisis del sistema-mundo*, México, Siglo XXI, 2005; *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos. Un análisis de sistema-mundo*, México, Akal, 2004; *El moderno sistema mundial, I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, Siglo XXI, 1979; *El moderno sistema mundial, II. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750*, Madrid, Siglo XXI, 1984; *El moderno sistema mundial, III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, México, Siglo XXI, 1988; Aguirre Rojas, Carlos Antonio, *Immanuel Wallerstein. Crítica del sistema-mundo capitalista*, México, Era, 2003.

La relación centro-periferia analizada desde América Latina se puede encontrar concentrada en autores dentro de la denominada teoría de la dependencia. Algunas de las obras más relevantes son: Cardoso, Fernando H. y Faletto, Enzo, *Dependencia y subdesarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1976; Gunder Frank A., *América Latina: subdesarrollo o revolución*, México, Era, 1963; Dos Santos, Theotonio, *La teoría de la dependencia: balances y perspectivas*, Plaza y Janés, 2003; Prebisch, Raúl, *El capitalismo periférico: crisis y transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

³⁵ Hay que destacar que esta categoría de centro-periferia no es absoluta, puesto que realmente puede darse la condición de centro para una región y ser periferia para otra, e in-

Se demuestra así una vez más que la universalidad abstracta y la patrimonialización de los derechos predominó nuevamente en este segundo momento doctrinal jurídico. Si bien no se comportó de la misma manera que durante los inicios de la modernidad madura, la esencia epistémica-ideológica del capital no varió por su condición inherente de dominación, incluso adaptado a las nuevas condiciones impuestas por las luchas sociales.

Hay que destacar que existe un tercer momento doctrinal donde la lucha de los pueblos por su autodeterminación entra en contradicción con la concepción individualista abstracta de los derechos, abogando por su carácter colectivo.³⁶ Desde la segunda mitad del siglo xx se han establecido concepciones doctrinales sobre los derechos de sujetos colectivos, como la autodeterminación de los pueblos. Las arduas luchas acometidas entre discursos individualistas y colectivistas se han movido dialécticamente, reflejándose hoy en la positivización de estos derechos en el marco normativo internacional de los derechos humanos y en innumerables marcos constitucionales de nuestro continente. No obstante, países como México, que incluso reconoce constitucionalmente los derechos colectivos, juega con el discurso de manera dominante, realizando cambios legales que limitan la verdadera realización de los derechos de los pueblos indígenas. Los ejemplos están en los procesos de reforma que se dieron en 1992, 2001 y 2011, donde hay un reconocimiento de los sujetos colectivos, pero apenas se abren las puertas para que se lleven a cabo procesos de garantía de sus derechos, quedando una vez más en letra muerta los derechos normativizados.

2. UNIVERSALISMO E INDIVIDUALISMO ABSTRACTO EN LOS DERECHOS

La categoría de universalidad no es otra cosa que la noción de que los derechos son atribuibles a toda persona, sin que su titularidad y exigibilidad estén condicionadas por ningún elemento político, jurídico, social, económi-

cluso que en un propio territorio existan distinciones ambiguas, más en la crisis económica actual que sufre la economía global.

³⁶ Para un estudio histórico sobre el tema véase el artículo “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en México”, de Benjamín Cervantes, Lizbeth Hernández y Mylai Burgos Matamoros, presentado en las Jornadas Lascasianas efectuadas en Xalapa, Veracruz, en noviembre de 2012.

co, cultural e histórico, es decir, en el espacio y tiempo. Toda persona tiene derecho a la vida, a las libertades, educación, salud, trabajo, seguridad social, agua, alimentación y vivienda, sin restricción alguna, sin importar que viva en un lugar donde no exista regulación jurídica positiva al respecto ni voluntad política para que estos derechos se ejerzan y se exijan, o recursos para poder realizar los mismos. La universalidad implica que toda persona, sin excepción, es titular de los derechos humanos fundamentales.

Decir que estamos en contra de este concepto sería ir en contra de los derechos fundamentales para la vida de los seres humanos. El problema no es la universalidad en sí, sino el carácter *abstracto* de la misma, su falta de contenido concreto, real, que nos remite a que podemos tener derechos discursivamente, teórica o normativamente, pero sólo como derechos en el aire o de papel,³⁷ ya que no se tienen en cuenta sus necesarios contenidos materiales.

Lo universal es abstracto per se, plantea Recaséns Siches, no puede tener ningún elemento concreto, sólo es forma, no contenido, por tanto es un significante vacío.³⁸ En este sentido, el *universalismo*, regularmente, es *impuesto* en nombre de la *igualdad formal de homogeneización individual*. Como la realidad es compleja, el universal, que debe ser abstracto, sin significado, en muchas ocasiones se le dota de contenido, dejando de ser universal, volviéndose un particular. Por ejemplo, el *derecho a la cultura*. Si de este enunciado comenzamos a definir qué es derecho, qué es cultura, llegará un punto de la conceptualización que la abstracción se particulariza en un contenido que tiene contexto histórico, espacio y tiempo. Está de más referir las múltiples definiciones de derecho que ha habido y subsisten en la actualidad, al igual del término cultura. Y es aquí cuando el universal se vuelve *dominante*, en el momento en que se le ha dotado de contenido y se continúa prescribiendo como universal.

Cuando se dice que el derecho es X concepto, y que la cultura es Y concepto, sin aceptar que pueden existir otras conceptualizaciones al respecto, estamos imponiendo desde una determinada cosmovisión una forma de ver la realidad. Hay que destacar que entonces este universal abstracto se ha convertido en un *particular impuesto*, que excluye, porque

³⁷ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como procesos culturales...*, cit.

³⁸ Recaséns Siches, Luis, "La finalidad en la esencia de lo jurídico y en la teoría fundamental del derecho", *Lecturas de filosofía del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1991, p. 4.

silencia al otro mediante su singularidad configurada como falaz universal.³⁹ La exclusión se da por su propia naturaleza irreal, porque de la totalidad universal pasa a la unidad y a la homogeneidad, que no es otra cosa que la imposición de alguna perspectiva epistémica, cultural, ideológica, de alguna noción de realidad.

Otro elemento de la universalidad abstracta es la *neutralidad*. La falta de contenido, la abstracción, implica que no recoge valores, es ahistórico. Los valores son procesos particulares subjetivos —dirían idealistas— o procesos objetivos históricos —dirían materialistas—, por tanto, éstos, en su relación de particularidad, no pueden ser parte de los universales. En este sentido, los derechos como universales abstractos, es decir, significantes vacíos, sin contenido empírico concreto y sin relación a los valores de una sociedad, serían neutrales, no tomarían parte con respecto a ninguna posición particular de personas o grupo social. Se pretende así que los derechos se comporten científicamente dentro de un ámbito de *objetividad*, mediante la neutralidad axiológica-ideológica donde existen de manera abstracta para todos. Entonces los derechos no tienen así relación con la política ni con la cultura ni con la ideología.

Los derechos como universales son para sujetos que tienen el común genérico del ser humano, homogéneos, *individuos abstractos*, autónomos en su supuesta voluntad porque se desarrollan separados de la realidad social, por su carencia de contenidos, se cosifican. Ese individuo abstracto universal es uniforme por su condición eterna de humanidad inamovible, absoluta, metafísica, de privilegiada racionalidad instrumental. Es así que se esconden las diferencias fácticas que tenemos como seres humanos; se oculta lo que dentro del género nos caracteriza como especie, empírica, contextual e históricamente. Se obvia así la pluralidad cultural, ideológica y los diferenciados posicionamientos políticos y sociales que presentamos sujetos y grupos en sociedad. Es así como se disimulan bajo el principio de igualdad formal las múltiples desigualdades, exclusiones y asimetrías sociales en las cuales hemos vivido y permanecemos los seres

³⁹ Para una crítica sobre el universal dominante o particular impuesto véase Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 31 y ss.; De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Ángelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, cit., pp. 125 y ss., y De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, cit., pp. 193 y ss.

humanos. En este sentido, se indefinición la opresión, sus formas y expresiones, eliminando la capacidad de movimiento, contradicción y transformación que podemos tener las personas para con la realidad, transformándose ésta en un *telos* intocable, ineluctable.

Ante esta situación, no se propone el *relativismo extremo* proclamando que todo lo que existe es apreciado desde el sujeto, desde su contexto espacio-temporal, marcado por su intersubjetividad, su interpretación, por lo cual su diversidad se vuelve inconmensurable porque todo se torna relativo.⁴⁰ Esta posición dificulta la determinación de hechos que existen, y provoca más bien una confusión nihilista acerca de la realidad. En el marco de los derechos nos nublan las perspectivas desde las cuales podemos dilucidar el desenvolvimiento de los procesos jurídicos y políticos, sus prácticas emancipatorias y/o dominadoras para el propio desarrollo personal o colectivo.

Nos acogemos a una solución interesante propuesta por Pisarello: el *universalismo pluralista*,⁴¹ donde el primer derecho universal es el derecho de todos a la diversidad. Pero este derecho se desenvuelve en la dialéctica de lo que el autor denomina un *pluralismo universalizable*, que no es otra cosa que preferir la igualdad cuando las diferencias implican opresiones y exclusión como las desigualdades económicas; y acudir a la diversidad cuando la igualdad genera dominación mediante la uniformidad que caracteriza, como es el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley sin el respeto a las diferencias socioeconómicas, culturales, sexuales, etcétera. Todo el desenvolvimiento de estos principios sería bajo los signos del reconocimiento de la intersubjetividad y la deliberación democrática participativa como garantía de pluralidad e inclusión, respectivamente, sobre todo para los grupos en estado de vulnerabilidad.

3. LA PATRIMONIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Además de todo lo planteado, el individualismo abstracto, cosificado, universal homogéneo se vincula a la autonomía de la voluntad mediante las categorías posesorias acumulativas y de ganancia individual. En ese sen-

⁴⁰ Para un estudio de concepciones relativistas relacionadas con el derecho se puede acudir a autores posmodernos como Lyotard, Jean-François, *La diferencia*, Barcelona, Gedisa, 1999.

⁴¹ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, cit., pp. 50-52.

tido, se vinculan los derechos como universales, abstractos, individuales y posesivos, equiparados a los derechos patrimoniales. Se considera así que los bienes referentes al patrimonio deben ser igualmente protegidos que los bienes recogidos en el resto de los derechos, lo cual ya ha distinguido la doctrina como derechos fundamentales o humanos.

Los derechos patrimoniales teóricamente no son iguales que los derechos humanos. Su similitud discursiva práctica con el derecho a la vida, las libertades y los derechos sociales está motivada por el interés en la modernidad en el sostén del pilar básico del sistema mundo capitalista y su desarrollo, la ganancia y la acumulación mediante el intercambio de mercancías.

Los derechos patrimoniales no son derechos humanos desde dos aspectos básicos: desde su concepción estructural formal y desde los contenidos materiales que protegen.

En este sentido, las diferencias estructurales que tienen los derechos humanos respecto a los derechos patrimoniales parten de su naturaleza jurídica, su estructura teórica con consecuencias para los diferentes ámbitos jurídicos, como la protección, defensa y satisfacción de los mismos.⁴²

Los *derechos humanos* son derechos que protegen bienes jurídicos que la historia de la humanidad ha determinado como imprescindibles para la vida y el desarrollo de las personas. Éstos se han denominado derechos civiles, políticos, sociales y ambientales. Por ejemplo, la vida, las libertades de expresión, tránsito, información, religiosa, política, de asociación, la integridad física, la educación, la salud, el trabajo, la alimentación, el agua, la vivienda, el ambiente, la participación política, el voto, ser votado, la consulta, etcétera.

Estos derechos tienen la característica de ser *universales* porque todos los sujetos pueden ser titulares de los mismos. Son derechos *inclusivos*, que forman la base de la igualdad jurídica, ya que no dependen del lugar ni de la condición personal de los sujetos ni de la legislación vigente, donde cada persona es titular en igual forma y medida.

Además, son *indisponibles*, *inalienables*, *intransmisibles*, *inviolables* y *personalísimos*. Es decir, son invariables, no se cambian, no se acumulan; no se tiene más libertad si no se tiene libertad; no se tiene más salud

⁴² Para profundizar en este tema puede verse Ferrajoli, Luigi, *Derechos y sus garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 42, 45 y ss., y 101 y ss.; *id.*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 859-864.

adecuada si no se tiene salud adecuada; no se tiene más ambiente adecuado si no se tiene ambiente adecuado; no se tiene más voto si no se tiene voto. Los derechos civiles, políticos, sociales no varían a la hora de su ejercicio, ya que no se consumen, no se venden, no se permutan, no se arriendan, y deben estar sustraídos a las decisiones de la política y del mercado. La indisponibilidad de este tipo de derechos puede ser *activa* —no puedo vender, transmitir, mi salud, mi vida, mi libertad—, si alguien enajenara su salud, su libertad o su vida estaría negando el derecho en sí mismo. También la indisponibilidad puede ser *pasiva* —no pueden ser objeto de expropiación ni limitables por otros sujetos ni por el Estado—, por tanto son inviolables.

Relacionando la universalidad con la indisponibilidad, podemos plantear que como los derechos humanos son para todos los sujetos, entonces todos los bienes que allí se protegen son para todas las personas y tienen como característica esencial la indisponibilidad.

Siguiendo esta línea argumentativa, también podemos comentar que los derechos en análisis tienen la característica de ser *ex lege*; su autoridad emana sin necesidad de que se dé un presupuesto dado, un hecho previo para que el derecho se exprese o se ejerza, aunque están contenidos en las leyes, sobre todo en las reglas constitucionales. Por ejemplo, el derecho a la vida ya es un derecho en sí, las personas son titulares del mismo, no comienza a ejercerse cuando alguna persona es agredida en su integridad física; ya la persona lo detenta. En este sentido, los derechos fundamentales se identifican con las mismas normativas que los atribuyen, las cuales se denominan *normas téticas* porque disponen situaciones expresadas mediante ellas.⁴³

Por último, podemos decir que los derechos humanos son *verticales*, generan relaciones jurídicas públicas entre las personas y/o frente al Estado. Donde se establecen obligaciones y prohibiciones para con la entidad estatal, cuya violación causa invalidez de la decisión o normativa pública emitida, mientras su observancia es condición de legitimidad de dichos poderes públicos.

Ahora pasemos a *los derechos patrimoniales*. Éstos regulan bienes jurídicos relacionados con posesiones de carácter material, como la pro-

⁴³ Las normas téticas también pueden imponer obligaciones como señales del tránsito o prohibiciones como los delitos. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y sus garantías...*, cit., p. 49.

piedad o posesión de un bien mueble o inmueble. También pueden contener bienes de carácter inmaterial como el derecho de autor sobre obras, patentes, marcas, etcétera.

Los derechos patrimoniales son *exclusivos*, *singulares*, respecto a la titularidad de los sujetos; puede haber uno o varios titulares, pero pertenecen a cada persona de manera diversa, lo mismo en calidad que cantidad. En este sentido, cuando un sujeto tiene un derecho patrimonial sobre algún bien jurídico, excluye a todas las personas de esta posesión; mi auto es mío, no es de otros, ni de todos, es exclusivamente mío en cuanto a derecho de propiedad o posesión se refiere. Es importante comentar que esta exclusión o singularidad no es referente a los derechos de autonomía de la voluntad que es la potencialidad que tiene un sujeto para convertirse en propietario o ejercer como sujeto económico, lo cual constituye la capacidad jurídica de las personas; ni tampoco nos referimos a la facultad que alguien tiene como propietario para disponer de sus bienes, que implica la capacidad de obrar; estos dos son derechos civiles fundamentales.

Por otro lado, son *disponibles* por su naturaleza, *negociables* y *alienables*, se acumulan, varían, se cambian, se venden, se alteran, se extinguen por ejercicio, se consumen, se permutan, se dan en arrendamiento. Estos derechos, en la medida que son singulares, pueden ser objeto de cambios, es decir, la disponibilidad está relacionada con sus características de singularidad.

Además, son *normas hipotéticas*, no adscriben ni imponen inmediatamente nada, simplemente predisponen, suponen situaciones jurídicas como efectos de los actos jurídicos previstos en ellas, en una relación de género y especie. Por ejemplo, la compraventa sería el género previsto en las normas jurídicas, la cual no te impone nada por sí misma. Mientras, la especie, la posesión o propiedad de una empresa, comprada bajo el amparo de la normativa establecida y consecuencia de ella.

Por último, comentar que los derechos posesorios son derechos *horizontales* porque generan relaciones jurídicas intersubjetivas, en la esfera privada, de tipo civilista, como puede ser contractual, sucesoria, donataria, etcétera. A estos derechos les corresponde la genérica prohibición de lesión en caso de los derechos reales u obligación de deber en caso de derechos de créditos, por ejemplo.

Para concluir este análisis teórico estructural entre derechos humanos y derechos patrimoniales, podríamos resumir sus características distintivas. Los derechos humanos son universales e incluyentes, indisponibles, inalienables, intransmisibles, inviolables y personalísimos. Sus normativas son téticas y su relación jurídica es de carácter vertical, porque implica relaciones públicas y de obligación para el Estado. Mientras, los derechos patrimoniales son exclusivos y singulares, disponibles, alienables y transmisibles. Las normas jurídicas que los prevén son hipotéticas y sus relaciones jurídicas son de carácter horizontal, en tanto se establecen en la esfera privada.

Además de todo lo expuesto, creemos también que estos derechos tienen grandes diferencias materiales, de contenido, en los bienes que protegen respectivamente. Las diferencias que encontramos son palpables: los bienes que protegen son necesarios para la sobrevivencia humana, dignamente, frente a bienes que son procesales, que no son elementales para la vida.

Es menester aclarar que no estamos en contra de los derechos patrimoniales sino que, en el ámbito de los derechos humanos, los concebimos como mediaciones jurídicas para garantizar la protección de algunos derechos humanos. Por ejemplo, la vivienda adecuada se puede defender mediante un título de propiedad, la tierra del campesino mediante un título de posesión o tenencia, etcétera. Pero una mediación institucional no es esencial para tener un derecho, como es el de la vivienda adecuada para tu cobijo o la tierra para tu sustento laboral, alimentario y de vida.

Esto implica que la prioridad son los derechos humanos, su regulación, respeto y garantización en aras de que las personas puedan tener satisfechas sus necesidades básicas, primando la distribución lo más universal posible de la riqueza y no la acumulación individualista desmedida de bienes. La historia de la humanidad ha demostrado que al concederle la misma relevancia teórica y dogmática a los derechos fundamentales respecto a los derechos patrimoniales,⁴⁴ en la práctica, estos últimos

⁴⁴ La categorización igualitaria de estos derechos tiene su raíz histórica en las doctrinas del liberalismo clásico, sobre todo en John Locke, cuando fundamentó que los derechos fundamentales eran la vida, la libertad, la propiedad y la resistencia. Desde el punto de vista positivo, así terminó regulándose en los documentos constitucionales que emergieron de las revoluciones burguesas, como, por ejemplo, los artículos 2o. y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Véase Locke, John,

siempre entran en colisión con los primeros, desplazándolos y priorizando la acumulación excluyente de bienes, generando a su vez mayores insatisfacciones de los derechos fundamentales, sobre todo los sociales. Se apuesta, en este caso, por la propiedad y la posesión, pero controlada, como medio de protección para la satisfacción de otros derechos, y sobre todo con carácter social, como el usufructo, la propiedad cooperativa, personal, que propicie una distribución equitativa de la riqueza lo más incluyente posible, al igual que los derechos fundamentales.

III. CONCLUSIONES

El análisis de la naturaleza excluyente del discurso liberal dominante de los derechos nos permite reconocer las falacias dominadoras en las cuales están inmersas estas nociones teóricas. Los derechos como entes universales, abstractos, neutrales y objetivos; de sujetos individuales, cosificados, uniformes, donde el patrimonio acumulativo tiene el mismo valor que la vida digna, no es otra cosa que la justificación epistémica-teórica-ideológica del capital para que los derechos no sean los ejes fundamentales del funcionamiento socio-jurídico.

La eliminación de todo contenido real del proceso material de la vida, que implica desde el reconocimiento diferenciado de lo que somos hasta la protección, cumplimiento y satisfacción de los bienes protegidos en los derechos mismos contextualizados históricamente, nos hace obviar los procesos reales de desigualdad, exclusión y discriminación que existen a la hora de ejercer los derechos.

Esta lógica recalca en la premisa de que tenemos “derecho a tener derechos”, que no es otra cosa que los derechos estén regulados en los ordenamientos jurídicos positivos nacionales o internacionales como ese

Segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid, Alianza Editorial, 2004, y “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”, *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> (consultado: enero de 2012). “Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.

discurso abstracto universalista, sin una verdadera realización plena del bien jurídico que se protege.

En este sentido, este tipo de discursos dominantes de los derechos contribuyen a la insatisfacción de las necesidades básicas para disfrutar de una vida digna de ser vivida, pero también sustrae la capacidad de transformarnos y transformar el mundo, pues supuestamente contamos con lo necesario para la convivencia social, derechos en las normativas jurídicas, derechos de papel.

Estos discursos son una construcción epistémica ideológica de un proceso histórico particular, la modernidad madura liberal capitalista, que hizo emerger instituciones para que protegieran sus intereses básicos de desenvolvimiento sistémico. Por tanto, encierra en sí la falacia del universal como *particular impuesto* donde se reflejan intereses, ideologías, dentro de la articulación jurídica que también es política, y se impone la noción dominante dentro de la siempre realidad histórica de lucha social, entre personas y grupos.

Donde el sistema mundo capitalista necesitaba, por encima de todo, consagrar y proteger los derechos como principios abstractos inamovibles, neutrales y objetivos para todos, fue justo donde reflejaron sus perspectivas axiológicas, intereses producto de su contexto histórico; la protección de la libertad, pero sobre todo la libertad económica, del varón, blanco, propietario, ante mujeres, grupos étnicos, razas diferenciadas, sin posesiones, que han sido y son excluidos del discurso de los derechos como prácticas socio-jurídicas hasta hoy, ya 500 años después de la modernidad y 250 de construcción del discurso jurídico dominante liberal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Theodor W. y HORKHEIMER, Max, *La sociedad. Lecciones de sociología*, Buenos Aires, Proteo, 1969.

——— *et al.*, *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, trad. de Jacobo Muñoz, Barcelona, Grijalbo, 1973.

AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio, *Immanuel Wallerstein. Crítica del sistema-mundo capitalista*, México, Era, 2003.

AMIN, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI, 1997.

———, *Más allá del capitalismo senil*, Buenos Aires, Paidós, 2003.

- BURGOS MATAMOROS, Mylai, “El derecho como ciencia social. Un análisis crítico dialéctico”, *Imaginando otro derecho. Contribuciones a la teoría crítica desde México*, México, UASLP, Facultad de Derecho, 2012.
- *et al.*, “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en México”, presentado en las Jornadas Lascasianas efectuadas en Xalapa, Veracruz, noviembre de 2012.
- CARDOSO, Fernando H. y FALETTO, Enzo, *Dependencia y subdesarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1976.
- CORTÉS, Fernando, “Consideraciones sobre la marginación, la marginalidad, marginalidad económica y exclusión social”, *Revista Universidad Autónoma del Estado de México*, 2006.
- COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bomarzo, 2006.
- y AÑÓN, María José (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- DE CABO, Carlos, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, vol. II.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, trad. de Joaquín Herrera Flores *et al.*, España, Descleé de Brouwer, 2003, vol. I.
- , *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA, 2003.
- , *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 1998.
- DOMÉNECH, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Barcelona, Crítica, 2004.
- DOS SANTOS, Theotonio, *La teoría de la dependencia: balances y perspectivas*, Plaza y Janés, 2003.
- DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- ENRÍQUEZ, Pedro Gregorio, “De la marginalidad a la exclusión social. Un mapa para recorrer sus conceptos y núcleos problemáticos”, *Fundamentos en Humanidades*, Argentina, vol. VIII, núm. 15, 2007.

- ESTIVILL, Jordi, *Panorama de la lucha contra la exclusión social*, OIT-STEP, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y sus garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.
- GUNDER, Frank A., *América Latina: subdesarrollo o revolución*, México, Era, 1963.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos como procesos culturales. Críticas del humanismo jurídico abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.
- , *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños, 2007.
- HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, Editores Mexicanos Unidos, 2008.
- HINKELAMMERT, Franz J., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, La Habana, Caminos, 2006.
- KUHN, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LYOTARD, Jean-François, *La diferencia*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- MINUJIN, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, Santillana, 1998.
- NUN, José, *Marginalidad y exclusión social*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*, Trotta, 2011.
- , *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PREBISCH, Raúl, *El capitalismo periférico: crisis y transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “La finalidad en la esencia de lo jurídico y en la teoría fundamental del derecho”, *Lecturas de filosofía del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1991.
- SANÍN RESTREPO, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

- WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis del sistema-mundo*, México, Siglo XXI, 2005.
- , *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos. Un análisis de sistema-mundo*, México, Akal, 2004.
- , *El moderno sistema mundial, I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, Siglo XXI, 1979.
- , *El moderno sistema mundial, II. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750*, Madrid, Siglo XXI, 1984.
- , *El moderno sistema mundial, III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, México, Siglo XXI, 1988.
- , *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Barcelona, Kairós, 2007.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, España, Cátedra, 2000. ●

II. ACCESO A LA JUSTICIA, VULNERABILIDAD Y EXCLUSIÓN

ACCESO A LA JUSTICIA, VULNERABILIDAD Y EXCLUSIÓN: APROXIMACIÓN A LAS DIMENSIONES RELACIONALES SUBYACENTES

MAURICIO PADRÓN INNAMORATO*

Sumario

- I. Introducción
- II. El concepto y el fenómeno del acceso a la justicia
- III. El binomio vulnerabilidad-exclusión
- IV. Análisis exploratorio de la relación entre vulnerabilidad, exclusión y acceso a la justicia
- V. Las dimensiones detrás del fenómeno: el análisis factorial
- VI. Consideraciones finales
- VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con Cappelletti y Garth,¹ “en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos, el acceso a la justicia es intrínseco al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales”; idea que ha sido formalizada y ha quedado definida en diversos instrumentos internacionales y nacionales.

En las últimas tres décadas, el fenómeno del acceso a la justicia (como tema de estudio) ha cobrado una vigencia renovada, en parte debido a los acelerados cambios experimentados por las sociedades y por sus sistemas jurídicos. Estas transformaciones, vinculadas a la globalización

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, mauriciopadron@gmail.com.

¹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

socioeconómica, a medida que se profundizan han generado cambios fundamentales en las formas de producción, en el funcionamiento del mercado de trabajo, en las políticas de Estado, en las formas de integración social y en las aspiraciones y pautas culturales que orientan el comportamiento del conjunto de la población, dando lugar al surgimiento de nuevos focos de vulnerabilidad² en distintos puntos de la estructura social.

Ahora, abordar el fenómeno del acceso a la justicia puede significar una variedad de situaciones, y no es sencillo formular una definición general y exhaustiva que dé cuenta de la diversidad y complejidad de las realidades que abarca. Por esta razón es preferible asumir, desde el inicio, una perspectiva integradora e incluyente para tratar de evitar posiciones excesivamente simplificadoras. Esto último, a pesar de que más adelante se haga un recorte, quizá limitado, del fenómeno bajo estudio, debido fundamentalmente a cuestiones técnicas y no a posturas teóricas o ideológicas.

Entonces, se parte de la idea de que la justicia no debe entenderse, de manera exclusiva, sólo como justicia de Estado. Esta posición, que surge como consecuencia de un discurso jurídico endógeno, identifica el derecho directamente con la normatividad jurídica estatal y considera que las mejores soluciones para afrontar el problema del acceso a la justicia son jurídicas, profesionales y técnicas. Así, se tiende a ignorar el vínculo estrecho que existe entre diversos factores contextuales, el derecho y la justicia, desconociendo también que las situaciones de exclusión social (en términos generales), a las que se ven expuestos grandes sectores de la población, tienen una relación recíproca con la justicia y el acceso a ésta.

Pero también es de reconocer que una perspectiva incluyente e integradora no implica soslayar la visión restringida mencionada antes y asumir solamente la perspectiva amplia; se trata de incorporar críticamente elementos de ambas, articulándolos y abstrayéndolos para sustraerse de los reduccionismos. Pero sobre todo, para poder delinear posibles aproximaciones empíricas que muchas veces necesitan de la simplicidad conceptual para resolver aspectos metodológicamente complejos.

² Concepto utilizado para identificar a grupos sociales e individuos que, por su menor disponibilidad de recursos materiales y no materiales (simbólicos), quedan expuestos a sufrir alteraciones repentinas y significativas en sus formas de vida ante cambios bruscos e imprevistos, derivados de la aplicación de medidas de distintos tipo y niveles (básicamente, medidas económicas o socioeconómicas, tanto estructurales como macroestructurales).

Ahora, de acuerdo con Fix-Fierro y López-Ayllón³ el reposicionamiento reciente del tema de acceso a la justicia en el interés general

...no puede entenderse y desarrollarse cabalmente sin la incorporación de un enfoque multidisciplinario que complemente los planteamientos estrictamente jurídicos, en especial los de tipo constitucional, así resulta necesario dar una explicación del contexto social en que surge el problema del acceso a la justicia, vinculada especialmente a los tipos de conflictos que se producen en la sociedad.

La complejidad referida resulta de que en este tipo de procesos están involucrados diversos fenómenos de carácter económico, social, político y cultural, que se encuentran relacionados entre sí de formas muy distintas. Mientras para algunos segmentos sociales los cambios aludidos implican mejores oportunidades de bienestar y movilidad social, para otros se traducen en nuevas formas de marginación⁴ que, muchas veces, tienden a sobreponerse a las viejas formas de pobreza y marginalidad, acentuando la heterogeneidad social en general y la de los grupos pobres en particular.

En este contexto, la vulnerabilidad y la exclusión (como procesos estrechamente vinculados) no son una excepción. La insatisfacción de amplios sectores de la población ha sido y es una constante, donde el tema o fenómeno de acceso a la justicia no puede dejarse de lado, entendiendo entonces que en estas condiciones generales no necesite ser validado, justificado y/o reposicionado. La problemática sigue siendo más que vigente.

Retomando lo dicho por Fix-Zamudio⁵ analizar el acceso a la justicia es relevante porque se considera como un medio imprescindible, aunque no el único, para lograr disminuir el grado de desigualdad social presente en las sociedades actuales.

³ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I, p. 114.

⁴ Concepto que en su versión más abstracta intenta dar cuenta del acceso diferencial de la población al disfrute de los beneficios del desarrollo. Cortés, Fernando, “Consideraciones sobre la marginalidad, marginación, pobreza y desigualdad en la distribución del ingreso”, *Revista Papeles de Población*, Toluca, México, núm. 31, enero-marzo de 2002.

⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, *Anuario Jurídico*, México, núm. 2, 1977.

Así, se cree que el acceso a la justicia constituye un instrumento, una estrategia y una alternativa, que permitiría la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión y la pobreza.⁶

La idea que sustenta la postura anterior está vinculada con que la ausencia de recursos (materiales y no materiales) y la desprotección de los derechos son dos carencias que se potencian, ya que si bien las situaciones de vulnerabilidad y exclusión representan una barrera para el acceso a la justicia, la falta de acceso a la justicia contribuye a perpetuar situaciones de vulnerabilidad y exclusión de quienes ven sus derechos desprotegidos o vulnerados.

En definitiva, poder determinar e identificar la existencia de relaciones entre acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión, resulta fundamental para establecer la vinculación entre los procesos de cambios sociales, económicos, culturales y el acceso a la justicia, entendido este último como un derecho por el que el ciudadano, en tanto titular del mismo, puede exigirle al Estado su cumplimiento, así como el diseño, implementación y seguimiento de medidas para que sea efectivo.

Por todo lo dicho, el presente trabajo tiene como objetivo explorar, para identificar, visibilizar y delinear, las relaciones que subyacen al vínculo entre acceso a la justicia, situaciones de vulnerabilidad y de exclusión en la que vive gran parte de la población en México. Para lograr lo anterior se presenta, analiza y reflexiona sobre los tres conceptos básicos de la aproximación elegida, lo que permite poner sobre la mesa el contexto histórico y de evolución de los tres ejes analíticos, así como la aplicación a la realidad de nuestro país, esto como forma de validar su uso tanto en términos teóricos como empíricos.

Para cumplir con el objetivo planteado se utilizó la encuesta nacional sobre *Los usos sociales de la ley y la justicia*, diseñada y levantada durante el 2009 por el Área de Investigación Aplicada y Opinión del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM a solicitud expresa de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ),⁷ por medio de la técnica de análisis factorial se busca explorar la estructura que asumen las dimen-

⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Argentina, 2005.

⁷ Informe Final de la Encuesta Nacional en hogares *Los usos sociales de la ley y la justicia*, México, Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ)-UNAM, Área de Investigación Aplicada y Opinión del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

siones que actúan vinculadas o relacionadas al fenómeno de interés de este trabajo.

Como forma de lograr cumplir con lo planteado, el trabajo queda organizado de la siguiente manera: en primer lugar se plantean como marco de referencia e introducción al tema, algunas características fundamentales de las distintas aproximaciones al tema del acceso a la justicia. Esto como una manera de ubicar la discusión sobre este tema, asumiendo desde ya que por las limitaciones propias de la fuente de información utilizada, en este trabajo el acceso a la justicia queda definido, o limitado, únicamente al contacto institucional que realizan o no, los individuos como consecuencia de un evento que en principio se entiende como justiciable.

En segundo lugar se analizan las principales manifestaciones y/o aproximaciones de la exclusión y de la vulnerabilidad, entendidos como fenómenos complejos y multidimensionales estrechamente vinculados entre sí. Esto permitirá definir las variables proxis (o de aproximación) que serán seleccionadas para el trabajo de análisis de la información empírica.

En un tercer momento se presenta una serie de datos que sirven para ejemplificar (o aproximarse) a las situaciones descritas a lo largo del documento y, por último, se esbozan algunas consideraciones finales acerca de lo planteado, intentando realizar un análisis general acerca de la existencia de distintas dimensiones que pueden impactar de forma diferencial sobre el fenómeno objeto de estudio.

II. EL CONCEPTO Y EL FENÓMENO DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1. PUNTO DE PARTIDA PARA UNA DEFINICIÓN

Se decía líneas arriba que en términos generales el cuerpo teórico normativo acerca del acceso a la justicia está establecido tanto en los instrumentos internacionales como en los nacionales. En ellos se especifica que las personas pueden acudir a los órganos encargados de administración de justicia para buscar garantía y vigencia de sus derechos, así como para solicitar su protección y atención cuando ellos hayan sido violados.

Según Abrego, este derecho implica acceso en condiciones de igualdad, es decir que un ciudadano tendría la misma probabilidad que otro de utilizar las instancias judiciales, esto sin importar su situación económica o cultural (es decir, sin importar el sexo, la edad, la etnia, la lengua, la

posición ideología, la orientación sexual, la religión, la preferencia política, entre otras varias).⁸

Esta postura hace referencia a la forma más común de abordar el tema de acceso a la justicia, donde se lo relaciona con los medios de resolución de conflictos, lo cuales pueden ser formales o alternativos. En este sentido, la justicia hace referencia al conjunto de instituciones y procedimientos que intervienen para dar solución a los problemas legales dentro del aparato jurídico formal.

Pero el concepto de acceso a la justicia y, por lo tanto, el fenómeno que está detrás, ha sido definido y abordado desde distintos enfoques, representando una variedad de interpretaciones que se han elaborado y desarrollado al respecto.

Así, desde hace muchos años ha sufrido profundas transformaciones y reelaboraciones. Según Méndez⁹ ha pasado 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, protector no sólo de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos. Por lo que el estudio del acceso a la justicia se ha constituido en una gran preocupación de las sociedades modernas, abordando el tema desde diversas disciplinas pero con un enfoque más o menos común, que tiene que ver con el hecho de discutir la relación entre la igualdad jurídico-formal y la desigualdad social y económica.¹⁰

2. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL CONCEPTO

De acuerdo con los trabajos existentes sobre el tema, la justicia y el acceso a ésta han sido abordados de forma general desde la perspectiva de la organización judicial, haciendo hincapié en los obstáculos para acceder y las alternativas de solución. Esta aproximación ha logrado poner de mani-

⁸ Abrego, p. 2, citado por Ferrandino, Álvaro, *Reformas para facilitar el acceso a la justicia*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005, p. 14.

⁹ Méndez, Juan E., "El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos", ponencia presentada en el Foro Internacional "Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina", San José, Costa Rica, Instituto Americano de Derechos Humanos, 1999.

¹⁰ *Idem*; Robles, Diego Américo, "El concepto de acceso a la justicia. Evolución, vigencia y actualidad", en Salanueva, Olga L. y González, Manuela G., *Acceso a la justicia. Las estrategias de los pobres frente a los conflictos en barrios de La Plata y Gran La Plata*, Argentina, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007.

fiesto que el alcance del concepto no es igual para todos, como tampoco lo son los problemas que se deben sortear para alcanzar la justicia, es decir, cuál es la trayectoria —o proceso— a seguir para lograr acceder a la justicia.

Desde esta aproximación, no existe acuerdo con respecto a dónde se quiere llegar, quiénes son los que efectivamente accedieron y quiénes quedaron fuera. Entonces, se reconoce que los medios no son los mismos y el recorrido para llegar puede variar de acuerdo a que se piense en la justicia como algo susceptible de ser alcanzado en un acto, o que deba convertirse en una situación con cierta propensión a perdurar.¹¹ En definitiva, los destinatarios (o actores) no se encuentran en igualdad de condiciones económicas, culturales y sociales, por lo que las herramientas y los medios disponibles varían en los diferentes sectores de la población.

Para comenzar a desentrañar lo que está detrás de lo planteado hasta el momento, es necesario mencionar que hablar de acceso a la justicia implica referirse a dos términos, que combinados refieren a un derecho y a un hecho que implícitamente alude a la existencia de desigualdades sociales, económicas, culturales, políticas, entre otras.¹²

Así, desde una visión formal o dogmática —formalista, según Boueiri—,¹³ se entiende que la justicia es el resultado de la utilización de procesos legales, por lo que se reduce a lo que los jueces deciden de acuerdo a derecho. En este contexto, nos encontramos frente a una perspectiva legalista y abstracta de justicia.

Por otro lado, desde una visión sustantiva se entiende a la justicia por sus contenidos, lo que hace referencia a los valores, y pone en el centro de las decisiones aquello que satisface valores e intereses concretos; de esta manera se privilegian los resultados a los que se llega.

En cuanto a la idea de acceso, también conviven por lo menos perspectivas. Desde la aproximación más común, se lo entiende como el acercamiento, el contacto, o la entrada a la estructura judicial, con el objetivo de obtener una defensa de los derechos violados o insatisfechos. Como puede observarse, aquí se pone el acento en la idea de acción (hecho),

¹¹ Robles, Diego Américo, *op. cit.*

¹² *Idem.*

¹³ Boueiri B., Sonia, “Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia”, *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas*, Mérida, Venezuela, núm. 22, enero-diciembre de 2003.

sin retomar o poner atención a la trayectoria previa al acceso ni a las etapas posteriores vinculadas con la situación de permanencia a lo largo de todas las etapas del proceso y a la obtención de un resultado.

A su vez, el acceso también puede ser abordado y definido como un proceso (un trayecto, una trayectoria, un recorrido, etcétera) que conduce a la obtención de una justicia sustantiva; en este sentido, no se enfoca de manera exclusiva en los procedimientos y las barreras administrativas, sino que retoma los condicionamientos subjetivos y objetivos de individuos y grupos, que imponen obstáculos al uso exitoso de los mecanismos jurídicos.

Como puede observarse, esta segunda postura amplía la definición de acceso a la justicia, ya que lo entiende como un fenómeno multifactorial, complejo e integral, y al poner el énfasis en los condicionamientos privativos de las personas y de su contexto, propicia la indagación de las causas de la desigualdad y su vínculo con la vulnerabilidad y la exclusión (en este caso jurídica-legal).

Entonces, de lo planteado antes queda claro que existen dos grandes formas de entender el acceso a la justicia, una primera, vinculada con esta visión formal que entiende al fenómeno como un servicio provisto por el Estado y al cual las personas llegan o no, por diversas situaciones. En este marco, las soluciones están en manos de la institución que brinda el servicio, y para lograr aumentar el contacto de las personas se deben elaborar y desarrollar estrategias institucionales internas.

Una segunda manera de abordar el acceso a la justicia plantea que éste representa un proceso que se inicia mucho antes del contacto específico con la institución, y atravesar con éxito por este trayecto depende, o está influenciado, por una serie de factores que van mucho más allá de cuestiones institucionales. Es decir que esta trayectoria o proceso depende de características, percepciones, valores y conductas de la población en relación con las instituciones encargadas de administrar e impartir justicia.

III. EL BINOMIO VULNERABILIDAD-EXCLUSIÓN

1. UNA MANERA DE ABORDAR EL FENÓMENO DE LA EXCLUSIÓN

Para introducir el tema de la exclusión en la línea en que se viene desarrollando este trabajo, es importante retomar algunas aproximaciones con-

ceptuales que ponen el énfasis en la cuestión de la ciudadanía, ya que a menudo la reflexión sobre exclusión social es un ejercicio de orden cuantitativo e institucional que pone el acento en datos que enuncian desigualdad respecto de determinados indicadores (satisfactores materiales) claramente sujetos a ponderación numérica.

Entonces, en este trabajo se busca poner el acento en otras dimensiones del fenómeno, no relacionadas con lo que comúnmente se considera “satisfactor material” (básicamente, ingreso monetario), aunque no se puede negar que es un factor que incide plenamente en el acceso real de los individuos a las oportunidades que genera el funcionamiento institucional, tanto público como privado. Entonces, retomando a Sen¹⁴ se propone una ampliación del “espacio evaluativo” de la exclusión social desde una noción dominada por los satisfactores materiales a otra multidimensional. Es decir, se incorporan aspectos valorativos y simbólicos que impactan en las posibilidades de tomar decisiones y en las conductas que los individuos despliegan en determinadas situaciones.

Ahora, y sin ánimo de caer en una simplificación exagerada del concepto, se puede pensar la cuestión de la exclusión en el sentido de que en todo grupo social particular hay unos que están incluidos y otros que quedan fuera. Así, los diversos grados de integración que esa pertenencia otorga, indican que, en principio, la exclusión es una categoría relativa; nunca una condición absoluta, ahistórica o desvinculada de las condiciones sociales específicas.¹⁵

Por lo que cuando se habla de exclusión, se hace alusión a la existencia de una mala vinculación o de una vinculación parcial (deficiente) con la comunidad de valores que identifican a una sociedad, en el sentido más amplio de lo social; o a la disposición de medios que aseguran una adecuada calidad de vida, en el sentido más acotado de comprensión de lo social.

Así, desde esta aproximación, es posible hablar de exclusión económica, política, de género, étnica, ambiental y jurídica (o legal), sólo por citar

¹⁴ Sen, Amartya, *Nueva economía del bienestar*, España, Universidad de Valencia, 1995.

¹⁵ Sojo, Carlos, “Dinámica sociopolítica y cultural de la exclusión social”, en Gacitúa, Estanislao et al. (eds.), *Exclusión social y reducción de la pobreza en América Latina y Caribe*, San José, Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Banco Mundial, 2000.

las dimensiones más generales del pensamiento social contemporáneo. Entonces, parecería que lo más correcto es hablar de distintas formas, grados, e incluso de tipos de exclusión, más que de una situación concreta o absoluta como se decía antes.

En la base de la argumentación se encuentra la identificación de mecanismos institucionales que regulan la capacidad de cohesión social de una sociedad.¹⁶ Esto hace alusión a la existencia de un régimen de oportunidades de participación de los individuos y sus colectividades en todas las expresiones de la vida social, económica, política y cultural.

Entonces, a diferencia del plano dicotómico en el que se coloca la diferenciación de oportunidades sociales a partir de la observación de niveles de pobreza, la noción de exclusión supone desplazamientos condicionados históricamente sobre un continuo. En los extremos se encuentran las situaciones “tipo”: exclusión o inclusión (difícilmente verificables de manera empírica debido a la inexistencia de situaciones “absolutas” tanto de inclusión como de exclusión social). En el centro se encuentra una serie de situaciones intermedias, mismas que pueden conducir a grupos sociales colocados en condición de inclusión relativa a una realidad de riesgo a la exclusión.¹⁷

El análisis de la exclusión social, entendida en los términos presentados, es esencial porque traduce una de las fortalezas analíticas más importantes derivadas de esta noción,¹⁸ la cual está relacionada con el acceso diferenciado de distintos sectores sociales a los beneficios del bienestar social y material, y recupera la idea de que las causas de tal diferenciación residen en la existencia de conflictos de origen no estructural (además de los estructurales), o en la disposición desigual de bienes materiales y/o simbólicos.

¹⁶ Figueroa, Adolfo *et al.*, *Exclusión social y desigualdad en el Perú*, Lima, Oficina Regional de la OIT, 1996; ILO-IILS, *Social Exclusion in Latin America*, Lima, Regional Forum, 1995.

¹⁷ *Idem*; FLACSO *et al.*, *Análisis de la exclusión social a nivel departamento. Los casos de Costa Rica, El Salvador y Guatemala*, San José, Costa Rica, 1995.

¹⁸ Carine Clert (“El enfoque de exclusión social. Elementos analíticos y aportaciones para la discusión sobre la pobreza y el desarrollo social en América Latina”, *Pensamiento Iberoamericano*, núm. 31, enero-junio de 1997) ha señalado que el concepto de exclusión genera interés por su capacidad de comprensión de la “desventaja” social como expresión de múltiples procesos, incluidos los de orden político y sociocultural. Pero advierte que esta condición multidimensional también puede encontrarse en otras nociones, como la privación y la vulnerabilidad.

Entonces, la noción de exclusión social es competente conceptualmente porque permite captar procesos sociales que otros conceptos basados en la observación de privaciones materiales y de ingresos (especialmente la medición de pobreza) no son capaces de observar. La noción de exclusión apunta más a la comprensión de los procesos y los mecanismos institucionales, que a la ponderación específica de la situación particular.

Comprendida como expresión de la desventaja que grupos sociales experimentan como resultado de la presencia de instituciones y prácticas que discriminan o erosionan la satisfacción de sus derechos, la noción de exclusión resulta esencial, ya que complementa otras formas de medición de desigualdad para el desarrollo de políticas de integración social. Estas políticas, al igual que el fenómeno que pretenden confrontar, deben ser concebidas como multidimensionales y heterogéneas, ya que a fin de cuentas buscan establecer una vinculación positiva entre formas de intervención (pública y privada, estatal y mercantil, familiar o comunitaria), y así procurar la disminución de la desigualdad o la desventaja social derivada de formas institucionales específicas y prácticas sociales particulares.

2. LA IDEA DE VULNERABILIDAD Y SU RELACIÓN ESTRECHA CON LA DE EXCLUSIÓN

La fragmentación social, a la que se hizo referencia antes, causada básicamente por la mayor heterogeneidad social y económica, asociada a brechas más anchas de distribución del ingreso, de oportunidades, de acceso a la infraestructura y a los servicios, pueden actuar para debilitar los lazos de confianza y de colaboración en los diferentes sectores sociales.

El punto de partida en esta línea de investigación está dado por un trabajo realizado para el Banco Mundial por Caroline Moser¹⁹ en el cual la autora define a estas situaciones en términos de la naturaleza de los recursos que los pobres movilizan para reducir su vulnerabilidad a situaciones de riesgo. De esta manera, la atención se centra en las estrategias de adaptación a circunstancias cambiantes, aun cuando dicha adaptación no implique mejoras en la situación de bienestar ni modifique la capacidad para utilizar las vías existentes de movilidad e integración social. Algunos

¹⁹ Moser, Caroline, "The Asset Vulnerability Framework: Reassessing Urban Poverty Reduction Strategies", *World Development*, Gran Bretaña, vol. 26, núm. 1, 1996.

estudios lo han empleado como concepto dinámico, el cual generalmente involucra una secuencia de eventos posteriores a un choque macroeconómico.

Así, para que se produzca un daño debe darse un evento potencialmente adverso (es decir, un riesgo que puede ser exógeno o endógeno), una incapacidad de respuesta frente a tal contingente (ya sea debido a la ausencia de defensas pertinentes o a la carencia de fuentes de apoyo externas), y falta de habilidad para adaptarse al nuevo escenario generado por la materialización del riesgo.

Teniendo en cuenta estos tres elementos (riesgo, incapacidad y falta de habilidad para adaptarse activamente), la CEPAL²⁰ argumenta que además de constituir un concepto, la vulnerabilidad se torna en un enfoque útil y poderoso para examinar diferentes aspectos de la realidad social.

Ahora, el concepto de vulnerabilidad desde hace tiempo es usado con distintas visiones y acepciones en campos como el derecho, la psicología, la macroeconomía, la medicina y la ecología, lo cual sugiere que no existe una definición única del concepto, y su uso, por lo tanto, adquiere sentido en relación con la posibilidad de verse envuelto en eventos potencialmente dañinos claramente identificados.²¹

Una forma de entender la vulnerabilidad es concibiéndola como una etapa en una línea continua entre dos situaciones extremas de exclusión-inclusión social; esta situación intermedia hace referencia a un conjunto de características propias de los individuos (además de las sociales, económicas, políticas, culturales, entre otras) que, en el contexto de una sociedad moderna, limitan el acceso, la acumulación y la utilización de recursos, sean materiales o no materiales.

Partiendo de esta idea de vulnerabilidad, se puede argumentar con seguridad que las características de las personas, analizadas en un contexto espacio-tiempo específico, han sido, siguen siendo y probablemente seguirán siendo fuentes potenciales de vulnerabilidad para actores y entidades de muy diversa naturaleza, tales como comunidades, hogares e individuos.

Desde la perspectiva básica de la vulnerabilidad, entendida como una condición de debilidad o fortaleza de los actores o entidades, puede asu-

²⁰ CEPAL, *Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas. Síntesis y conclusiones*, Santiago de Chile, 2002.

²¹ *Idem*.

mirse que las condiciones individuales juegan un papel relevante pero complejo en su configuración y que develar este papel requiere especificar las coordenadas de referencia de la situación analizada. Es decir, es necesario identificar: a) el contexto de referencia; b) el nivel de análisis (individuos, hogares, o comunidades), y c) el asunto específico respecto al cual el actor o entidad puede resultar débil o poderoso.

Así, el concepto de vulnerabilidad desde esta perspectiva está estrechamente emparentado con el manejo de activos por parte de la población.²² Pero esta visión de la vulnerabilidad social como deficiencia de activos ha hecho posible diversas formas de aproximaciones empíricas, mismas que podrían diferir entre sí.

Los primeros trabajos se concentran en la movilización de activos que llevan a cabo los pobres para sobrellevar su existencia y hacer frente a las crisis, ya que un fortalecimiento de estos activos disminuiría los efectos que ejercen los shocks económicos sobre los pobres.²³

Otra aproximación es la que realizan Attanasio y Székely²⁴ la cual se centra en los activos que permiten a los pobres generar ingresos y, por esa vía, superar de manera sustentable su precaria situación.

Por último se encuentra la postura de Kaztman²⁵ y Filgueira²⁶ que plantean su discrepancia con la idea de que la vulnerabilidad sea simplemente un déficit de base o un problema de pertinencia o de administración de activos; estos autores ponen el énfasis en el desajuste entre los activos y la estructura de oportunidades que configuran el mercado, el Estado y la comunidad.

En el marco descrito hasta ahora, y en el contexto de este trabajo, el enfoque centrado en la vulnerabilidad para analizar la nueva estructura de riesgos sociales a la que se enfrenta la población mexicana, adquiere

²² Moser, Caroline, *op. cit.*; Katzman, R. (coord.), *Activos y estructuras de oportunidades: estudios sobre las raíces de la vulnerabilidad social en Uruguay*, Montevideo, CEPAL, Proyecto Apoyo a la Implementación del Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social URU/97/017R, 1999; Pizarro, Roberto, *Vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago, LC/DEM/R.298, 1999.

²³ Moser, Caroline, *op. cit.*

²⁴ Attanasio, Orazio y Székely, Miguel, "La pobreza en la América Latina: análisis basado en los activos. Introducción", *El Trimestre Económico*, vol. 66 (3), núm. 263, 2000.

²⁵ Kaztman, R. (coord.), *op. cit.*

²⁶ Filgueira, C., "Welfare and Citizenship: Old and New Vulnerabilities", en Tokman, V. y O'Donnell, G. (comps.), *Poverty and In-equality in Latin America: Issues and New Challenges*, Indiana, Universidad de Notre Dame, 1998.

particular relevancia. Como se decía antes, el concepto de vulnerabilidad hace referencia a dos cuestiones medulares, a saber:

- La inseguridad, la indefensión y la exposición a riesgos y shocks provocados por ciertos eventos, en este caso externos.
- La disponibilidad de recursos y de estrategias desarrolladas por comunidades, hogares e individuos para hacer frente a situaciones de adversidad.²⁷

Así, la vulnerabilidad es el resultado de los activos disponibles y de su combinación con determinadas estructuras de oportunidades y/o dificultades (conformadas por el Estado, el mercado, la comunidad y la familia). Por lo que las capacidades de los individuos para hacer frente a situaciones de riesgo, es decir sus respuestas, dependerán en gran medida de esta combinación.

La escasa acumulación y diversificación de activos y la falta de engraje entre activos y estructuras de oportunidades constituyen procesos generadores de vulnerabilidad social.²⁸

Las personas con poco capital humano, con escasos activos productivos, con carencias en el acceso a la información y pocas habilidades sociales, limitadas relaciones personales y con poca capacidad para manejar recursos, están en condiciones de vulnerabilidad (es decir, mayor propensión a caer en situaciones de exclusión) cuando se enfrentan de manera cotidiana a un medio cuya presión los sobrepasa con exigencias continuas.

IV. ANÁLISIS EXPLORATORIO DE LA RELACIÓN ENTRE VULNERABILIDAD, EXCLUSIÓN Y ACCESO A LA JUSTICIA

1. VISIBILIZANDO LO INVISIBLE

Todo lo dicho hasta el momento permite ubicar el fenómeno de la vulnerabilidad-exclusión en el cruce de dos niveles de análisis, el de los individuos

²⁷ Chambers, R., "Vulnerability: How Do the Poor Cope", *IDS Bulletin*, 20(2), 1989.

²⁸ Retamoso, A., "Ciclo de vida familiar, patrones reproductivos y el trabajo como activo: evolución y estrategias en Uruguay", *Nota de Población*, núm. 74, Chile, CEPAL, 2002.

y el del orden institucional. Por lo que posicionar el tema en este nivel de análisis plantea la necesidad, como se ha venido argumentando, de tomar en cuenta el contexto de las percepciones, los valores y las conductas, además de las características sociales, económicas y culturales de los individuos.

Se decía antes que estas características o condiciones pueden representar tanto un espacio de oportunidades como de desventajas para hacer frente a distintas situaciones de riesgo, pudiéndose convertir en fuente de recursos o activos (de capital físico, humano, social y emocional), o bien un obstáculo para la movilización de los activos individuales. En este sentido, sin bien las características individuales son la base de un sinnúmero de recursos, también son fuente de desigualdad y conflicto, lo que impone diferencias a las capacidades y oportunidades de las personas.

De acuerdo con la literatura sobre el tema, utilizar el enfoque de vulnerabilidad para abordar un problema como el del acceso a la justicia tiene importantes implicaciones en la definición de políticas públicas integrales, ya que permite avanzar en el conocimiento de los recursos y los activos de que disponen los individuos; así como discutir su utilización y combinación, esto con el fin de aprovechar las estructuras de oportunidades que brinda el entorno (en este caso institucional), y detenerse a observar los obstáculos que impiden hacer frente a situaciones adversas.

Ahora, si bien la fuente de información utilizada (Encuesta Nacional sobre *Los usos sociales de la ley y la justicia*) no indagó de manera específica acerca de las categorías trabajadas hasta ahora, sí contiene un conjunto de datos que permite aproximar las dimensiones de interés para el análisis. Entonces, las variables que permiten esta aproximación a los ejes centrales del trabajo podrían agruparse de la siguiente manera: *condiciones sociales, culturales y económicas* (sexo, edad, escolaridad, pertenencia étnica, ámbito de residencia, región e ingreso familiar); *confianza, legitimidad y expectativas* (confianza, legitimidad y desempeño de las instituciones, justicia y grupos vulnerables, y expectativas hacia las instituciones); *información, conocimiento y movilización de la ley* (conocimiento de los derechos, cálculo costo-beneficio, movilización de la ley, disponibilidad y cercanía de servicios y judicialización de un problema).

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS Y TÉCNICOS PARA EL ANÁLISIS

A. *La fuente de datos*

La investigación, de la que forma parte la encuesta, se llevó a cabo durante 2009 y estuvo dirigida a conocer los factores que inciden en la población del país para la utilización de los servicios de justicia. En este sentido, el estudio buscó recoger las concepciones de la población sobre la ley y la justicia, analizando las prácticas y las percepciones acerca de la gestión institucional, la evaluación del desempeño de las instituciones y los esfuerzos de participación ciudadana en este quehacer.

El trabajo investigó las características de los usos y las prácticas de las personas con respecto a la ley y los servicios de impartición de justicia, indagando sobre los distintos patrones de consumo de los servicios de impartición de justicia, las prácticas y experiencias; identifica los elementos culturales que orientan dichos patrones, es decir, las opiniones, valores y actitudes que enmarcan la cultura jurídica externa o cultura de la legalidad, su vinculación con la cultura política y con patrones de consumo de los servicios de impartición de justicia, así como captar las evaluaciones de la gestión del desempeño de las instituciones que imparten servicios de justicia, como elementos de orientación de la apertura a la reforma judicial.

Para lograr lo anterior se entrevistó a 3,985 individuos de 15 años de edad o más, obteniendo estimaciones válidas²⁹ a nivel nacional y para cuatro regiones del país. Adicionalmente, se construyeron estimaciones para las tres zonas metropolitanas más importantes del país (Distrito Federal, Guadalajara y Monterrey).

A partir de la información recolectada por medio de la encuesta, el estudio permite analizar algunos de los significados atribuidos a las prácticas y experiencias en relación con la ley y la impartición de justicia, así como dibujar los perfiles de la población, recuperando el contexto de heterogeneidad, desigualdad y vulnerabilidad en el que desarrollan sus vidas los encuestados.

²⁹ La encuesta tiene un nivel de confianza del 95% y permite realizar estimaciones con un margen de error de +/-3 puntos.

B. La técnica del análisis factorial

A partir de los datos descritos, se realiza un análisis estadístico mediante el uso de la técnica de análisis factorial. Esta técnica consiste en resumir la información contenida en una matriz de datos con V variables. Para ello se identifica un reducido número de factores F , siendo $F < V$. Los factores representan a las variables originales, con una pérdida mínima de información, donde cada variable se expresa como una combinación lineal de factores no directamente observables.

Se asume que los factores únicos no están correlacionados entre sí, ni entre los factores comunes. Bajo este supuesto de que no existe correlación entre los factores (es decir, son ortogonales), los valores de los coeficientes no dependen unos de otros, por lo tanto, representan la contribución única de cada factor en la variable.³⁰

En términos generales, el análisis factorial como técnica multivariada puede ser exploratorio o confirmatorio. En este trabajo, donde se busca identificar y reconocer cuáles pueden ser las posibles dimensiones que están detrás del fenómeno del acceso a la justicia, se realiza una aproximación exploratoria, misma que se caracteriza por no conocer a priori el número de factores, por lo que es a partir de la aplicación empírica donde se determina el número³¹ y la composición de los mismos.³²

³⁰ Como forma de corroborar la pertinencia del uso del análisis factorial se procedió, para tomar la decisión, al cálculo y elaboración de la matriz de correlaciones, donde cada una de las variables presenta por lo menos un coeficiente de correlación alto. Para robustecer la decisión anterior se recurrió al escrutinio del Índice KMO (Kaiser-Meyer-Olkin), el Test de Bartlett y el Determinante de la Matriz de Correlación; este último obtuvo en el modelo 1 un valor de 0.004 y para el modelo 2 un valor de 0.006, lo cual indica que, en principio, existen variables con intercorrelaciones altas. El Test de Esfericidad de Bartlett se utiliza para verificar si la matriz de correlaciones es una matriz de identidad, es decir, si todos los coeficientes de la diagonal son iguales a la unidad y los extremos a la diagonal son iguales a cero; éste presenta un nivel de significancia de $p = 0.000$ para ambos modelos. Esto significa que no se trata de una matriz identidad, es decir que en términos estadísticos rechazamos $H_0: R = 1$. Por último, el Índice KMO tuvo un valor de 0.576 para el modelo 1 y de 0.655 para el modelo 2; estos valores, de acuerdo con tabla realizada por Kaiser, se pueden tomar como buenos, lo que quiere decir que las correlaciones entre pares de variables pueden ser explicadas por las otras variables.

³¹ Por el contrario, en el análisis de tipo confirmatorio los factores están fijados a priori, por lo que se utilizan contrastes de hipótesis para su corroboración.

³² El método utilizado para la extracción fue el de componentes principales (C.P.), el cual consiste básicamente en llevar a cabo una combinación lineal de todas las variables, de modo que el primer C.P. sea una combinación que explique la mayor proporción de varianza

V. LAS DIMENSIONES DETRÁS DEL FENÓMENO: EL ANÁLISIS FACTORIAL

1. VARIABLES DE CORTE Y CLASIFICACIÓN DE LA POBLACIÓN

Como en todo análisis que busca determinar alguna estructura subyacente en datos agrupados para una determinada población, lo primero que se debe hacer es discriminar a la población de acuerdo con ciertas características que son básicas para el fenómeno bajo estudio.

En este caso, la variable que se tomó como referencia para clasificar a la población total, indica si se ha tenido o no algún problema que se pueda considerar justiciable, y en caso afirmativo permite identificar el número de éstos.

El cuadro siguiente (cuadro 1) muestra una agrupación de la población en función de la pregunta acerca de si se ha tenido o no algún problema.

Una vez clasificada la población en los términos anteriores, es necesario revisar a qué problemas se hace referencia por parte de aquellos que reportan haber tenido por lo menos uno. Si bien esta información al final no será utilizada para discriminar a la población de interés para el análisis propuesto, sí es interesante explorarla para poder aclarar algunas cuestiones propias de la fuente de información utilizada, y que tendrá repercusión sobre las posibilidades de interpretación final.

CUADRO 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN ENCUESTADA SEGÚN EL NÚMERO DE PROBLEMAS TENIDOS

<i>Número de problemas</i>	<i>Porcentaje total de la población</i>	<i>Porcentaje de los que tuvieron algún problema</i>
0 problemas	59.0%	----
1 problema	22.1%	53.8%
2 problemas	10.5%	25.5%
3 o más problemas	8.5%	20.7%
Total	100.0%	100.0%

FUENTE: cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional “Los usos sociales de la ley y la justicia”, AMIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

de la muestra; el segundo, la segunda mayor, y que a su vez no esté intercorrelacionado con el primero, y así sucesivamente. Para determinar el número de componentes extraídos se recurrió al criterio de raíz latente, el cual consiste en extraer tantos componentes como haya en la solución inicial con valores propios (*eigenvalues*) superiores a la unidad.

Esto es así porque, como es sabido, el trabajo con datos provenientes de fuentes de información secundarias tiene sus limitaciones, una de ellas es que no siempre se pueden hacer aproximaciones empíricas partiendo de las definiciones teóricas deseadas. Es decir, los datos existentes y disponibles levantados por terceros, y con fines específicos, parten de conceptualizaciones propias que no necesariamente están acordes con las manejadas por los usuarios de la información, situación que pone ciertas restricciones al análisis.

El cuadro siguiente (cuadro 2) permite observar la distribución de la población encuestada según el tipo de problema que tuvo. Se podrá apreciar que la variedad de problemas es mucha, y que cuando se habla de problemas judicializables en la investigación que sirve de base en este trabajo, no sólo se hace referencia a aquellos judicializables en instituciones jurisdiccionales, sino también a situaciones judicializables en instancias no jurisdiccionales.

Para el caso concreto de este trabajo, se está considerando al conjunto de la población que respondió haber tenido por lo menos un problema (de cualquier tipo) en el periodo de referencia utilizado en la encuesta. Pero no se deja de lado a aquellos que contestaron no haber tenido problemas, porque de acuerdo con la siguiente variable se termina de clasificar a los individuos que serán el centro de análisis de este documento.

CUADRO 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN SEGÚN EL TIPO DE PROBLEMA TENIDO Y DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN DE ACUERDO A SI JUDICIALIZÓ O NO EL PROBLEMA

<i>Tipo de problemas</i>	<i>Porcentajes de los que tuvieron problemas</i>	<i>Porcentaje de los que judicializaron</i>
Compró algo que salió descompuesto	44.6%	29.6%
Le roban algo de su propiedad	46.6%	68.4%
Un vecino estropeó parte de su vivienda y no ha arreglado o compensado el daño	12.2%	45.1%
Lo despiden sin justificación de su trabajo	12.3%	45.9%
Hace varios meses que no le pagan su sueldo	5.0%	35.9%
Firmó un contrato y no se lo quieren cumplir	5.6%	66.6%
Tiene problemas con los impuestos	8.7%	29.6%

CUADRO 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN...
(CONTINUACIÓN)

<i>Tipo de problemas</i>	<i>Porcentajes de los que tuvieron problemas</i>	<i>Porcentaje de los que judicializaron</i>
Prestó dinero a una persona y no se lo devuelve	29.0%	26.1%
Hay un problema de violencia familiar	9.3%	29.7%
Tiene que decidir quién se queda con las propiedades de un familiar que acaba de morir	2.9%	31.6%
Tiene que decidir tras un divorcio con quién se quedan los hijos	3.4%	23.6%

FUENTE: cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional “Los usos sociales de la ley y la justicia”, AMIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

NOTA: No suma 100.0% porque se trabaja como pregunta de respuesta múltiple.

Entonces, la siguiente información (cuadro número 3) permite concluir con los dos grupos que servirán de insumo para la elaboración de los modelos: de aquellos que tuvieron algún problema se seleccionará a los que procedieron a judicializar (situación que se denomina *presente activo*); por su parte, de aquellos que no tuvieron ningún problema en el periodo de referencia, se seleccionó a los que dicen que si llegaran a tener algún problema en el futuro procederían a judicializarlo (situación denominada *futuro activo*).

CUADRO 3. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN ENCUESTADA QUE TUVO POR LO MENOS UN PROBLEMA, SEGÚN SI JUDICIALIZÓ O NO, Y DE LOS QUE NO TUVIERON NINGÚN PROBLEMA, SI LO LLEGARAN A TENER LO JUDICIALIZARÍAN O NO

<i>Tuvo problemas</i>	<i>Judicializó</i>	<i>No judicializó</i>
Sí	52.3%	47.7%
	<i>Judicializaría</i>	<i>No judicializaría</i>
No	82.6%	17.4%
<i>Total</i>	100.0%	100.0%

FUENTE: cálculos propios a partir de los datos de la Encuesta Nacional *Los usos sociales de la ley y la justicia*, AMIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Cabe recordar que a partir de este ejercicio no se pretende explicar las causas que subyacen al fenómeno del acceso a la justicia en México, sino mostrar las posibles relaciones que existen entre este fenómeno (definición acotado, como ya se mencionó), y las distintas variables que aproximan su relación con la exclusión y la vulnerabilidad de la población.

Por lo dicho, se recordará que en concreto este trabajo remite a la aproximación más común de acceso a la justicia, la cual lo entiende como el acercamiento, el contacto o la entrada a la estructura judicial, con el objetivo de obtener una defensa de los derechos violados o insatisfechos. Esta perspectiva pone el acento en la idea de acción (hecho), sin retomar o poner atención a la trayectoria previa al acceso ni a las etapas posteriores vinculadas con la situación de permanencia a lo largo de todas las etapas del proceso y a la obtención de un resultado.

Ya se dijo que esta decisión se debe a las limitaciones propias de la fuente de datos utilizada, y no al desconocimiento o desacuerdo con la perspectiva amplia de acceso a la justicia, que lo entiende como un fenómeno multifactorial, complejo e integral, la cual pone el énfasis en los condicionamientos privativos de las personas y de su contexto, y propicia la indagación de las causas de la desigualdad y su vínculo con la vulnerabilidad y la exclusión (en este caso jurídica-legal).

2. DESCRIPCIÓN DE LA INFORMACIÓN INCLUIDA EN EL ANÁLISIS³³

Además de las variables que describen *condiciones sociales, culturales y económicas* (sexo, edad, escolaridad, pertenencia étnica, ámbito de residencia, región e ingreso familiar), como se mencionó antes, los modelos incluyen información que permite abordar el análisis de los diferentes factores que pueden influir en el fenómeno que se quiere estudiar. En este sentido, a continuación se presentan de manera general y descriptiva estas variables, para tener claro cuál es el origen de la información analizada, y que será sometida a la técnica estadística seleccionada.

- a) *Conocimiento sobre los derechos*. En relación con este tema se retomaron preguntas que buscaban indagar el nivel de conocimiento

³³ La información que forma parte de este apartado puede profundizarse en el Informe de investigación elaborado para presentar los resultados de la investigación Encuesta Nacional de Opinión en Hogares, “Los usos sociales de la ley y la justicia en México”.

de los entrevistados sobre sus derechos. En este sentido, sólo el 15.9% declaró que los conoce *mucho*. Cabe hacer mención que poco más de cuatro de cada diez entrevistados (42.0%) señaló conocer *poco o nada* sus derechos, mientras que un porcentaje similar (41.2%) dijo conocerlos *algo*.

- b) *Cálculo costo-beneficio*. A este respecto, la primera interrogante que surge cuando no se judicializan los problemas que afectan a las personas es sobre cuáles serían las estrategias o medios de resolución que se utilizan en reemplazo. La respuesta más común consignada es “nada”, es decir, la mayoría de las personas se resigna y evita entablar un conflicto donde se da la posibilidad de perder más de lo que eventualmente se pudiera ganar o recuperar. Entonces, no prima un cálculo simple de costo/beneficio, sino más bien se podría pensar que ocurre un muy bajo nivel de información, y la inexistencia o bajo uso de redes.
- c) *Expectativas sobre el desempeño de las instituciones*. Existe un alto grado de confianza en las instituciones judiciales: un alto porcentaje de los entrevistados reportó que vale la pena acudir a un juzgado, y dice tenerle respeto a las instancias judiciales. Sin embargo, las percepciones sobre el proceso de toma de decisiones, relacionado con los individuos encargados de tomarlas, no son tan buenas. Menos de la mitad de los encuestados cree que los juzgados resuelven los problemas de manera justa o que son honestos. Estos indicadores varían significativamente por tipo de problema y condición de acceso a las instancias judiciales.
- d) *Mobilización de la ley*. La información que se muestra en relación con este tema tiene que ver con las ocasiones, motivos y circunstancias en las que los individuos movilizan instituciones como la policía y el Ministerio Público. Más allá de las percepciones, valoraciones y actitudes frente a las leyes y la justicia (formales), es necesario analizar en qué momento las personas deciden utilizar las leyes del sistema jurídico formal para resolver conflictos cotidianos. Es esta entrada al sistema legal formal de una sociedad lo que define al concepto de movilización de la ley.³⁴ Es importante distinguir

³⁴ Black, Donald, “The Mobilization of Law”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, enero de 1973, pp. 125-149.

- a este concepto de la judicialización, ya que las personas pueden activar los recursos legales que tienen a su alcance (llamar a la policía, acudir al Ministerio Público o amenazar con demandar, por ejemplo), pero sin judicializar el problema, es decir, sin llevarlo hasta los juzgados y tribunales. En términos de movilización de la ley influyen varios factores: la confianza en las instituciones, el respeto que se les tiene, las percepciones sobre su eficacia, honestidad y legalidad, y el deber cívico que las personas sienten frente a ellas.
- e) *Justicia y grupos vulnerables*. En la encuesta se recoge información sobre la oportunidad que se tiene de obtener justicia por parte de los órganos de impartición. En la opinión de los entrevistados, son los grupos vulnerables los que menor acceso a la justicia tienen.
- f) *Confianza en las instituciones*. Se decía un poco más arriba que existe un alto grado de confianza en las instituciones judiciales; en este sentido, un alto porcentaje de los entrevistados reportó que vale la pena acudir a un juzgado y dice tenerle respeto a las instancias judiciales. Las respuestas relativas a los procesos de toma de decisión de los juzgados son menos positivas. Poco más de la mitad de los entrevistados reportó creer que los jueces son independientes para tomar decisiones, mientras que poco menos de la mitad reportó creer que los juzgados respetan los derechos de la gente y que resuelven los problemas de manera justa. Un porcentaje ligeramente menor, cuatro de cada diez entrevistados, reportó creer que los juzgados son honestos.
- g) *Percepciones del sistema de justicia*. Las percepciones negativas sobre los órganos impartidores de justicia se explican, en parte, por las prácticas de impartición de justicia vigentes en el país, pero también por las malas prácticas en el oficio de los abogados, que en ocasiones culpan frente a sus clientes a los impartidores de justicia ante sus propias deficiencias para argumentar de manera correcta y robusta los casos que se les presentan. Cabe mencionar que a partir de la información recabada no se puede afirmar que las personas tienen percepciones favorables sobre las instituciones de impartición de justicia, ya que un mayor porcentaje de la población cree que las instituciones analizadas no resuelven los problemas de manera justa, no respetan los derechos básicos de la gente y no son honestas.

h) *Legitimidad de las instancias judiciales*. La legitimidad es efecto del desempeño, pero al mismo tiempo opera como causa en el proceso de decisión individual sobre acudir a una instancia judicial para resolver un problema, o resolverlo de maneras alternativas. Tyler³⁵ dice que las actitudes que la población tiene sobre las instancias judiciales dependen no sólo del resultado de sus acciones, esto es, si son beneficiados o afectados por ellas, sino también por su desempeño. Esto es, si las instancias judiciales operan de forma que los sujetos consideren justa, aunque pudieran ser afectados por la decisión, entonces es probable que los sujetos consideren benéfica su operación.

3. EL VÍNCULO ENTRE ACCESO A LA JUSTICIA, EXCLUSIÓN Y VULNERABILIDAD

A partir de los pesos factoriales se puede ver que las variables incluidas en el primer factor tienen pesos positivos y negativos, lo que permite concluir que las variables tienen incidencia opuesta entre ellas, situación que se repite para los demás factores, con excepción del último (factor 6) del modelo 1 (denominado *presente activo*). Para el modelo 2 (etiquetado como *futuro activo*), la situación parece repetirse, pero aquí con excepción de los factores 3 y 6.

CUADRO 4. ESTRUCTURA DE LOS FACTORES EN FUNCIÓN DE LAS VARIABLES INCLUIDAS EN EL ANÁLISIS PARA AMBOS MODELOS

<i>Presente activo (modelo 1)</i>	<i>Factores</i>	<i>Futuro activo (modelo 2)</i>
Confianza en las instituciones (-) Independencia en las decisiones (+) Justicia en las sentencias (+) Desempeño de las instituciones (-) <i>(Confianza y legitimidad de las instituciones)</i>	1	Justicia y grupos vulnerables (+) Confianza en las instituciones (-) Independencia en las decisiones (+) Justicia en las sentencias (+) Judicialización de un problema (+) Respeto hacia las instituciones (+) Desempeño de las instituciones (-) <i>(Confianza y legitimidad de las instituciones)</i>

³⁵ Tyler, Tom, *Why People Obey the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

<i>Presente activo (modelo 1)</i>	<i>Factores</i>	<i>Futuro activo (modelo 2)</i>
Edad (+) Nivel de escolaridad (-) Ámbito de residencia (rural-urbano) (-) Cálculo costo-beneficio (+) (<i>Condiciones socioeconómicas</i>)	2	Edad (-) Nivel de escolaridad (+) Ingreso familiar (+) (<i>Condiciones socioeconómicas</i>)
Regiones del país (+) Conocimiento de los derechos (-) Disponibilidad y cercanía de servicios (+) (<i>Información y conocimiento de los derechos</i>)	3	Sexo (+) Condición de actividad (-) (<i>Condiciones socio-demográficas</i>)
Judicialización de un problema (+) Respeto hacia las instituciones (+) Movilización de la ley (-) (<i>Movilización de la ley y la justicia</i>)	4	Pertenencia étnica (+) Ámbito de residencia (rural-urbano) (-) Regiones del país (+) (<i>Condiciones socio-culturales</i>)
Sexo (+) Condición de actividad (-) Pertenencia étnica (+) (<i>Condiciones socio-demográficas</i>)	5	Conocimiento de los derechos (-) Cálculo costo-beneficio (+) Disponibilidad y cercanía de servicios (+) (<i>Información y conocimiento de los derechos</i>)
Ingreso familiar (+) Justicia y grupos vulnerables (+) Expectativas hacia las instituciones (+) (<i>Expectativas sobre el desempeño de las instituciones</i>)	6	Movilización de la ley (+) Expectativas hacia las instituciones (+) (<i>Movilización de la ley y la justicia</i>)

FUENTE: elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta Nacional “Los usos sociales de la ley y la justicia”, AMIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Comenzando el análisis por el modelo 1, se observa que las variables *independencia en las decisiones* y *justicia en las sentencias*, agrupadas en el factor “confianza y legitimidad”, tienen signo positivo, y presentan signo negativo: *confianza en las instituciones* y *desempeño de las instituciones*. Esta información estaría indicando que el acceso a la justicia asociado a la confianza y legitimidad de las instituciones puede ser afectado, por un lado, por las percepciones positivas que la gente tiene sobre las decisiones y cómo éstas se toman por parte de los encargados; por otro lado, se encuentra un efecto contrario vinculado con percepciones negativas sobre las instituciones de impartición de justicia.

Las variables agrupadas en el factor “condiciones socio-económicas” presentan, como en el caso anterior, signos distintos. Entonces, los datos están indicando que en la medida que las personas tienen mayor *edad* y perciben que habrá beneficios (*cálculo costo-beneficio*), el acceso a la justicia se da en mayor medida. Esta situación se ve inhibida en las situaciones en las que las personas tienen menores niveles de *escolaridad* y residen en *zonas menos urbanizadas*.

En el factor 3, denominado “información y conocimiento de los derechos”, quedaron agrupadas tres variables; *regiones del país* y *disponibilidad de servicios* presentan signos positivos, y *conocimiento de los derechos* con signo negativo. Esto permite afirmar que en la medida en que los individuos conozcan más y mejor sus derechos serán más propensos a acceder a la justicia, mientras que en aquellas regiones más alejadas del desarrollo general del país, y por lo tanto con menores posibilidades de acceso a servicios, la situación es opuesta.

Luego se tiene el factor “movilización de la ley y la justicia”; a partir de esta dimensión se observa que el acceso a la justicia está vinculado de manera positiva con una mayor valoración sobre la importancia de judicializar los problemas y con un mayor respeto a las instituciones de impartición de justicia. La situación inversa está dada por la menor experiencia en movilizar la ley, es decir, que aquellos que no recurren a la policía o al Ministerio Público para denunciar alguna situación, no son tan proclives a tener contacto con las instituciones de impartición de justicia.

En cuanto a la vinculación con la dimensión o factor “condiciones socio-demográficas”, se advierte que los hombres y los que no pertenecen a un grupo étnico son más propensos al contacto institucional, mientras que los que declaran no trabajar o no estar ocupados al momento del levantamiento de la encuesta son menos proclives a acceder a las instituciones de justicia.

Por último, las variables incluidas en el factor “expectativas sobre el desempeño de las instituciones” son todas de signo positivo (*ingreso familiar*, *justicia* y *grupos vulnerables*, y *expectativas hacia las instituciones*). Esto permite afirmar que aquellos con mayores ingresos monetarios, que piensan que los grupos vulnerables tienen más o menos las mismas posibilidades de justicia que otros grupos y que tienen expectativas positivas hacia las instituciones de impartición de justicia, acceden a la justicia con mayores posibilidades que otros grupos de población.

En modelo 2 presenta en sus seis factores una agrupación de las variables un tanto diferente al modelo anterior. Vale la pena recordar aquí que este modelo se enfoca a las posibilidades de futuro en el acceso a la justicia y se trata de ver cómo entonces las dimensiones se constituyen en función de las diversas características manejadas.

El factor 1, que también puede ser denominado “confianza y legitimidad en las instituciones”, agrupa un mayor número de variables en comparación con el modelo 1, aunque parte básicamente de la misma información. Entonces la lectura del mismo resulta en el sentido ya descrito, agregando que la mayor propensión al acceso en el futuro depende además de la percepción de que los grupos vulnerables tienen las mismas condiciones que otros grupos en relación con la justicia, que se respeta a las instituciones y que se valora positivamente la judicialización de los problemas.

El factor 2 en este segundo modelo tiene una composición diferente y con pesos distintos; así se entiende que el contacto en el futuro se daría más probablemente en los casos de personas con mayores niveles de escolaridad e ingresos, y que serían los más jóvenes los que si tuvieran un problema en el futuro no recurrirían a las instituciones de justicia.

En este caso, el factor 3, denominado “socio-demográfico”, presenta exactamente la misma estructura en el sentido de las relaciones, aunque sin incluir la variable de pertenencia étnica que sí aparece en el modelo de presente activo.

El factor 4 en este modelo es el que se nombró como “socio-cultural”, compuesto por las variables: *pertenencia étnica*, *ámbito de residencia* y *regiones del país*. El efecto de las variables en esta dimensión indica que la mayor posibilidad de acceso está dada por la no pertenencia a un grupo étnico y por residir en aquellas regiones con mayores niveles de desarrollo; la inhibición del acceso desde este factor se da por la residencia en zonas menos urbanizadas.

Los últimos dos factores, “información y conocimiento de los derechos” y “movilización de la ley”, si bien presentan una composición distinta en comparación con el modelo 1, el sentido de las variables coincide y por lo tanto la interpretación es similar. La excepción está dada por la variable *movilidad de la ley*; en este caso, lo que indica es que aquellas personas que en la actualidad no han recurrido a la policía o al Ministerio Público para denunciar alguna situación, estarían más dispuestas en un

futuro a establecer un contacto con instituciones de impartición de justicia. La falta de experiencia institucional y las buenas expectativas sobre las instituciones hacen más propenso el acceso voluntario.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como pudo observarse a partir de lo visto, el fenómeno de acceso a la justicia es regulado por racionalidades diversas, las cuales pueden tener una base social, cultural, económica, política y simbólica, por lo que tanto el derecho como el acto de acceder a, se encuentra vinculado a una amplia gama de prácticas y fenómenos sociales, que lo atraviesan y condicionan en diferentes grados y en distintos momentos. Por lo que abordar este fenómeno implica una variedad de situaciones, dificultando la formulación de una definición general y exhaustiva que dé cuenta de la diversidad y complejidad de las realidades que abarca.

De todas maneras, existe una serie de conceptos (unos más exitosos que otros) sobre el acceso a la justicia, así como del fenómeno que está detrás, mismos que lo han definido y abordado desde distintos enfoques, representando la variedad de interpretaciones que se han elaborado y desarrollado al respecto. Esta diversidad de aproximaciones se ha logrado por el interés de diversas disciplinas, que con un enfoque más o menos común buscan discutir para poner sobre la mesa la relación entre la igualdad jurídico-formal y la desigualdad social y económica de la población.

Si bien en este trabajo se parte de la idea de que el acceso a la justicia es intrínseco al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales,³⁶ por las limitaciones propias de la fuente de información utilizada, el fenómeno quedó definido, o limitado, únicamente al contacto institucional formal que realizan o no los individuos como consecuencia de un evento que se entiende como justiciable.

Entonces, la justicia hace referencia al conjunto de instituciones y procedimientos que intervienen para dar solución a los problemas legales dentro del aparato jurídico formal, por lo que desde la perspectiva de la organización judicial, se hace hincapié en los obstáculos para acceder y las posibles alternativas de solución.

³⁶ Cappelletti, M. y Garth, B., *op. cit.*, p. 13.

Si bien para algunos autores este derecho implica acceso en condiciones de igualdad, es decir que un ciudadano tendría la misma probabilidad que otro de utilizar las instancias judiciales, esto sin importar su situación económica o cultural, la realidad (observada a partir de los datos trabajados en este documento) muestra que esto no necesariamente funciona así. El análisis permite poner de manifiesto que el alcance del concepto no es igual para todos, ni tampoco lo son los problemas que se deben sortear para alcanzar la justicia.

Así, los destinatarios (o actores) no se encuentran en igualdad de condiciones económicas, culturales y sociales, por lo que las herramientas y los medios disponibles varían en los diferentes sectores de la población.

Esta heterogeneidad está relacionada con el acceso diferencial que los distintos sectores sociales tienen a los beneficios del bienestar social y material, y permite recuperar la idea de que las causas de tal diferenciación residen en la existencia de conflictos de origen no estructural (además de los estructurales), es decir, en la posesión y disposición desigual de bienes materiales y/o simbólicos.

Es justamente este abordaje el que permitió introducir la idea de vulnerabilidad-exclusión (como procesos o fenómenos estrechamente vinculados), entendida como la relación o equilibrio entre los activos disponibles y determinadas estructuras de oportunidades y/o dificultades (conformadas por el Estado, el mercado, la comunidad y la familia).

Los resultados de los modelos permiten confirmar que la escasa acumulación y diversificación de activos, así como la falta de equilibrio entre activos y estructuras de oportunidades, constituyen procesos generadores de vulnerabilidad.

Las personas con poco capital humano, con escasos activos productivos, con carencias en el acceso a la información y pocas habilidades sociales, limitadas relaciones personales y con poca capacidad para manejar recursos, están en condiciones de vulnerabilidad (es decir, mayor propensión a caer en situaciones de exclusión) cuando se enfrentan de manera cotidiana a un medio cuya presión los sobrepasa con exigencias continuas.

Sin desconocer la importancia y valor que todos los resultados tienen para este ejercicio, resulta de especial relevancia retomar la dimensión “información y conocimiento de los derechos”, tanto para el modelo presente activo como futuro activo. A partir de los hallazgos en esta dimen-

sión se puede afirmar que en la medida en que los individuos conocen más y mejor sus derechos son más propensos a acceder a la justicia, mientras que residir en regiones alejadas del desarrollo general del país o menos urbanizadas, y por lo tanto con menores posibilidades de acceso a servicios, la situación cambia, disminuyendo las posibilidades de acceso a la justicia o de contacto institucional.

En definitiva, este trabajo retoma la aproximación más común de acceso a la justicia, la cual lo entiende como el acercamiento, el contacto o la entrada a la estructura judicial, esto con el objetivo de obtener una defensa de los derechos violados o insatisfechos. Esta perspectiva pone el acento en la idea de acción (hecho), sin retomar o poner atención a la trayectoria previa al acceso ni a las etapas posteriores vinculadas con la situación de permanencia a lo largo de todas las etapas del proceso y a la obtención de un resultado.

A pesar de la limitación de esta perspectiva, el enfoque permite poner el acento en el cruce de dos niveles de análisis: el de los individuos y el del orden institucional. Por lo que posicionar el tema en este nivel plantea la necesidad, como se ha venido argumentando, de tomar en cuenta el contexto de las percepciones, los valores y las conductas, además de las características sociales, económicas y culturales de los individuos.

En este sentido, los datos presentados han permitido mostrar que este contacto (acceso a la justicia) depende de características, percepciones, valores y conductas individuales de la población, pero también de cualidades de y percepciones sobre las instituciones encargadas de administrar e impartir justicia.

Así, hablar de vulnerabilidad-exclusión jurídica o legal (en este caso concreto) alude a la existencia de una mala vinculación o de una vinculación parcial (deficiente) con la comunidad de valores que identifican a una sociedad, y a la no disponibilidad de medios o recursos que aseguran la puesta en marcha de mecanismos propicios para echar a andar la maquinaria institucional.

Por lo que, desde esta aproximación, utilizar el enfoque de vulnerabilidad para abordar un problema como el del acceso a la justicia tiene importantes implicaciones en la definición de políticas públicas integrales, ya que permite avanzar en el conocimiento de los recursos y los activos de que disponen los individuos, así como discutir su utilización y combi-

nación a fin de aprovechar las estructuras de oportunidades que brinda el entorno, y detenerse a observar los obstáculos que impiden hacer frente a situaciones de riesgo y adversidad en casos concretos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ATTANASIO, Orazio y SZÉKELY, Miguel, “La pobreza en la América Latina: análisis basado en los activos. Introducción”, *El Trimestre Económico*, vol. 66 (3), núm. 263, 2000.
- BOUEIRI B., Sonia, “Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia”, *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas*, Mérida, Venezuela, núm. 22, enero-diciembre de 2003.
- BRANDANA, Alejandra, “El acceso a la justicia. Las defensoría oficiales y los posibles beneficiarios del sistema de defensa oficial en la ciudad de La Plata”, *Primer Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CEPAL, *Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas. Síntesis y conclusiones*, Santiago de Chile, 2002.
- CHAMBERS, R., “Vulnerability: How Do the Poor Cope”, *IDS Bulletin*, 20(2), 1989.
- CLERT, Carine, “El enfoque de exclusión social. Elementos analíticos y aportaciones para la discusión sobre la pobreza y el desarrollo social en América Latina”, *Pensamiento Iberoamericano*, núm. 31, enero-junio de 1997.
- CORTÉS, Fernando, “Consideraciones sobre la marginalidad, marginación, pobreza y desigualdad en la distribución del ingreso”, *Revista Papeles de Población*, Toluca, México, núm. 31, enero-marzo de 2002.
- FERRANDINO, Álvaro, *Reformas para facilitar el acceso a la justicia*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005.
- FIGUEROA, Adolfo et al., *Exclusión social y desigualdad en el Perú*, Lima, Oficina Regional de la OIT, 1996.
- FILGUEIRA, C., “Welfare and Citizenship: Old and New Vulnerabilities”, en TOKMAN, V. y O'DONNELL, G. (comps.), *Poverty and In-Equality in Latin America: Issues and New Challenges*, Indiana, Universidad de Notre Dame, 1998.

- FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, *Anuario Jurídico*, México, núm. 2, 1977.
- FLACSO et al., *Análisis de la exclusión social a nivel departamento. Los casos de Costa Rica, El Salvador y Guatemala*, San José, Costa Rica, 1995.
- ILO-IILS, *Social Exclusion in Latin America*, Lima, Regional Forum, 1995.
- KATZMAN, R. (coord.), *Activos y estructuras de oportunidades: estudios sobre las raíces de la vulnerabilidad social en Uruguay*, Montevideo, CEPAL, Proyecto Apoyo a la Implementación del Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social URU/97/017R, 1999.
- MÉNDEZ, Juan E., “El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos”, ponencia presentada en el Foro Internacional “Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina”, San José, Costa Rica, Instituto Americano de Derechos Humanos, 1999.
- MOSER, Caroline, “The Asset Vulnerability Framework: Reassessing Urban Poverty Reduction Strategies”, *World Development*, Gran Bretaña, vol. 26, núm. 1, 1996.
- PIZARRO, Roberto, *Vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago, LC/DEM/R.298, 1999.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- RETAMOSO, A., “Ciclo de vida familiar, patrones reproductivos y el trabajo como activo: evolución y estrategias en Uruguay”, *Nota de Población*, núm. 74, Chile, CEPAL, 2002.
- ROBLES, Diego Américo, “El concepto de acceso a la justicia. Evolución, vigencia y actualidad”, en SALANUEVA, Olga L. y GONZÁLEZ, Manuela G., *Acceso a la justicia. Las estrategias de los pobres frente a los conflictos en barrios de La Plata y Gran La Plata*, Argentina, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007.
- SEN, Amartya, *Nueva economía del bienestar*, España, Universidad de Valencia, 1995.

SOJO, Carlos, “Dinámica sociopolítica y cultural de la exclusión social”, en GACITÚA, Estanislao et al. (eds.), *Exclusión social y reducción de la pobreza en América Latina y Caribe*, San José, Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Banco Mundial, 2000.

SOMMER, Christian, *Acceso a la justicia. El rol universitario en la exigibilidad de derecho*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 2000.

TYLER, Tom, *Why People Obey the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006. ●

UN ACERCAMIENTO AL ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN*

Sumario

- I. Introducción
- II. Premisas
- III. Acceso a la justicia
- IV. Características del acceso a la justicia
- V. Factores que obstaculizan el acceso a la justicia
- VI. Medios alternos de solución de conflictos: mediación
- VII. Casuística
- VIII. Corolario aproximatorio
- IX. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Los medios alternativos de solución de conflictos son herramientas coadyuvantes de la administración de justicia, medidas complementarias al sistema de justicia tradicional que surgen de la idea de evitar, en principio, la tensión generada en un litigio, en pro de la convivencia pacífica, y que encuentra, en México, su fundamento constitucional en los artículos 17, párrafo cuarto, y 18, párrafo sexto, a través de los cuales se establece que en la administración de justicia las leyes promoverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación,

* Investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, nivel III.

Agradezco los comentarios realizados a esta contribución a todos los miembros de la línea de investigación “Conflictos y derechos” conformada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a los diversos dictaminadores que participaron en la discusión del libro en el que se encuentra inserta esta publicación, así como los expuestos por las licenciadas De León Carmona y Abarca Hernández, todos ellos atinados, pertinentes e incorporados.

asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Estos medios tienen la característica de no confrontar, y deben asegurar siempre la voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y la confidencialidad.

Como propio de la naturaleza humana, ante la diversidad de ideas y la detentación de derechos, el conflicto siempre está presente transgrediendo una diversidad de derechos, causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa, en donde también se deben visualizar los medios alternos de solución de conflictos.

Esta realidad descrita no nos es ajena y así, después de varios —o muchos— años inmersos, como licenciados, maestros o doctores en derecho, en un mundo jurídico tradicional y omnicomprensivo, vemos otros horizontes a través de los mencionados medios alternativos de solución de conflictos (MASC)¹ o *alternative dispute resolution* (ADR, por sus siglas en inglés), en donde la mediación cobra un relieve especial circunscribiéndola, en lo personal, en los aspectos familiares.

Siempre hemos pregonado que el derecho debe ir al ritmo de las demandas sociales, y si no queremos ser incongruentes, una demanda social —expresa o tácita— es la solución de los conflictos a través de otras vías alternas al sistema de justicia tradicional,² es decir, solucionar problemas en sedes extrajudiciales.

Nótese que hablamos de alternativa a la justicia tradicional pero no hablamos de sustitución de la justicia tradicional; la aclaración viene al caso porque un sistema (medio judicial o justicia tradicional) u otro (medio extrajudicial o MASC) resuelven controversias o conflictos³ y cada uno

¹ No queremos dejar de expresar que aun cuando se denomina, de manera generalizada, a dichos medios como “alternos”, hay quien prefiere sustituir dicho vocablo por el de “apropiado/a”, “adecuado/a” o “adaptado/a”, dando una connotación mas no de segundo plano ante la justicia tradicional o en sede judicial. Nos unimos a esta inquietud.

² Aunque quisiéramos ir más allá y pensar que en un futuro próximo deberíamos, como comunidad social, reforzar más el trabajo en la prevención de conflictos que en los MASC, desde el asentamiento de bases de educación en el seno familiar, escolar, etcétera.

³ Aquí sería interesante, por demás, abordar el contexto interno o autónomo mexicano —imposible por cuestiones de espacio y sobre todo acotamiento—, como país pluriétnico, para subrayar, por ejemplo en relación con los alimentos, cómo interactúa la república mexicana ante la diversidad étnica, perfilando una “redefinición de los roles familiares” en dicho contexto pluriétnico; así se perfila en las audiencias conciliatorias relativas a la solución de conflictos conyugales hacia un ideal de equilibrio y complementariedad en las relaciones conyugales. Akuavi Adonon lo plantea en el estado de Chiapas y cómo, por ejemplo, el tema de la pensión alimenticia forma ya parte de los elementos importantes en

manifiesta una serie de ventajas o desventajas⁴ o incluso obstáculos para acudir a ellos.⁵

De hecho, nosotros mantenemos que el debate proceso tradicional *versus* justicia extrajudicial es falso y que hay cuestiones que deben ser resueltas en el ámbito del proceso y cuestiones que deben ser resueltas en el campo de la gestión de conflictos fuera de la sede judicial. Ejemplos de eventos que pueden ser atendidos por la vía judicial y por la vía extrajudicial, según su campo de acción, pueden ser los siguientes:

- Judicial: a) supuestos de discriminación; b) supuestos de derecho necesario; c) defensa de principios o creencias importantes; d) necesidad de sentar precedentes; e) maximizar o minimizar la reparación económica; f) vindicación; g) opinión neutral y pública; h) diferente perspectiva del derecho; i) presión de términos legales.
- Extrajudicial: a) comunicación pobre entre las partes; b) relaciones constantes entre las partes; c) necesidad de desahogar sentimientos;

la solución de conflictos conyugales en el medio indígena, revelándose que “cada comunidad tiene ‘tarifas’ y maneras diferentes de efectuar el pago de la pensión. Sin embargo, en el medio indígena la obligación de pagar una pensión es percibida como una sanción y no como el medio de subsistencia de los hijos menores. El cónyuge que aparece como responsable de la degradación de las relaciones familiares en la audiencia... es quien tendrá a cargo el pago de la pensión. Pero si ninguno de los dos se considera responsable, no se establece la obligación del pago de una pensión alimenticia a los menores. Existe una influencia del derecho positivo, pero la norma es reinterpretada y adaptada a la lógica de las comunidades indígenas...”. Adonon Viveros, Akuavi, “Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México”, *Revista Nueva Antropología*, México, vol. XXII, núm. 71, julio-diciembre de 2009, pp. 65, 67 y 68.

⁴ Para perfilar esta idea de ventajas/desventajas en la manera de resolver un determinado conflicto, podemos imaginar un conflicto decantado por un vecino al que le gusta escuchar música un tanto altisonante a altas horas de la madrugada; esta situación se puede resolver de varias maneras: dialogando, de forma violenta o denunciando, es decir, acudiendo a la justicia tradicional.

Si nos centramos en las dos últimas opciones, tenemos que la ventaja que tiene la violencia es la inmediatez, y la ventaja que tiene la justicia tradicional es que hay una respuesta segura.

La desventaja que tiene la violencia es que el conflicto crece y no parece tener final, y la desventaja del sistema de justicia tradicional es su demora, el costo, la tendencia social a hacer público lo privado y sobre todo que el conflicto persiste porque éste se decide pero no se resuelve.

⁵ Estamos pensando en aquellas situaciones de violencia que por definición no son mediables (casos de homicidio o de violación sexual), aunque la duda nos ronda en aquellas situaciones de violencia de género o violencia intrafamiliar, donde no queda tan clara esta afirmación.

d) conexión de una disputa con otra; e) múltiples partes en conflicto; f) complejidad tecnológica del problema de fondo; g) valoración de la privacidad; h) necesidad de rapidez en la resolución y cooperación de las partes; i) minimización de gastos; j) pequeñas reclamaciones.⁶

Hablamos, entonces, de que el sistema de justicia y sus modalidades de resolución de conflictos no se oponen, y así la articulación proceso judicial/medios extrajudiciales de resolución de conflictos no sólo no son sustitutorios sino que deben ser complementarios y deberían estar en el eje de cualquier política que afronte la reforma de las estructuras de la administración de justicia, lo que no obsta, además, para “la generación de una cultura de desjudicialización en la ciudadanía, al tiempo que la implementación efectiva de recursos adecuados para que los medios hoy extrajudiciales pasen a ser valorados por el rol que efectivamente van a tener en poco tiempo”.⁷

Efectivamente, en la misma línea de ideas, tenemos que la sociedad del siglo XXI es una muy distinta a la sociedad de hace tan solo una década, por establecer una periodicidad. En ese sentido, no sólo hay que visualizar el cambio social sino la velocidad y la profundidad de dicha transformación. Cambios de “nuestras identidades, de nuestros valores y los esquemas aprendidos”.⁸

A través de los MASC y en concreto a través de la mediación se proyecta la “cultura de la paz”. La conflictividad social y la búsqueda de soluciones que promuevan el cambio de una cultura del conflicto a una cultura del acuerdo, transita por los MASC, en donde la mediación se convierte en eje de educación, creatividad, canal para una “radiografía del conflicto”, procura buscar soluciones como el que elabora un “traje a la medida” y todo ello de una manera artesanal —de ahí su grado de flexibilidad o informalidad—, la mediación se enfoca hacia una solución de futuro, hacia lo justo antes que lo legal, en donde es necesario superar barreras ante esquemas mentales preconcebidos a la hora de focalizar la resolución de un conflicto;⁹ la asunción de la mediación vendría, por lo tanto, con giros o

⁶ Redorta, Josep, “La justicia del futuro”, versión en español del mismo autor de “Courts and Mediation New Paths for Justice”, *European Press Academic Publishing*.

⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁸ Redorta, Josep, “En torno a los métodos alternativos de solución de conflictos”, *Medios alternativos de resolución de conflictos*, México, PGR-Unión Europea-Proyecto de Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia, 2006, pp. 23 y 24.

⁹ Nótese que hablamos de conflicto y no de controversia, para así, también, distinguir

cambios de mentalidad, valor, actitud y el desarrollo de una cultura cívica, política y jurídica.¹⁰ Pero podemos ir más allá aún y visualizar que mejor sería la prevención de los conflictos más que la consagración de un sistema de solución alternativa o no alternativa.¹¹

Para finalizar esta nota introductoria, señalamos que como se deriva del título de esta contribución sólo pretendemos presentar un acercamiento, esbozar unas “pinceladas” de la mediación, conectándola con un tema complejo, y necesario, nos referimos al acceso a la justicia ante la inequidad instalada en las sociedades. Estimamos que la interacción con los MASC y en concreto la alternativa de la mediación es un tema de máxima complejidad y no menos interés.

Esta premisa se perfila a través de los más genuinos estudiosos de la materia y así, junto a Cappelletti y Garth, asumimos la idea de que “en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos, el acceso a la justicia es intrínseco al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales”.¹²

Para poder llevar a cabo el análisis planteado, estructuramos la contribución comenzando por asentar una serie de premisas, de lo general a lo particular, que parten del presupuesto —objetivos y condiciones— de que el acceso a la justicia puede transitar, además, por la puesta en marcha de otros medios de solución de conflictos: la mediación en el caso concreto que planteamos. Posteriormente presentamos el marco teórico-conceptual, propiamente en torno al acceso a la justicia, y de ahí derivamos las características de la misma, los factores que rondan en torno a ella y su conexión con los medios alternos de solución de conflictos a través de la mediación. Se exponen algunas cuestiones derivadas de la

las diferencias que se presentan en un litigio (controversia) y en una mediación (conflicto). Sobre la definición de conflicto podemos ver a Suares, Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 6a. reimp., Buenos Aires, Paidós, 2008, pp. 69-90.

¹⁰ Aguilera Portales, Rafael Enrique, “La mediación: un acercamiento real a la justicia y la cultura de la paz”, en Gorjón Gómez, Francisco Javier (ed.), *Mediación y arbitraje*, México, Porrúa, p. 54.

¹¹ El tema no es menor, y a modo de reflexión citamos a Maturana en el libro *Formación humana y capacitación*, en donde indica que en el contexto de la escuela se puede llegar a enseñar valores, pero no los vivimos...

¹² Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

casuística y finalmente se hace un acercamiento a una serie de conclusiones primigenias.

II. PREMISAS

Partimos de una base fundamental como es la reforma del Poder Judicial, en donde se presentan unos objetivos y unas condiciones.

Los *objetivos* marcados para la reforma del Poder Judicial transitan por:

- 1) Seguridad jurídica, es decir, certeza y previsibilidad de que los derechos se respetan.
- 2) Crecimiento y desarrollo económico como derivación de dicha seguridad jurídica.
- 3) Protege las libertades fundamentales¹³ y consolida las instituciones del Estado.

Asimismo, las *condiciones* que requiere la reforma judicial que se comenta pasan por:

- 1) Independencia, es decir, que sus decisiones atiendan a una racionalidad propia.
- 2) Eficiencia y eficacia, es decir, un balance entre, *por un lado*, el debido proceso y la justicia y, *por otro lado*, la necesaria selectividad de asuntos y la capacidad de procesarlos.
- 3) Acceso a la justicia, es decir, un acceso amplio e inclusivo como un bien público. La impartición de justicia es un bien escaso, y por tanto se necesita un balance entre, *por un lado*, la expectativa de que su asunto sea atendido y la obtención de una solución —de manera rápida y sencilla— y, *por otro lado*, los requerimientos formales y materiales para dicho acceso a la justicia. Este balance se torna complejo y su solución deriva hacia los denominados MASC, mecanismos con menos formalidades que un juicio, la multimencionada justicia tradicional, y que permiten satisfacer las necesidades de los

¹³ De hecho, el acceso efectivo a la justicia es el “derecho humano” más fundamental, el requisito básico en un sistema legal igualitario en donde no solo se proclame su derecho sino que se garantice su ejercicio.

ciudadanos,¹⁴ sin distinción de condición social o económica. Tarea ardua pero necesaria.

Generalizando, tenemos que los procesos de reforma judicial precisamente buscan crear el marco para que las tres condiciones enumeradas conformen el eje central: independencia, eficiencia y acceso a la justicia.

Por lo que toca al acceso a la justicia, y su interés para esta contribución, tenemos dos cuestiones que destacar:

- a) La articulación proceso judicial (justicia tradicional)/medios alternos de solución de conflictos (justicia extrajudicial) debería estar en el eje de cualquier política que afronte la reforma de las estructuras de la administración de justicia.
- b) La justicia tradicional y la extrajudicial son complementarias.¹⁵

Este es un tema de una gran magnitud, ya que sin un verdadero acceso a la justicia, una política de acceso a la justicia, se seguirán reproduciendo las formas discriminatorias de la estratificación social,¹⁶ y el abrir canales diversos propicia, al menos, la posibilidad de elección y la posibilidad de resolver una determinada problemática; es decir, el acceso a la justicia implica el acceso a la tutela eficiente, jurisdiccional o no jurisdiccional, el acceso a la información y por ende una mayor confianza en el sistema.¹⁷

Ante el panorama descrito, dejamos constancia de que para llevar a fin metas tan complejas como necesarias, se compele a la promoción de

¹⁴ Caballero, José Antonio *et al.*, “¿A dónde va la reforma judicial?”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política...*, *cit.*, pp. 122-124.

¹⁵ Efectivamente, los MASC se conciben como un complemento y no como un sistema de exclusión de jurisdicción. El caso concreto de la mediación como complemento no es nuevo; de hecho, las experiencias de mediación en sede judicial han puesto de manifiesto que en determinados conflictos, como aquellos en donde no hay realmente una confrontación de posiciones jurídicas sino un conflicto derivado de una falta de comunicación y en donde se hace necesario su arreglo para un entendimiento sano y duradero, es el mecanismo idóneo al ubicar, ante un proceso exitoso, los intereses de las partes, presentar una solución menos costosa —económica y emocionalmente—, duradera, respetada al cumplirse y más expedita.

¹⁶ En definitiva, no sólo hablamos de carencia de recursos económicos sino de otras carencias cognitivas, culturales, geográficas o sociales. Igualmente, el acceso a la justicia tiene que ver con los valores, principios y la cooperación; todo ello ligado con la divulgación de dicha información y conocimiento.

¹⁷ Stella Álvarez, Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 21.

una serie de reformas en la administración de justicia que derivan desde las reformas constitucionales, legislaciones específicas, procedimentales, creación de organismos e instituciones, redefinición de funciones, recursos humanos, desjudicialización del sistema y, cómo no, la incorporación de la resolución alternativa de disputas.¹⁸

En resumidas cuentas, para poder introducir el tema del acceso a la justicia y su posible correlación con los MASC, su basamento y las razones que pueden dar pie a una investigación de esta naturaleza, debemos partir de una serie de premisas estipuladas o concertadas por una doctrina mayoritaria, y de esta manera tenemos que:

- 1) El derecho y la justicia están bajo una presión considerable.¹⁹
- 2) Se plantea que el acceso a la justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho al acceso a los medios apropiados o adecuados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso y de manera adecuada,²⁰ y que no pasa por el fortalecimiento del sistema formal o tradicional.²¹
- 3) De esta manera, reiteramos la idea que el debate proceso judicial/ extrajudicial no tiene sentido, es un falso debate; de hecho, tal y como ya mencionamos, hay cuestiones que deben ser resueltas en el ámbito del proceso²² y cuestiones que deben ser, asimismo, resueltas en el campo de la gestión de conflictos con distintos

¹⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹ Redorta, Josep, “La justicia del futuro”..., *op. cit.*

²⁰ *Ibidem*, p. 5.

²¹ Este tipo de soluciones se identifican como “más de lo mismo”, sin que logren la consecución de una solución ante el problema planteado.

²² Del estudio realizado por el Área de Investigación, Aplicación y Opinión del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM a solicitud de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ), “Los usos sociales de la ley y la justicia”, encuesta nacional, p. 8, se desprende que hay una tendencia a judicializar en mayor medida cierto tipo de problemas: *principalmente aquellos en los que la relación entre las partes implica la existencia de vínculos impersonales*, de neutralidad afectiva, orientados a fines, y sujetos a principios de carácter universalistas, y cuando el caso es percibido como *grave o muy grave*. De este modo, de los resultados de esta investigación se derivan tipos de casos más frecuentes en los que se recurre a la justicia:

- 1) “No cumplimiento de un contrato”.
- 2) “Despido sin justificación”.
- 3) “Un vecino estropeó parte de su vivienda”.
- 4) *Gravedad percibida del daño*.

instrumentos,²³ incluso constatando la interacción entre soluciones extrajudiciales y soluciones judiciales.²⁴

- 4) Así, la articulación proceso judicial/medios extrajudiciales de resolución de conflictos debería estar en el eje de cualquier política que afronte la reforma de las estructuras de la administración de justicia. Son dos las vertientes: a) fomento de una amplia y heterogénea red de resolución de conflictos, y b) acceder a un procedimiento judicial efectivo dentro de la estructura jurisdiccional del Estado.
- 5) Como vemos, todo ello no va en contra de otra tendencia que deriva hacia la desjudicialización como una necesidad y una oportunidad.²⁵
- 6) Lo anterior supone la generación de una cultura de resolución de conflictos menos vinculada exclusivamente al litigio, y esta función corresponde, en primera instancia, a los poderes públicos.
- 7) Por último, como acotamiento a las premisas planteadas, si no hay un verdadero acceso a la justicia, una política de acceso a la justicia, se seguirán reproduciendo las formas discriminatorias de la estratificación social, y el abrir un cúmulo de canales diversos propicia, al menos, la posibilidad de elección y la posibilidad de resolver una determinada problemática. El acceso a la justicia implica el acceso a la tutela eficiente, jurisdiccional o no jurisdiccional, el acceso a la información y por ende una mayor confianza en el sistema.²⁶

Todo ello redundaría en la idea de que la aplicación del derecho desde esta óptica cumple con la función de un Estado protector, posibilitando el entendimiento y la sana convivencia entre las personas.

²³ *Idem*. En paralelo con dicho estudio, igualmente se desprende que se tienden a judicializar en menor medida aquellos casos en los que la relación implica la existencia de vínculos personales, de carácter afectivo y sujetos a principios de carácter particularista. Así, de los resultados de esta investigación se derivan los tipos de casos más frecuentes en los que no se recurre a la justicia:

- 1) “Tuvo que decidir quién se queda con las propiedades de un familiar”.
- 2) “Decidir quién se queda con los hijos tras un divorcio”, o
- 3) “Prestó dinero y no se lo devuelven”.

²⁴ Redorta, Josep, “La justicia del futuro”..., *op. cit.*, p. 6.

²⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁶ Stella Álvarez, Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia...*, *cit.*, p. 21.

III. ACCESO A LA JUSTICIA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como *iusinternacionalprivatistas* no podemos evitar ubicarnos en un marco normativo internacional de defensa de los derechos humanos, derivado de sistemas universales y regionales, en donde se expresa que el acceso a recursos judiciales, idóneos y efectivos, constituye la primera defensa de los derechos fundamentales.

El acceso a la justicia se relaciona, entonces, con los derechos reconocidos, a nivel internacional, como derechos humanos, es decir:

- 1) El derecho a la tutela judicial.
- 2) El derecho a un recurso efectivo.
- 3) El derecho a la igualdad y no discriminación, ejes centrales de sus prerrogativas.

Por otro lado, y en referencia al mismo acceso a recursos judiciales, se ponen en relieve altos niveles de insatisfacción en el sistema de justicia, y éstos radican, esencialmente, en una variedad de razones:

- a) Complejidad del sistema judicial.
- b) Alto costo del litigio.
- c) Procesos lentos.
- d) Exceso de formalismo y burocracia, así como
- e) Percepción de corrupción.²⁷

Ante este planteamiento o panorama general, recordamos que el tema de la justicia se vincula con la equidad y con la igualdad efectiva, en donde subrayamos la necesidad de instalar una verdadera garantía del acceso a la justicia para los sectores más vulnerables de una sociedad. Tenemos que, por un lado, garantizar el acceso a un órgano jurisdiccional predeterminado,

²⁷ Szlak, Gabriela R., "Online Dispute Resolution in Latin America. Challenges and Opportunities", en Abdel Wahab, Mohamed S. et al. (eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2012, p. 518.

imparcial e independiente, que emita una sentencia acorde al derecho en un proceso que respete las garantías procesales y, por el otro lado, garantizar el acceso a medios extrajudiciales.

Lamentablemente en México, al igual que en otros contextos internacionales, el acceso a la justicia no es el mismo para todas las personas, existen sectores excluidos y marginados. Un ejemplo evidente es el caso de los indígenas, principalmente aquellos que hablan lenguas originarias, sin entender o hablar castellano, lo cual les dificulta el acceso a la justicia, ya que el sistema judicial tradicional, por regla general, no cuenta con peritos intérpretes —aún con su establecimiento en la Constitución—. Si a ello le agregamos la condición de ser mujer, vemos que su acceso a la justicia provoca una doble —o triple— victimización no sólo por su condición de mujeres indígenas sino también por su condición económica o social, lo que se convierte en una violación sistemática de sus derechos humanos, al que se le suma un desgaste físico, emocional, psicológico y económico por el que no siempre deciden transitar. Ante esta tesitura, optan por renunciar a iniciar o continuar con algún tipo de proceso judicial.

Quizás a través de la procuración de la justicia, a través de la cultura de la paz, se pueda brindar certeza jurídica y evitar engorrosos procedimientos judiciales en donde se incluya, evidente y necesariamente, la perspectiva de género como elemento necesario para la consolidación de la democracia.

La democracia no puede ser sustentable sin una estricta adhesión a los principios de la no discriminación, incluyendo la protección de las personas por su pertenencia a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas o a los pueblos originarios, y con persistentes esfuerzos para eliminar la extrema pobreza, el subdesarrollo, la marginalización, la desigualdad económica y la exclusión social.²⁸ Los medios alternativos, con las adecuaciones necesarias, constituyen una buena opción no sólo para evitar la victimización, sino para asegurar una justicia pronta y expedita, que a la vez brinde certeza jurídica y se allane el camino hacia un nuevo paradigma de confianza en las instituciones de impartición de justicia.

²⁸ Comunidades Democráticas, Declaración de Santiago, abril de 2005, disponible en: www.santiago2005.org.

Ante este panorama, el tema del acceso a la justicia cobra realce y vigencia²⁹ al considerarse como un medio imprescindible —no el único— para lograr disminuir el grado de desigualdad social.³⁰

Así las cosas, el efectivo acceso a la justicia depende de la consecución de un verdadero principio de igualdad, transitando por una prohibición de discriminación y de ahí la implementación de la igualdad de oportunidades, es decir, igualdad de condiciones y recursos durante la trayectoria del acceso a la justicia y que no depende de la capacidad económica, social o cultural de los individuos.³¹ Y así es, el inicio del movimiento de reforma de acceso a la justicia comienza en la búsqueda de una igualdad real, de hecho y de derecho, planteando, como decimos, un recorrido que transita de la igualdad de trato³² a la prohibición de discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades.³³

Llegados a este punto, el acceso a la justicia para los sectores en situación de vulnerabilidad o desprotegidos de nuestra sociedad resulta difícil, bien por la propia condición del grupo —desigualdad en las condiciones económicas, culturales y sociales—, o bien por las condiciones generales de la administración de justicia.³⁴

Nótese que hablamos, además, de exclusión social —diferente a la discriminación— en distintos niveles, lo cual indica la “existencia de una

²⁹ Las razones de la vigencia de un tema como el acceso a la justicia se concretan en “los acelerados cambios experimentados por las sociedades y por sus sistemas jurídicos”. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I. Véase, asimismo, Cappelletti, Mauro, “Tercer Seminario”, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 81 y ss.

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, *Anuario Jurídico*, México, 2-1975, 1977.

³¹ González Martín, Nuria y Chávez, Odalinda, *Dos temas torales sobre derechos humanos. Acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2a. reimp., México, CNDH, 2008.

³² Véase Vogel-Polsky, Eliane, “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 104, núm. 2, abril-junio de 1985, p. 235.

³³ González Martín, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 383-401.

³⁴ En donde se proyecta un enfoque multidisciplinario a la hora de abordar el tema del acceso a la justicia.

mala vinculación, o de una vinculación parcial (deficiente) a la comunidad de valores que identifican a una sociedad en el sentido más genérico de lo social, o a la disposición de medios que aseguran una adecuada calidad de vida, en el sentido más acotado de comprensión de lo social”,³⁵ ligándola a la exclusión económica, política, de género, étnica, etcétera.

Abogar por que todas las personas puedan recurrir/acceder a la justicia; que todos los sectores —destacando los más desfavorecidos: sectores pobres, marginales en el acceso a la información, etcétera— accedan a dicho derecho. Esta situación tiene un paralelismo entre el acceso a la justicia y la falta de recursos económicos, lo cual incide en niveles de información y conocimiento.

Con todo ello, llegamos al punto de considerar que si no partimos de un reconocimiento de la existencia de un problema en este terreno, relativo a la identificación de una cuestión justiciable, no podremos rebasar obstáculos en el acceso a la justicia. Coincidimos con Birgín y Gherardi cuando expresan que el Estado tiene una función fundamental y que se podría concretar en obligaciones “negativas” y “positivas”.³⁶ De esta manera, el Estado:

- 1) Debe abstenerse de realizar acciones que dificulten o imposibiliten el acceso a la justicia.
- 2) Está obligado a tomar acciones que garanticen el efectivo acceso a la justicia de todos por igual.

Precisamente, la puesta en práctica de los MASC está ligada a las obligaciones del Estado, al buscar exponer el reconocimiento en la búsqueda de la consolidación de una prerrogativa inherente a los derechos de las personas de una manera pacífica y sencilla que propicie el entendimiento, la negociación y la restitución del bien jurídicamente tutelado y conculcado, procurando que el menoscabo sufrido sea resarcido a cabalidad; para

³⁵ Sojo, Carlos, “Dinámica sociopolítica y cultural de la exclusión social”, en Gacitúa, Estanislao et al. (eds.), *Exclusión social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe*, San José, Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Banco Mundial, 2000.

³⁶ Despouy, Leandro, “Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2008, pp. 116 y 117, citado por Birgín, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia*, cit., p. XV.

ello se debe priorizar en la búsqueda de lo justo, evitando la desigualdad y por lo tanto evitando la victimización a través de procedimientos idóneos, eficientes y eficaces, especializados tanto en la impartición y el acceso a la justicia como en la atención integral en materia de defensa de derechos humanos, utilizando habilidades de comunicación que lleven al entendimiento y arreglo entre las partes, así como el resarcimiento de los derechos transgredidos.

El reto es inmenso porque seguimos constatando evidencias que indican que continuamos con marcos discriminatorios por antonomasia y que la discriminación en el acceso a la justicia no es sólo económica, sino sociocultural y que, por ese motivo, las condiciones que eventualmente permitirán su modificación exceden los recursos disponibles en una sociedad; igualmente, los obstáculos se traducen en la desconfianza al sistema judicial.

En ese orden de ideas, en México los derechos humanos consignados en las normas nacionales e internacionales implican una responsabilidad adquirida que obliga al Estado a adoptar las medidas que deben garantizar su aplicación. México, al transitar hacia una cultura de la paz, debe ubicar y consignar los parámetros y construcciones sociales que eviten la estigmatización a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad.

2. PLANTEAMIENTO PARTICULAR

Con todas las premisas y/o prolegómenos planteados, apuntamos que en el tema de acceso a la justicia ha habido avances significativos en el ámbito normativo —a nivel constitucional, a nivel internacional a través de tratados internacionales, en los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, etcétera—, pero que, como vemos y constatamos, no resuelven el acceso a la justicia de los sectores sociales siempre marginados y con especial énfasis ubicados en nuestra región americana.

Ciertos indicadores nos permiten entender que si bien los estudios sobre diagnóstico judicial son abundantes³⁷ —frente a los estudios sobre diagnóstico de acceso a la justicia—, la parquedad de la información se vislumbra claramente ante la dificultad/imposibilidad de llegar a la misma.

³⁷ Declarando la lentitud e ineficiencia por escasez de recursos materiales y humanos, injusticias flagrantes, falta de legitimidad, falta de confianza, etcétera.

Igualmente, los estudios propositivos sobre acceso a la justicia son escasos, de ahí nuestra propuesta de análisis para valorar, concretamente, la implementación, de manera seria y coincidente, de modelos alternativos de solución de conflictos que permitan acceder a la justicia para todos y especialmente para los grupos más desfavorecidos de la sociedad.

Hablar de democracia y acceso a la justicia significa ampliar bienestar y desarrollo para los ciudadanos en su totalidad.³⁸

En el acceso a la justicia tenemos que: a) en primer lugar, se partió del concepto de justicia ligado a la esencia más genuina de la *democracia*, es decir, que todos puedan llegar a ella. Se trata de que “la democracia suponga desarrollo y bienestar y, en ese empeño, mejorar el acceso a la justicia”,³⁹ y b) en segundo lugar, se entendió el acceso a la justicia ligada a la *reforma judicial* (v. gr. cambios en la infraestructura judicial, bien a nivel legal⁴⁰ —implementación de leyes orgánicas del Poder Judicial o creación de carreras judiciales— o bien a nivel de recursos materiales —al dotar de computadoras a los tribunales o modernizar las instalaciones de la sede judicial—).

Las reformas judiciales exitosas sólo pueden darse en contextos institucionales democráticos y de respeto del Estado de derecho y que, por

³⁸ “La democracia no es privilegio de los ricos, pero para los pobres debe significar algo más: debe ser el vehículo para su protección y progreso dentro de la sociedad”. Discurso en el quinto aniversario de la suscripción de la Carta Democrática Interamericana, sesión especial del Consejo Permanente de la OEA, 12 de septiembre de 2006, Washington, D.C.

De hecho, el movimiento contemporáneo en pro de la MASC y en pro de la mediación fue inspirado por los principios de democracia, no hay más que visualizar la posibilidad o la capacidad de los individuos de adoptar por sí mismos la decisión resolutoria del conflicto. Más aún, tal y como expresa García Álvarez, “si la mediación permite y de hecho anima a las partes enfrentadas a decidir y establecer por sí mismas qué intereses y valores son los más importantes para ellos, no se aprecia inconveniente para usar la mediación u otros medios alternativos no judiciales para perseguir aquellos valores y potenciar su uso desde los tribunales como una forma de ‘democratizar’ la administración de justicia, permitiendo a los ciudadanos que diseñen, en el marco de la legalidad, una resolución a su medida”. García Álvarez, Rosario, “La derivación a mediación desde el juzgado de lo social: una nueva vía de acceso a la justicia”, *Diario La Ley*, Madrid, año XXXI, núm. 7413, Sección Tribuna, 31 de mayo de 2010, Ref. D-184, laleydigital.es.

³⁹ Lovatón Palacios, David, “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 50, p. 228.

⁴⁰ Cambios promovidos ante “problemas relacionados con la lentitud en los procesos, costos de los juicios, excesivas formalidades en los códigos procesales, deficiencias organizacionales de los tribunales, burocracia y corrupción en los servidores públicos del Poder Judicial, entre otros”. Zapata Bello, “Acceso a la justicia”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia...*, cit.

ende, fortalecen la independencia judicial y mejoran el acceso a la justicia y la tutela de los derechos fundamentales.

En definitiva, el acceso a la justicia debería transitar de tal manera que se vincule a un derecho más complejo, referido a toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica

En realidad, acceso a la justicia no es sólo reforma judicial. No todas las reformas judiciales conllevan un acceso a la justicia y no todo acceso a la justicia conlleva una reforma judicial. Tampoco acceso a la justicia es equivalente, por sí solo, a “tutela judicial efectiva” sino mucho más, es decir, “debería contemplar medidas de promoción de otros mecanismos no judiciales o no estatales de respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas de las Américas que, con frecuencia, ni siquiera tienen posibilidad de acudir a los tribunales, como es el caso de muchos pueblos indígenas”.⁴¹

Llegados a este punto y siguiendo la definición que nos proporciona el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), tenemos que el acceso a la justicia es “el derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”.⁴²

Así las cosas, entendemos por “‘acceso a la justicia’ la posibilidad de toda persona —independientemente de su condición económica o de otra naturaleza— de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas”.⁴³

Perfilando esta idea última, coincidimos con un sector doctrinal significativo que expresa que “el efectivo acceso a la justicia debe considerarse como un derecho humano de importancia primordial, por lo que el aliviar la pobreza legal⁴⁴ debe ser una de las preocupaciones del poder público”.⁴⁵

⁴¹ Lovatón Palacios, David, “Experiencias de acceso...”, *op. cit.*, p. 230.

⁴² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*, Buenos Aires, Instituto Talcahuano, 2005, p. 7.

⁴³ Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*, Costa Rica, BID-IIDH, 2000, p. 25.

⁴⁴ Aquel al que hacen referencia Mauro Cappelletti y Bryant Garth en el sentido de “la incapacidad de muchas personas para hacer cabal uso de la ley y de sus instituciones”. Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, p. 11, citado por Zapata Bello, Gabriel, “Acceso a la justicia”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Justicia...*, *cit.*, p. 386.

⁴⁵ Zapata Bello, Gabriel, “Acceso a la justicia”, *op. cit.*, p. 386.

El acceso a la justicia se concibe como una necesidad pública, un derecho humano y, por lo tanto, el no acceso de las clases más desprotegidas —en el sistema jurídico formal o tradicional, al concebirse como aquel en el que interviene de manera directa el Estado— representa un fracaso de las políticas destinadas a administrar justicia y en la vía para alcanzar una justicia social.⁴⁶

Siguiendo a Lovatón, y coincidiendo con todas las ideas marcadas o proyectadas, tenemos que el enfoque integral del derecho al acceso a la justicia comprende el concepto “tradicional” del derecho de toda persona de “hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado” a través de los juzgados “independientes e imparciales” y con las garantías del debido proceso —v. *gr.* artículos 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Por otro lado, los mecanismos comunitarios o indígenas, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los tribunales administrativos o instancias estatales como la Defensoría del Pueblo, son medios idóneos todos ellos para satisfacer la demanda de acceso a la justicia de los ciudadanos, y por ello, como ya indicamos, el término acceso a la justicia no necesariamente será sinónimo de tutela judicial efectiva.

Birgin y Gherardi,⁴⁷ haciendo referencia a la ya clásica obra de Cappelletti y Garth, expresan que para estos últimos autores se reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la justicia:⁴⁸

- 1) Una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer los derechos legalmente reconocidos.
- 2) Una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendentes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia.

De esta manera, podemos concebir el acceso a la justicia como el derecho a reclamar —a través de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad— la protección de un derecho. Todo ello se puede reconducir al:

⁴⁶ Boueiri B., Sonia, “Una aproximación...”, *op. cit.*, p. 238.

⁴⁷ Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coord.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, colección Género, Derecho y Justicia, núm. 6, p. XIV.

⁴⁸ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, *cit.*

- a) Acceso a un sistema judicial o extrajudicial competente.
- b) Acceso a un eficaz servicio de justicia.
- c) Conocimiento, por parte del ciudadano, de sus derechos y la manera para ejercerlos.

Si todo ello lo vinculamos con los MASC, sabemos que éstos deben ser aplicables sólo cuando se trate de derechos de libre disposición, es decir, por exclusión, aquellos que no afecten al orden público, derechos de terceros o contravengan disposición expresa, y deben atender a los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, equidad y flexibilidad; de esta manera, el procedimiento de mediación prescindirá de formas para responder a las necesidades de las personas que intervienen.

Los MASC no sólo deben aplicarse con base en la nueva concepción de la impartición de justicia, con una visión humanista, reconocida dentro del catálogo de garantías, sino debe comprender la eliminación de la estigmatización, discriminación o exclusión que se produce en los procedimientos judiciales, de lo contrario no se estará cumpliendo con su función y, a *contrario sensu*, se estaría ocasionando otra vulneración de sus derechos, generando mayor desconfianza en el sistema de justicia.

Por esta regla, la implementación teórica y práctica de los MASC en todo el sistema de justicia mexicano, a nivel federal y local, es necesaria, así como su homologación en la Federación y en todas las entidades federativas, obedeciendo al principio *pro homine*, de acuerdo con la magna reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, así como a la obligatoriedad del Estado mexicano de llevar a cabo la armonización de la legislación federal y de las entidades federativas con las normas a nivel internacional y la implantación de mecanismos que garanticen su aplicación, considerando que la reiterada y sistemática violación de derechos humanos, en el sistema de justicia, precisa de instrumentos jurídicos de apoyo que den certeza, confianza, reconocimiento y sustento, para ello es menester que la legislación sea clara respecto de la adopción de medidas con el fin de garantizar su protección sin distinción de género, religión, edad, cultura, condición social, origen étnico, color, discapacidad, preferencias sexuales, apariencia física, opiniones, estado civil, embarazo o cualquier otra condición con el objetivo de lograr su eficaz aplicación y así eliminar las barreras que distan de ayudar a resolver los conflictos.

La generación de mecanismos legislativos que permitan su materialización, a través de la modificación o derogación de leyes, con sus respectivos reglamentos, usos y prácticas, para una aplicación e instrumentalización, a fin de erradicar toda práctica que constituya violencia, discriminación, exclusión, y así constituir una cultura de paz en la administración de justicia. En definitiva, hablamos de armonizar todos los instrumentos que dan cobertura a un auténtico acceso a la justicia para brindar condiciones de igualdad en todos los ámbitos a toda la población.

En definitiva, cuando hablamos de acceso a la justicia no sólo nos referimos a la posibilidad de acceder a una solución justa y adecuada frente a un conflicto, sino que concebimos un concepto mucho más amplio porque incluye el acceso a la jurisdicción —a un juzgado, a un expediente—, pero también a una amplia gama de soluciones alternativas como son los MASC y, muy puntualmente, por el caso objeto de esta contribución, a la mediación.⁴⁹

IV. CARACTERÍSTICAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Las características del acceso a la justicia se componen de:

- a) Factor cognitivo, es decir, el acceso a la información.
- b) Factor cultural o psicológico, es decir, la predisposición o falta de confianza en los cuerpos oficiales de administración de justicia.
- c) Factor geográfico, es decir, la distancia a los tribunales.
- d) Factor social, es decir, el estrato socioeconómico de una persona.⁵⁰

⁴⁹ Tula, Antonio Ricardo, “Mediación y acceso a la justicia”, disponible en: <http://mediacyonycrisis.blogspot.com/2009/04/mediación-y-acceso-la-justicia.html>.

⁵⁰ Nos parece por demás importante destacar, aunque sea para que se pueda visualizar la dimensión del problema intrínseco del acceso a la justicia, el tema de la falta de acceso a la justicia de las personas que carecen de carta de identidad. Entre todos estos factores mencionados, es decir, el factor económico, cognitivo, geográfico o social, se ve inmerso, por ejemplo, un colectivo numeroso de personas que carecen de identidad, que carecen de un acta de nacimiento y de ahí constituir lo que se denomina “ciudadanía de baja intensidad”, personas que necesitan hacer efectivo el derecho al nombre para poder acceder, entre otras cuestiones fundamentales, a la justicia. Sobre el tema véase Lovatón Palacios, David, “Experiencias de acceso a la justicia”, *op. cit.*, pp. 235 y ss. Un tema por demás importante si lo contextualizamos en México, en donde las cifras oficiales apuntan hacia unos 10 millones de mexicanos que carecen de identidad y en donde los indicadores remontan dicha cifra, instalándola en unos 12 millones; una cifra exorbitante. “En México cerca de 10 millones de personas no cuentan con acta de nacimiento, de los cuales aproximadamente

En definitiva, hasta este momento hemos puesto el acento en aquellas situaciones que implican una carencia de recursos económicos, pero debemos subrayar, además, la presencia de otras carencias cognitivas, culturales, geográficas o sociales.

Igualmente, el acceso a la justicia tiene que ver con los valores, principios y la cooperación; todo ello ligado con la divulgación de dicha información y conocimiento.⁵¹

V. FACTORES QUE OBSTACULIZAN EL ACCESO A LA JUSTICIA

En relación directa con las mencionadas características del acceso a la justicia tenemos los factores que obstaculizan el acceso a la justicia.

De esta manera comenzamos por expresar que los obstáculos generales para el acceso a la justicia impactan de manera diferente a una población igualmente diversa —mujeres, migrantes, indígenas, rurales, pobres, etcétera—. La vulnerabilidad incrementa, de manera exponencial, las dificultades de validar sus derechos y la activación de sus mecanismos de protección.

Son muchos los factores que impiden el acceso a la justicia,⁵² los cuales se pueden resumir en los siguientes:

- a) El costo de la justicia tradicional, es decir, las disputas llevadas a los tribunales representan un alto costo económico, y de ahí la

3.9 millones son niñas y niños... propuso que la expedición del documento sea gratuita, oportuna y universal para niñas, niños y adolescentes”. Véase Boletín 5199, disponible en: www.diputados.gob.mx (consultado: 29 de mayo de 2012). UNICEF proporciona cifras en este rubro de gran interés: cada año, aproximadamente de los niños nacidos, 50 millones no se inscriben, no tienen un acta de nacimiento.

⁵¹ Insertado, todo ello, con la cuestión insoslayable, e invariablemente necesaria, de la implementación de políticas públicas, de presupuestos con perspectivas hacia grupos vulnerables o desprotegidos; “que la base para la elaboración de políticas públicas sea la idea de que se trata de un derecho fundamental que no puede ser dejado de lado”. Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*, cit.

⁵² Ello viene derivado, asimismo, de los principales objetivos del movimiento de reforma en el ámbito judicial, es decir, el costo económico, el costo en relación con la organización, nos referimos a ciertos derechos o intereses colectivos o difusos, y el costo procesal, en donde, al decir de Cappelletti, “ciertos tipos tradicionales de procedimientos son inadecuados para sus fines de tutela” (en realidad el autor se refiere más que a costos a obstáculos). Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, p. 92.

práctica inaccesibilidad de aquellos que no tienen solvencia económica.

- b) Los problemas de los intereses difusos.⁵³
- c) Los procedimientos de la justicia tradicional caracterizados por ser lentos o largos y complejos frente a los medios alternos de solución de conflictos.⁵⁴

Por todo ello, el acceso a la justicia constituye un instrumento, una estrategia y una alternativa que permite la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión y la pobreza.⁵⁵

VI. MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: MEDIACIÓN

Por justicia entendemos “sistemas de justicia”, y de esta manera no la restringimos a la administración de justicia estatal, interestatal e internacional —justicia tradicional—, sino que la proyectamos, además, en la justicia extrajudicial, a través de los denominados medios alternativos de solución o resolución de conflictos.⁵⁶

En la actualidad hay prácticamente un consenso entre los diferentes interlocutores en torno a la importancia de que los Estados promuevan y extiendan el uso de los medios alternos a la ciudadanía ante su éxito potencial y frente a la saturación que tiene la justicia tradicional —sin que sea ésta la causa de mayor peso—⁵⁷ y, sobre todo, su inclusión para la

⁵³ Boueiri B., Sonia, “Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia”, *Revista Cenipec*, Venezuela, núm. 22, enero-diciembre de 2003, p. 234.

⁵⁴ Hay algún sector doctrinal que cuestiona las bondades atribuidas a estos medios alternos, y de ahí la preferencia por ocuparse de las deficiencias cotidianas de la “justicia real”. Fix-Fierro, Héctor, *La eficacia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, País Vasco, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, 1994, p. 34.

⁵⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*, cit.

⁵⁶ Por su oportunidad expresamos que aun con el calificativo de alternativa asignado a este medio de resolución de conflictos, no vemos el término adecuado al considerar que no es lógico calificar de alternativo a un medio que a todas luces se presenta como primordial.

⁵⁷ García Álvarez así lo considera y lo expresa, con especial énfasis, en sus trabajos al decir que “para la administración de justicia no es ni debe ser sólo otra forma de resolver el conflicto y disminuir la carga de trabajo de los juzgados, o el tiempo de espera”. Véase García Álvarez, Rosario, “La derivación a mediación desde el juzgado de lo social: una nueva vía de acceso a la justicia”, *op. cit.*

solución de determinados conflictos en donde cobra especial relieve la restauración de las relaciones interpersonales, buscando, siempre, criterios de equidad.⁵⁸

Ante esta premisa, el verdadero punto de partida es la determinación de las materias competentes para establecer la idoneidad de la elección de un proceso a través de un MASC o la justicia tradicional, y en paralelo el multimencionado derecho o acceso a la justicia. Un buen uso de los MASC y la justicia tradicional cobra carta de naturaleza ante la complementariedad de ambos sistemas de justicia.⁵⁹ Estos dos puntos esbozados, es decir, la elección de acudir a un sistema judicial o extrajudicial, así como su complementariedad, ya fueron objeto de un comentario en extenso en el rubro dedicado a las premisas, al cual remitimos al lector.

Para dar un paso más hacia la reflexión y para poder proyectar todo el discurso que venimos relacionando, nos planteamos: ¿la justicia es un derecho o es un servicio? Definitivamente el acceso a la justicia sí es un derecho. El acceso a la justicia implica soslayar obstáculos para la consecución de la misma, no tanto ya la celeridad en la resolución del conflicto, sino el poder acceder, llegar a ella.

Bastaría con un servicio, oficina o proyecto que genere condiciones reales y efectivas de un mayor acceso a la justicia. No hablamos de educación legal sino de prestación directa de dichos servicios, y dichos servicios tienen que rebasar obstáculos de gran importancia, tales como la lejanía geográfica e incluso la mencionada barrera idiomática.

Ante lo expresado podemos anticipar que hay una necesidad de “redefinir” los objetivos públicos en materia de justicia —no tanto si es un derecho o un servicio— en donde se brinde la posibilidad a los sujetos de derecho para:

- Facilitar el acceso al procedimiento más efectivo.
- Proporcionar más tutela con un menor costo.
- Diversificar formas de resolución de conflictos.

⁵⁸ Lovatón Palacios, David, “Experiencias de exceso a la justicia”, *op. cit.*, p. 263.

⁵⁹ Esta es una idea que se proyecta en el contexto mexicano y desde el ámbito doctrinal lo podemos visualizar en Uribarri Carpintero, Gonzalo (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2010.

- Desjudicializar el sistema.
- Instaurar la cultura del diálogo, abandonando la cultura del litigio.⁶⁰

El redefinir implica, incluso, el reconocimiento de que el sistema formal y tradicional de la justicia no siempre es el más adecuado para resolver los conflictos jurídicos, y por lo tanto la redefinición implica ampliar el concepto de “administración de la justicia” con criterios más amplios.⁶¹

Si hablamos de la diversificación de formas de resolución de conflictos y en esa tónica incluimos a los MASC, ¿qué es un MASC?, ¿puede ser considerado como un modelo para el acceso a la justicia?

La propuesta de los MASC pretende transitar del derecho a la resolución de los conflictos de otras maneras, pero en donde el derecho persiste como columna vertebral de una sociedad en la que se demanda la resolución de conflictos a través de medios judiciales y extrajudiciales, según la naturaleza del evento, tal y como ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad en la primera parte de esta contribución desde la introducción.

Entre los MASC cabe mencionar una diversidad, tales como: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, evaluación previa, minijudicio, *ombudsperson*, entre otros.

Si nos centramos en el medio alternativo que funge como centro de nuestra contribución, la mediación, tenemos que éste es un “método alternativo no adversarial para la solución de conflictos, mediante el cual uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de decisión, intervienen únicamente facilitando la comunicación entre las partes en conflicto, con el propósito de que las mismas puedan alcanzar voluntariamente una solución total o parcial al mismo”.⁶²

Vemos, entonces, que un MASC, y en concreto la mediación, es concebido como un proceso voluntario, en el que las partes (mediados) inmersas en un conflicto buscan llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero o terceros (mediador o mediadores) imparcial y neutral.

Los efectos que obtenemos al acudir a un MASC o a la mediación convergen en ventajas y desventajas.

Por lo que atañe a las ventajas, tenemos:

⁶⁰ Stella Álvarez, Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia*, cit., p. 22.

⁶¹ *Ibidem*, p. 28.

⁶² Redorta, Josep, “En torno a los métodos alternativos...”, *op. cit.*, p. 35.

- 1) Connotaciones claras inmersas en el bienestar social al representar un menor costo económico, un menor costo incluso en la satisfacción con los resultados y sus efectos entre la relación y la recurrencia de la disputa
- 2) El tratamiento del conflicto de manera interpersonal con un menor costo emocional que se representa en la solución representada por la expresión “ganar-ganar”, satisfaciendo los intereses de las partes.
- 3) Acuerdos pactados entre las partes con un grado de permanencia en el tiempo.
- 4) No dilatado en el tiempo.
- 5) Por acotar, que no salen del ámbito privado ante el principio de confidencialidad que lo permea.

Las desventajas las podemos concretar en la reticencia de los interlocutores ante un modelo “novedoso” en donde la falta de información detona una desconfianza, aunado a la necesidad de potenciar una cultura de la paz, una cultura hacia el acuerdo, hacia la confianza de estos medios para acceder a la justicia.

Si bien es cierto que el panorama puede visualizarse como desolador si entendemos que los modelos de acceso a la justicia presentan retos desde el momento en que la población incluida en los grupos desfavorecidos o desprotegidos va en aumento y de manera exponencial también crecen las necesidades insatisfechas por los servicios de las oficinas o instituciones destinadas a cubrir la parcela de dicho acceso a la justicia. Por el contrario, se puede ver como muy alentador los movimientos hacia estos MASC a favor, precisamente, de esta población más vulnerable o en la instalación de una cultura de la paz y del acuerdo en todos y cada uno de los estratos sociales.

El éxito de los modelos se determinaría por una combinación de factores:

...por la variedad de formas que adoptan, por el uso de capacidad instalada previa, por la capacidad de ser identificables por la clientela, por el desarrollo de una creatividad que rompe los esquemas tradicionales, por la superación expresa de ciertos obstáculos, por la identificación de un segmento poblacional al cual dirigir su atención, y finalmente, en

algunos casos, por el respaldo que les concede una red nacional o internacional en la materia.⁶³

Si tomamos como un modelo de acceso a la justicia, para los sectores más desfavorecidos, un mecanismo alternativo de solución de conflictos como es la mediación, tenemos que cuidar el detalle de que por sí mismo no resuelve, quizá, el problema del acceso a la justicia, pero sí es útil como instrumento de otras instancias.

El problema que se plantea a nivel práctico, en principio, es que dicho mecanismo se puede utilizar y acaparar por aquellos sectores de la población económicamente más fuertes frente a la utilización del mismo mecanismo por el sector más desfavorecido. Digamos que se puede “utilizar”, se puede “abusar” o incluso “utilizar” del medio alternativo promoviendo un volumen y una rapidez en evacuar los asuntos, dejando de lado la calidad de la justicia. No obstante, este planteamiento lo que hace es aclararnos aún más el panorama y con base en dicha información solventar esta distorsión en torno al acceso de la justicia a través de la mediación, por ejemplo.

Por otro lado, los medios alternativos de resolución de conflictos deberán analizarse de tal manera que no se presenten como “un pobre sustituto de la justicia”, nosotros agregaríamos “de la justicia tradicional”, es decir, hacia donde no tenemos que navegar es hacia la idea de que “si las personas no tienen ninguna posibilidad de recurrir a la justicia, entonces la mediación o conciliación de un conflicto no es una verdadera alternativa, sino el único camino disponible”

Aquí hay un tema muy delicado ante la falta de reconocimiento de algunas formas de resolución de conflictos signadas por la interlegalidad e interconexión de los órdenes normativos de las comunidades indígenas y pueblos originarios, por ejemplo.⁶⁴

También se visualiza una gran brecha entre los avances en reforma de gobernabilidad de los países desarrollados con respecto a los países emergentes, en donde se vuelven a subrayar factores económicos, de conocimiento, para utilizar el sistema, y de ahí la derivación a una renuencia

⁶³ Thompson, José y Bartels, Sandra, “Acceso a la justicia y equidad en América Latina”, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

⁶⁴ Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia...*, cit., p. XXXI.

a utilizar la ley; falta de acceso a información legal y capacitación legal; retardo en la administración de justicia; representación legal inadecuada, etcétera.

Si de los objetivos marcados para la implementación de los MASC y de la mediación, más concretamente, derivamos no sólo mitigar la congestión de los tribunales, reducción de los costos —económicos/emocionales—, sino incrementar la participación de la comunidad en los procesos de solución de conflictos y por ende el acceso a la justicia, ello suministrará a la sociedad, sin lugar a dudas, formas más efectivas de resolución de disputas, en donde cabría abrir una especie de orden de prelación, de principio de subsidiariedad, en el cual se podrán tratar los conflictos en un nivel bajo y descentralizado y así ir subiendo según lo amerite el caso concreto.⁶⁵

Los MASC no implican dejar de lado los esfuerzos por mejorar el sistema judicial ni pretenden reemplazar la necesaria reforma y modernización de la administración de justicia, sino que se inscriben en ella “si uno de los logros de la democracia es la obtención de un proceso justo para todos, cualquiera sea su extracción, debe visualizarse la participación de individuos privados como terceros neutrales dentro del contexto del mejoramiento de tal sistema y no como un abandono de dichas políticas”.⁶⁶ Ahora sí es pertinente incluir la frase, que no retórica, de que estamos ante un *nuevo paradigma*, en el cual hay que resaltar la pretensión de la implementación de los medios alternativos, dentro de la que destaca la protección de los derechos humanos,⁶⁷ que tienen la función de: a) contribuir al desarrollo integral de la persona; b) delimitar, para todas las personas, una esfera de autonomía dentro de la cual puedan actuar libremente, protegidas contra los abusos de autoridades, servidores públicos y de particulares; c) establecer límites a las actuaciones de todos los servidores públicos, sin importar su nivel jerárquico o institución gubernamental, sea federal, estatal o municipal, siempre con el fin de prevenir los abusos de poder, negligencia o simple desconocimiento de la función, así como d) crear canales y mecanismos de participación que faciliten a todas las

⁶⁵ Stella Álvarez, Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia...*, cit., p. 24.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁷ Revisión en línea de la página de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, diciembre de 2012, en <http://www.cndh.org.mx/node/30>.

personas tomar parte activa en el manejo de los asuntos públicos y en la adopción de las decisiones comunitarias.

Por último, queremos abordar otro tema manifestado a favor de los MASC: nos referimos a la intención de la obligatoriedad de los mismos y de esta manera extender su uso. Ello plantea una situación delicada desde que el carácter de voluntariedad de la mediación es un principio toral, fundamental, y establecer una obligatoriedad redundaría en la inestabilidad del propio medio; quizá se pudiera plantear el establecimiento de ciertos estímulos que inviten a recurrir a ellos sin que haya una obligación como previa al sistema de justicia tradicional. Esta cuestión demeritaría la naturaleza e intención propia del recurso a los MASC y más concretamente a la mediación; quizá la labor informativa como obligatoria pudiera cubrir la información de la misma sin desvirtuar la naturaleza del carácter voluntario de la propia mediación.⁶⁸

VII. CASUÍSTICA

El auge de la mediación no es exclusivo de estos tiempos. Los momentos de esplendor han prosperado en distintas épocas —aun con sus momentos de silencio— considerándose la denominada *tercera ola*⁶⁹ del movimiento para el acceso a la justicia.⁷⁰ Ante las bondades destacadas en los momentos de bonanza hacia este medio alternativo se aducía, y se puede seguir expresando, que este sistema informal se caracteriza por su eficacia y rapidez, subrayando el respeto de los acuerdos llevados a cabo por las partes.

Como decimos, una gran reforma procedimental ubicada en las décadas de los años ochenta y noventa propició la popularidad y disponibilidad de los métodos alternativos de resolución de conflictos, bien a través de

⁶⁸ Acevedo Bermejo, Antonio, *El divorcio sin pleito. El abogado y la mediación familiar*, Madrid, Tecnos, p. 258.

⁶⁹ La búsqueda de alternativas a la justicia tradicional, valorando tanto sus potencialidades como sus limitantes, representó la denominada “tercera ola”.

⁷⁰ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (eds.), *Florence Access to Justice Project*, 6 ts., Milán, Giuffrè, 1978-1979; Cappelletti, Mauro, *Access to Justice*, Milán, y para hacer referencia a lo citado en dicha obra remitimos a Kötz, H. y Ottenhof, R. (eds.), *Les conciliateurs —La conciliation. Une étude comparative*, París, Economica, 1983; Sander, Frank, “ADR: Expansion, Perfection and Institutionalization”, *Dispute Resolution*, núm. 26, 1990.

su aplicación por parte de la justicia, entes administrativos, organizaciones comunitarias, etcétera.

Pensamos que el tema del acceso a la justicia y la mediación debe construirse desde los perfiles que nos expone una investigación documental y de manera paralela desde los aportes de una investigación empírica, aun con el reflejo de fuentes o datos indirectos.

En esa tónica queremos traer a colación una serie de estudios que sobre la materia se han realizado, y así destacamos un análisis efectuado en Inglaterra sobre los costos de los medios alternativos de solución de conflictos en materia de conciliación familiar, que se podría extrapolar, con el cuidado debido, al ámbito de la mediación familiar. En dicho estudio se concluye “que los mecanismos de conciliación estudiados no generan un ahorro neto de costos sociales, sino que, por el contrario, tanto la conciliación en el marco de un tribunal como la realizada por instituciones independientes agregan, en mayor o menor medida, costos adicionales a la solución de los conflictos”.⁷¹ Siguiendo a Fix-Fierro, la cuestión que se plantea ante este panorama descrito es si la conciliación —en nuestro caso la mediación— “*produce beneficios de otro tipo que justifiquen el costo económico adicional, para efectos de establecer un servicio nacional de conciliación (el subrayado es nuestro)*”.⁷² Por nuestra parte, lo que sí es posible valorar, de manera comprobada y objetiva, es que la utilización de un medio alternativo como es la mediación permite que se reduzcan las desavenencias entre las partes además de que los acuerdos, al ser determinado por ellos mismos, son de gran satisfacción y, por ende, aumenta la posibilidad de su cumplimiento. Si la relación costos económicos/costos emocionales inclina la balanza hacia los beneficios, pudiéramos prever y constatar las bondades que genera un medio como la mediación.

En este mismo sentido, el estudio inglés mencionado incluye, igualmente, una conclusión relativa que los acuerdos tomados o realizados en centros o instituciones independientes especializados son más cos-

⁷¹ Ogus, Anthony *et al.*, “Evaluating Alternative Dispute Resolution: Measuring the Impact of Family Conciliation on Costs”, *The Modern Law Review*, Oxford, vol. 53, núm. 1, enero de 1990, pp. 57-74, citado por Fix-Fierro, Héctor, *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, México, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, UNAM, 1995, p. 53.

⁷² Fix-Fierro, Héctor, *La eficiencia de la justicia...*, *cit.*, p. 53.

tosos en lo económico, pero disminuyen la insatisfacción, una cuestión que apunta más a la disposición de políticas públicas con presupuestos con esta perspectiva, lo cual se traduce en una cuestión más política que académica;⁷³ no obstante, pesamos que ahí tenemos una clave importante sobre la necesidad de incorporar en los debates el tema de las políticas públicas dirigidas a superar las barreras del acceso a la justicia, creando instancias, bien sean centros de justicia alternativa públicos o privados, que satisfagan el derecho de acceso a la justicia de sectores sociales más desfavorecidos o excluidos.

En relación con otra investigación muy renombrada, tenemos que Volkmar Gessner realizó, hace aproximadamente cuarenta años, un estudio⁷⁴ en donde resalta la “afinidad de la cultura jurídica mexicana con los mecanismos informales o de justicia alternativa (por entonces justamente en boga en Europa occidental y los Estados Unidos), dando a entender la conveniencia de continuar por esa vía, quizá antes de otorgar mayor acceso a un sistema formal que no estaba preparado para ello”.⁷⁵

Ante la falta de igualdad, aún evidente y más que palpable, cabe preguntarse si en la sociedad actual se garantiza el uso de los derechos y libertades proclamadas en la ley; si todos los gobernados cuentan con los medios para actuar y defenderse ante cualquier órgano o autoridad y si, por último, el Estado cuenta con los medios para asegurar una resolución oportuna y “justa” en lo material.⁷⁶ Buscar una vía de solución a través de la compaginación de los medios diversos para acceder a la justicia es una magnífica consigna, y establecer o pergeñar cuáles son las mejores alternativas es una necesidad imperiosa.

Cuando relacionamos este tema con aspectos de género vemos, siguiendo a Hunter, cómo la conciliación —que no mediación— en los casos de discriminación, así como la celebración de audiencias conciliatorias promovidas por los servicios de asistencia legal gratuita, presen-

⁷³ Ogus, Anthony *et al.*, *op. cit.*, pp. 57-74, citado por Fix-Fierro, Héctor, *La eficiencia...*, *cit.*, p. 54.

⁷⁴ Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, México, UNAM, 1984, pp. IX-XI.

⁷⁵ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México”, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁶ Zapata Bello, Gabriel, “Acceso a la justicia”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Justicia...*, *cit.*, p. 384.

tan características, denominadas por Marc Galanter como “informalidad devaluada”.⁷⁷ Hunter continúa expresando que:

...los programas de resolución alternativa de conflictos son exitosos cuando funcionan como opciones genuinas a un sistema judicial formal realmente accesible para las partes, es decir, que las partes tienen una verdadera posibilidad de optar entre utilizar una vía alternativa de resolución de conflictos, así como una verdadera posibilidad de decidir si desean llegar a un acuerdo en el marco de la vía elegida. En aquellas circunstancias en que no existe esta posibilidad real de elegir, sea porque la utilización de un método alternativo de resolución de conflictos es obligatoria o porque la alternativa de recurrir al litigio judicial resulta hostil o excesivamente costosa, lo que queda es justicia de segunda clase.

Esta es una manifestación que no es aislada y que pensamos importante contemplarla para poder ubicar las luces y las sombras que siempre devienen en una propuesta de esta naturaleza. La fundamentación para soslayar la inercia hacia las bondades de un medio alterno como la mediación cobra carta de naturaleza y de ahí la negación de concebirlo como una justicia de segunda o una justicia de dos velocidades.

Una conclusión basada en investigaciones sobre el tema recomendaba ampliar el acceso al litigio judicial para casos de discriminación y de derecho de familia en que la relación entre las partes excluye la posibilidad de negociar o en que la evaluación de las alegaciones implicadas requiera investigación fáctica y análisis de pruebas.⁷⁸

En el mismo tenor, el acceso a la justicia es un elemento clave en la estrategia de erradicar la violencia contra las mujeres; hay un gran trecho entre proclamar derechos como la igualdad, a una vida libre de violencia, al respeto por la integridad física, psíquica y moral, y satisfacerlos efectivamente.

Lo anterior, evidencia la necesidad de una obligatoria reconstrucción de los paradigmas sociales y culturales sexistas, de tal forma que vislum-

⁷⁷ Galanter, Marc y Krishnan, Jayanth, “Debased Informalism: Loki Adalats and Legal Rights in Modern India”, en Jensen, Erik G. y Heller, Thomas C. (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, citado por Hunter, Rosemary, “Protección en las fronteras del imperio de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia”, en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia...*, cit., p. 106.

⁷⁸ Hunter, Rosemary, “Protección en las fronteras...”, *op. cit.*, p. 106.

bren en sus elementos formales y materiales la perspectiva de género, como fórmula emancipadora del reconocimiento de igualdad jurídica y social, de oportunidades y de resultados en las mujeres, y como lo menciona Baratta,⁷⁹ para reunificar las cualidades y las capacidades que fueron separadas en la construcción social de los géneros.

La dificultad para el acceso a la justicia constituye sin duda la mayor discriminación que enfrentan no sólo las mujeres, sino los sectores más desfavorecidos de la sociedad, que se ven imposibilitados de ejercer y exigir el cumplimiento de los derechos más básicos que les reconocen las leyes, las Constituciones y las convenciones internacionales.⁸⁰ De esta manera, en general, el procedimiento de los medios alternativos se debe de homologar y deben estar encaminados a: 1) mantener la paz entre las partes; 2) fomentar las relaciones de convivencia; 3) fomentar la cooperación de las partes en la solución de problemas, produciendo arreglos de común acuerdo, y 4) la promoción al respeto de los derechos humanos.

VIII. COROLARIO APROXIMATORIO

Si barajamos todos los factores que acabamos de esbozar, podremos procurar soluciones buenas para todos.

La idea es clara:

La escasa importancia de la escuela y la familia como ámbitos de socialización en las actividades conducentes al respeto a la ley, y el peso creciente de los medios de comunicación masiva como la televisión y la radio como ámbitos socializadores y creadores de la cultura de la legalidad mexicana de hoy, contrastan con el hecho de que para solucionar la mayor parte de los problemas de la vida cotidiana se recurre principalmente a la familia. La presencia de la familia como recurso principal de la ciudadanía para la resolución de todo tipo de problemas es el resultado del abandono del estado de varias de sus funciones sociales y la falta de coherencia y continuidad en las políticas públicas.⁸¹

⁷⁹ Baratta, Alessandro, “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en Birgin, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, 2006, p. 75.

⁸⁰ Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, “Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente”, en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia...*, cit., p. 181.

⁸¹ “Los usos de la ley y la justicia”, *op. cit.*, p. 6.

Hasta ahora no hemos introducido los denominados “enfoques de abajo hacia arriba”, es decir, instalar el acceso a la justicia y el empoderamiento legal. En el primer enfoque, el acceso a la justicia es el objetivo principal, y el segundo enfoque, empoderar a los débiles y a los pobres, deviene como premisa para que se dé el multimencionado acceso a la justicia.⁸² Dicho acceso a la justicia, el empoderamiento legal y la microjusticia son reacciones contra las tendencias y prácticas del pasado y las tendencias hacia el futuro, en este último rubro es en donde nos posicionamos nosotros.

Por todo lo anterior, en la impartición de justicia debe prevalecer el principio de igualdad, fundamental en materia de derechos humanos, a partir de la idea de que cada persona es igualmente digna a otras, y que todas tienen en igualdad de condiciones derechos y la libertad de ejercerlos.

En la instauración armónica de los MASC se debe evitar cualquier tipo de sesgo discriminatorio que aluda a las representaciones socioculturales, estereotipos y estigmas que se traducen en desigualdad. En ellos se debe concebir a la igualdad dentro de un marco de derechos humanos, y no sólo interpretarlo como un valor, sino un derecho que puede ser exigible frente al Estado.

Por otra parte, es interesante observar que las principales causas señaladas como factores que impactan en la no utilización de las instituciones que brindan servicios de impartición de justicia son: desconocimiento de los derechos, falta de certidumbre, desconfianza, desconocimiento del procedimiento, falta de recursos, falta de tiempo, falta de asesoría, entre otros.

Se subraya, por otra parte, la incapacidad de las políticas públicas, pero no en su diseño técnico sino en su vacío democrático, es decir, su incapacidad para agregar, procesar y responder a las demandas de los ciudadanos.⁸³

De igual manera, tenemos que subrayar que no podemos abarcar sólo un concepto de justicia legal, como aquella que se obtiene tras un fallo

⁸² Van Rooij, Benjamin, “Acercar la justicia a los pobres. Cooperación de abajo hacia arriba en las estrategias legales”, en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia...*, cit., pp. 189 y 199.

⁸³ Thompson, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, cit., p. 11.

o pronunciamiento de los jueces, sino que el margen de acción aumenta desde que se pueden solucionar conflictos desde otras instancias, es decir, la potenciación de otros valores como la satisfacción o el bienestar. Tampoco estamos hablando de una privatización de la justicia sino el apoyo, la institucionalización y el ofrecimiento de este mecanismo alternativo a la decisión judicial como parte de las obligaciones del Estado con su sociedad, incluyéndolos en los servicios de administración de justicia del país.

Hablamos de un concepto amplio de acceso a la justicia. Administración de justicia como oferta de servicios de tutela que además de incluir la jurisdicción estatal, incluya mediación a través de los MASC.

Así las cosas, el acceso a la justicia se podrá lograr mediante la ampliación, diversificación y descentralización de los servicios de justicia, en donde tienen cabida, sin lugar a dudas, los MASC, y muy concretamente la mediación, con el propósito de coadyuvar como generador de propuestas a la solución de conflictos que permita no sólo asegurar y promover la participación de las persona que intervienen en él, que asegure la igualdad y la transversalidad cuando hablamos de la igualdad de género, en su procedimiento así como en su homologación, como elementos para el fortalecimiento democrático que contribuya al logro de una cultura igualitaria que elimine paradigmas discriminatorios y se adecue a la realidad social de México, en donde la impartición de justicia sea una realidad, a fin de lograr un estado de bienestar con una verdadera democracia, con una sociedad más justa y más solidaria que se refleje en la calidad de vida de las personas, sin distinción alguna.

Por último, la adopción de mecanismos para la materialización de derechos humanos supone el acompañamiento de acciones congruentes a los principios vertidos en ellos a fin de fortalecer y visualizar tales prerrogativas; en ese sentido es apremiante la armonización del acervo normativo nacional, adecuando sus preceptos con los valores protegidos en los instrumentos internacionales, ello significa que debe llevarse a cabo un análisis de la legislación mexicana a fin de alinear las disposiciones en materia de justicia, que establezca los derechos y obligaciones de los mediados y el deber de cumplir con las obligaciones establecidas en el convenio.

Como hemos pregonado, la utilización de los MASC no pretende sustituir a la actividad jurisdiccional, que es una actividad inherente al Estado, ni tampoco debe concebirse como la solución a los problemas de la

administración de justicia, ya que “los mecanismos de solución distintos al sistema judicial deben penetrar en nuestro quehacer jurídico porque representan una ampliación de las opciones para que la sociedad mexicana alcance la paz social. El objetivo central de su implementación y desarrollo debe ser el ofrecimiento de una gama mayor de alternativas a la sociedad para solucionar sus conflictos”.⁸⁴

Para hacer esto posible se deberá estimular la generación de los marcos normativos en materia de justicia alternativa de manera sustantiva, privilegiando el principio de igualdad, que se constituye como uno de los valores superiores del orden jurídico a fin de alcanzar la homologación jurídica, que se traduzca en la homologación de igualdad formal en la legislación, que necesariamente obligue a su implementación para completar la igualdad real en la administración de justicia, como deber del Estado y compromiso de la sociedad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, Antonio, *El divorcio sin pleito. El abogado y la mediación familiar*, Madrid, Tecnos.

ADONON VIVEROS, Akuavi, “Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México”, *Revista Nueva Antropología*, México, vol. XXII, núm. 71, julio-diciembre de 2009.

AZAR MANSSUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: vías alternativas de resolución de conflictos*, México, Porrúa, 2003.

BARATTA, Alessandro, “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, 2006.

——— y GHERARDI, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, colección Género, Derecho y Justicia, núm. 6.

BOQUÉ TORREMORELL, María Carme, *Cultura de mediación y cambio social*, España, Gedisa.

BOUEIRI B., Sonia, “Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia”, *Revista Cenipec*, Venezuela, núm. 22, enero-diciembre de 2003.

⁸⁴ Azar Manssur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: vías alternativas de resolución de conflictos*, México, Porrúa, 2003.

- CABALLERO, José Antonio *et al.*, “¿A dónde va la reforma judicial?”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993.
- , “Tercer Seminario”, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993.
- y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- (eds.), *Florence Access to Justice Project*, 6 ts., Milán, Giuffrè, 1978-1979.
- DESPOUY, Leandro, “Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2008.
- FIX-FIERRO, Héctor, *La eficacia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, País Vasco, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, 1994.
- , *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, México, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, UNAM, 1995.
- y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, *Anuario Jurídico*, México, 2-1975, 1977.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, “La derivación a mediación desde el juzgado de lo social: una nueva vía de acceso a la justicia”, *Diario La Ley*, Madrid, núm. 7413, año XXXI, Sección Tribuna, 31 de mayo de 2010, Ref. D-184, laleydigital.es
- GESSNER, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, México, UNAM, 1984.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

- y CHÁVEZ, Odalinda, *Dos temas torales sobre derechos humanos. Acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2a. reimp., México, CNDH, 2008.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (ed.), *Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del estado de Nuevo León*, México, Porrúa-TSJENL-UANL, Facultad de Derecho y Criminología.
- HUNTER, Rosemary, “Protección en las fronteras del imperio de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia”, en BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, colección Género, Derecho y Justicia, núm. 6.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y SCHULTZ, Thomas, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2004.
- KÖTZ, H. y OTTENHOF, R. (eds.), *Les conciliateurs –La conciliation. Une étude comparative*, París, Economica, 1983.
- LOVATÓN PALACIOS, David, “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”, *Revista IIDH*, Costa Rica, vol. 50.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 2005.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *Mediación. Cultura de la paz. Medio alternativo de administración de justicia*, México, Porrúa.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Instituto Talcahuano, 2005.
- REDORTA, Josep, “En torno a los métodos alternativos de solución de conflictos”, *Medios alternativos de resolución de conflictos*, México, PGR-Unión Europea-Proyecto de Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia, 2006.
- , “La justicia del futuro”, versión en español de “Courts and Mediation New Paths for Justice”, *European Press Academic Publishing*.
- SANDER, Frank, “ADR: Expansion, Perfection and Institutionalization”, *Dispute Resolution*, 1990.
- SOJO, Carlos, “Dinámica sociopolítica y cultural de la exclusión social”, en GARCÍA, Estanislao et al. (eds.), *Exclusión social y reducción de la pobreza en*

- América Latina y el Caribe*, San José, Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Banco Mundial, 2000.
- STELLA ÁLVAREZ, Gladys, *La mediación y el acceso a la justicia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- SUARES, Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 6a. reimp., Argentina, Paidós, 2008.
- THOMPSON, José (coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Costa Rica, BID-IIDH, 2000.
- y BARTELS, Sandra, “Acceso a la justicia y equidad en América Latina”, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- TULA, Antonio Ricardo, “Mediación y acceso a la justicia”, disponible en: <http://mediacioncrisis.blogspot.com/2009/04/mediación-y-acceso-la-justicia.html>.
- URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (coord.), *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2010.
- VAN ROOIJ, Benjamin, “Acercar la justicia a los pobres. Cooperación de abajo hacia arriba en las estrategias legales”, en BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (coord.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, colección Género, Derecho y Justicia, núm. 6.
- VOGEL-POLSKY, Eliane, “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 104, núm. 2, abril-junio de 1985.
- ZAPATA BELLO, “Acceso a la justicia”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I. ●

III. EXCLUSIÓN Y DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA PENAL Y EN LA SEGURIDAD PÚBLICA

EL SISTEMA PENAL COMO MECANISMO DE DISCRIMINACIÓN Y EXCLUSIÓN*

CATALINA PÉREZ CORREA**

Sumario

- I. ¿Qué se criminaliza? (¿a quién se criminaliza?)
- II. La decisión sobre qué delitos procesar (¿quién es procesado y sancionado en nuestro sistema y por qué?)
- III. ¿Cómo se castiga?
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía

Los mecanismos mediante los cuales los procesos legales contribuyen a las condiciones de exclusión han sido objeto de múltiples estudios. Estos mecanismos y sus efectos no pueden ser entendidos si se les piensa únicamente en abstracto. A través de los procesos legales una persona puede perder su casa, su trabajo, la custodia de sus hijos o, en el caso del derecho penal, su libertad. Precisamente por la gravedad de las consecuencias que tiene el derecho penal, resulta importante reflexionar acerca de los problemas de neutralidad y los resultados dispares que tiene en la realidad la aplicación del derecho penal.

En este texto se propone pensar en el proceso penal como una serie de subprocesos, que incluyen:

- 1) La decisión de qué conductas criminalizar.
- 2) La decisión sobre qué delitos perseguir, y
- 3) La decisión sobre qué castigo (y qué intensidad de castigo) imponer.

* Agradezco la valiosa ayuda de Karen Silva Mora.

** Profesora-investigadora en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

En este texto se efectúa un breve análisis de estos subprocesos haciendo explícita la forma en que dichos subprocesos producen tratos desiguales y generan disparidades en ciertos sectores de la sociedad. Aunque en la práctica estos mecanismos o subprocesos no se distinguen claramente, su análisis ayuda a entender cuáles son las formas en que el sistema discrimina, cuáles son los efectos que produce el actual funcionamiento del sistema de justicia penal y porqué el derecho penal tiene resultados excluyentes.

En la primera sección de este texto se presentan las formas en las que el derecho penal tiene resultados excluyentes a partir de su formulación. En esa sección se distinguen dos tipos de discriminación: la discriminación positiva y la discriminación en hechos. En la segunda sección se analiza la decisión sobre qué delitos perseguir como otro subproceso que tiene el efecto de generar un trato desigual entre la población. Allí se muestra cómo en la práctica, la decisión sobre qué delitos perseguir determina el perfil constante y homogéneo de las personas que son procesadas y sentenciadas por el sistema mexicano de justicia penal. En esta sección se incluye una parte sobre las víctimas de delitos y la forma en que la decisión sobre qué delitos perseguir tiene efectos excluyentes para ciertos grupos, como es el caso de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o intramarital.¹ En este apartado se usa el concepto de discriminación como discriminación en los hechos. Es decir, se muestra cómo aunque las normas penales parecen distinguir la gravedad de las ofensas al determinar la severidad de las penas, en la práctica los operadores del sistema penal otorgan este valor al decidir qué conductas criminalizar. En la tercera sección se muestra porqué la aplicación del derecho penal tiene, para ciertos grupos, un efecto excluyente y de marginación en la sociedad. Más que hablar de discriminación en esta última sección, llamo la atención al efecto de exclusión social que tiene el derecho penal.

I. ¿QUÉ SE CRIMINALIZA? (¿A QUIÉN SE CRIMINALIZA?)

Se ha mostrado que el derecho, desde su estructura y formulación, resulta imparcial y frecuentemente reproduce los intereses y discursos de los sec-

¹ Por intramarital me refiero a la violencia en pareja, estén o no las personas unidas por matrimonio.

tores pudientes de la sociedad.² Asimismo, se han evidenciado los problemas —en términos de igualdad, discriminación³ y exclusión— que surgen al aplicar las normas de derecho y los matices que se hacen necesarios para lograr una igualdad sustantiva y no meramente formal a través del derecho.⁴

Uno de los principios básicos del derecho es el de la igualdad ante la ley. Este principio establece que las normas de derecho aplican a toda persona (o grupo) independientemente de su sexo, edad, pertenencia a un grupo social, etcétera. Al respecto, Miguel Carbonell señala dos sub-conceptos del principio de igualdad: el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el principio de igualdad ante la ley.⁵

El primero consiste en el mandato de trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley, es decir, este mandato se dirige de manera fundamental a los poderes Ejecutivo y Judicial. Por su parte, el principio de igualdad ante la ley es un mandato dirigido al legislador para

² En Estados Unidos, por ejemplo, los realistas advertían, desde los años veinte, sobre las inconsistencias y falta de neutralidad del sistema jurídico. Los autores de este movimiento mostraban, entre otras cosas, que la historia familiar y personal de los jueces, sus creencias religiosas y sus prejuicios, determinaban en gran medida los resultados de un caso, incluso más que las normas jurídicas. Véase Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001. En años más recientes, los proponentes de los estudios críticos legales han argumentado que el derecho no es un sistema imparcial de impartición de justicia, sino uno que reproduce los intereses políticos, económicos, de género y de clase de quienes están en la posición de decidir. Más aún, para estos autores la pretensión de coherencia, neutralidad y racionalidad oculta esta situación, siendo parte de la estrategia de legitimación. Véase García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

³ Por discriminación se entiende “toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquiera otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones” (artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación). Es decir, se entiende como discriminación el trato desigual y perjudicial entre personas por las razones aquí mencionadas.

⁴ Véase Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Argentina, LexisNexis-ACIJ, 2007.

⁵ Humberto Nogueira hace esta misma distinción, refiriéndose al primero como principio de igualdad y al segundo como el derecho a la igualdad. Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp. 799-832.

que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.⁶

Es decir, el principio es un mandato a todos los poderes para resguardar y promover la igualdad en sentido amplio entre personas. El principio de igualdad contempla, por una parte, la prohibición de prácticas discriminatorias y, por la otra, la obligación del Estado de organizarse de tal forma que permita iguales posibilidades de acceso a las instituciones sociales. La igualdad obliga a tratar igual a quienes están en igualdad de circunstancias; pero también obliga a tratar en forma distinta a quienes se encuentran en situación desigual.⁷ No significa, por tanto, tratar a todos de forma idéntica, como si fueran los mismos, sino “tratar a las personas de modo diferente, siempre que ese trato diferente se funde en un criterio justificado”.⁸ Esto mismo lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En este tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar,

⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 179 y 180.

⁷ “Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha con base en el sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas, y otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario. Por tanto, toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual, en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso”. Nogueira Alcalá, H., *op. cit.*, nota 5, p. 804.

⁸ Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, M. y Gargarella, R., *op. cit.*, nota 4, p. 169.

en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva, constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas.⁹

Puede haber distinciones válidas establecidas en ley, pero para no ser consideradas discriminatorias —y, en consecuencia, inconstitucionales— deben estar basadas en criterios razonables, objetivos y proporcionales. Tal es el caso de las “acciones afirmativas”, también conocidas como discriminación positiva. Dichas medidas “corresponden a un ‘trato (estatal) diferente’ fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos”.¹⁰

Las acciones afirmativas consisten en dar prioridad, ingreso o acceso privilegiado a miembros de grupos considerados desaventajados —mujeres, indígenas, discapacitados, etcétera— en igualdad de circunstancias. Estas medidas, por tanto, establecen un trato discriminatorio, pero siempre con el propósito de incrementar la participación o representación de minorías en áreas estratégicas como la educación, puestos gubernamentales, etcétera. El objetivo fundamental, como sostiene Roberto Saba, es evitar la cristalización o perpetuación de la condición de un grupo excluido, sometido o sojuzgado.¹¹ Otras distinciones que realice el juez o el legisla-

⁹ Tesis aislada “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL” (tesis 1a./J.55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 2006, t. XXIV, p. 75), citada en Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Conapred-UNAM, 2011, p. 76. Sánchez Gil explica esto de la siguiente forma: “el principio de igualdad impone al legislador la obligación de tener y dar justificaciones suficientes para tratar desigualmente situaciones análogas; de modo que a él le corresponde —sobre todo procesalmente— la carga de argumentar para justificar ese tratamiento distinto, pues de lo contrario se *presumirá la inconstitucionalidad* de su actuación por contravenir a primera vista su deber originario de regular casos parecidos de igual manera”. Véase Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad”, en Carbonell, Miguel et al. (coords.), *Estado de derecho, función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

¹⁰ Saba, R., *op. cit.*, nota 8, p. 179.

¹¹ *Ibidem*, p. 187.

dor, no justificadas en objetivos constitucionalmente válidos, caprichosas o arbitrarias, se consideran categorías sospechosas.¹²

Es importante distinguir la *discriminación legal*, aquella planteada desde las normas, de la *discriminación en hechos*. Por esta segunda, me refiero a la que resulta de normas que *formalmente* parecen respetar el principio de igualdad ante la ley pero que, en la aplicación, resultan en la violación de dicho principio. Así, por ejemplo, las normas que hasta las reformas de 1991 penalizaban la malvivencia y la vagancia,¹³ ya que aun cuando se ostentaran como neutras, no estaban dirigidas (ni eran impuestas) a cualquier persona sino sólo a personas con escasos recursos económicos; personas que, de entrada, se encontraban en situación de desventaja social y propensas a estar en situación de calle. Violaban así el principio de igualdad ante la ley, pues no pretendían ser impuestas en contra de cualquier persona, sino de personas con cierto estatus económico y social.¹⁴

Otro ejemplo de normas penales de este tipo son las que penalizan el aborto. En este caso, las normas no se aplican a cualquier persona sino que afectan principalmente a las mujeres, que son quienes se embarazan,

¹² Sobre las categorías sospechosas véase *ibidem*, pp. 193-195. Desde la perspectiva de la igualdad como no-sometimiento, las categorías sospechosas sólo serían aquellas que se refieran a una condición (“ser mujer”, por ejemplo) que se asocie con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido, sometido o sojuzgado por otro u otros grupos dentro de una estructura social medianamente cristalizada. Las categorías sospechosas son aquellas que históricamente se utilizan para discriminar (por ejemplo, el color de piel, sexo, etcétera) y que, por tanto, cuando son utilizadas para establecer un trato diferenciado, requieren satisfacer un umbral superior de razonabilidad y objetividad.

¹³ Islas de González Mariscal, Olga, “El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 800, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/114/20.pdf>.

En su texto “Vagos y mendigos en la legislación mexicana 1745-1845”, Silvia Arrom describe la campaña contra los vagos y mendigos que inició en la Nueva España con la orden real del 30 de abril. Desde ese momento, los códigos penales han contemplado diferentes referencias a quienes realizan la conducta de vagancia como: ociosos, malentendidos, holgazanes, etcétera. Véase Arrom, Silvia, “Vagos y mendigos en la legislación mexicana 1745-1845”, en Bernal, Beatriz (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/721/10.pdf>.

¹⁴ De acuerdo con Silvia Arrom, la justificación normativa de estas conductas era “evitar latrocinios y otros delitos que comúnmente se asocian a la ociosidad”. Arrom, S., *op. cit.* Estas normas, por cierto, fueron derogadas hasta 1991, no por los efectos dispares que resultaban de su aplicación, sino para evitar la sobrepoblación carcelaria (Islas de González Mariscal, O., *op. cit.*, nota 13).

teniendo como consecuencia no sólo un uso dispar del poder coercitivo del Estado, sino, además, una perpetuación de la condición de desventaja en que se encuentran ellas.

Un ejemplo más sería el delito conocido como “robo hormiga”, que establece agravantes de la pena para obreros que son sancionados por el robo de material en construcciones. Varios códigos en el país establecen esta clase de agravantes que afecta principalmente a cierto sector social.¹⁵

En estos ejemplos, las normas discriminan porque regulan conductas específicas que sólo realizan ciertos grupos de personas. La discriminación aquí es producto de desatender las diferencias de hecho que existen entre hombres y mujeres o entre pobres y ricos. Las normas que penalizan la violencia intramarital, por ejemplo, penalizan fundamentalmente a hombres, que son quienes cometen este delito. En este caso, la disparidad se justifica: no penalizar la violencia entre cónyuges contribuye a perpetuar la condición de desigualdad de hecho en que viven muchas mujeres.¹⁶

Lo relevante, en todo caso, es tener en cuenta cómo y por qué un proceso puede producir un trato desigual en el derecho desde la formulación de sus normas, desde la decisión sobre qué conductas criminalizar. A través de esta decisión se determinará no sólo qué conducta será castigada penalmente, sino quiénes serán criminalizados por el sistema de justicia penal.

II. LA DECISIÓN SOBRE QUÉ DELITOS PROCESAR (¿QUIÉN ES PROCESADO Y SANCIONADO EN NUESTRO SISTEMA Y POR QUÉ?)

Para julio de 2011, los reclusorios de nuestro país albergaban un total de 219,027 presos en el sistema penitenciario nacional.¹⁷ De éstos, 46,432

¹⁵ El Código Penal del Estado de México, por ejemplo, establece en su artículo 290 que “son circunstancias que agravan la penalidad en el delito de robo y se sancionarán además de las penas señaladas... XI. Cuando se cometa por obreros, artesanos o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajan, estudien o en casa habitación, oficina, bodega u otros sitios a los que tengan libre entrada por el carácter indicado, se impondrá de seis meses a tres años de prisión”.

¹⁶ Siegel, Reva B., “Regulando la violencia marital”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

¹⁷ Existen en el país 431 centros de reclusión, de los cuales 11 son centros federales de readaptación social (Ceferesos), administrados por el OAPRS, y 420 centros de readap-

eran del fuero federal y 181,239 del fuero común. El 4.6% (10,447) eran mujeres y el 95.4% (217,224) hombres.¹⁸ Además, 43.6% de la población se encontraba sujeta a proceso (es decir, se encontraban presos sin tener una sentencia condenatoria), mientras que el 56.4% había sido sentenciada. A nivel federal, 52.8% de los presos se encuentran sujetos a proceso, sin haber recibido una sentencia.¹⁹

Los datos existentes sobre población carcelaria sugieren que las cárceles de nuestro país alojan una población sospechosamente homogénea: se trata de hombres jóvenes provenientes de sectores económica y socialmente desaventajados.²⁰ Las características, sospechosamente homogéneas, de quienes son procesados, sentenciados y castigados por nuestro sistema de justicia penal apuntan a una posible *discriminación en hechos* de nuestro sistema penal. Es decir, una discriminación producto de normas de derecho penal que no presentan sesgos (aparentes) en su formulación, pero sí en su aplicación. Las normas penales, en sentido abstracto, parecen distinguir, desde su creación, la gravedad de las ofensas imponiendo penas con determinada severidad (medible en años de

tación social (Ceresos). De estos últimos, 10 se encuentran en el Distrito Federal, 319 son estatales y 91 son municipales. Secretaría de Seguridad Pública, *Estadística del sistema penitenciario*, México, SSP-OADPRS, julio de 2011.

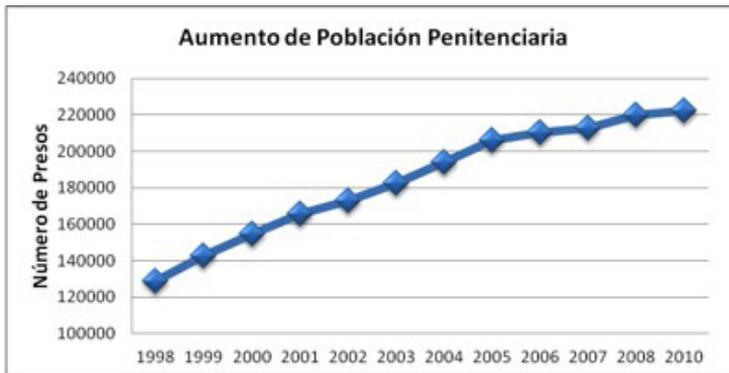
¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Es relevante señalar que existen diferencias importantes en las características sociodemográficas de los procesados por tipo de delito, que aquí no se toman en cuenta. Asimismo, existen diferencias importantes por entidad federativa.

Una parte importante de la información incluida en este texto proviene de la Tercera Encuesta a Población en Reclusión efectuada por el CIDE, que se realiza en el Distrito Federal y el Estado de México. Dichos estados tienen población en reclusión con características sociodemográficas distintas al resto del país. Por ejemplo, los estados encuestados muestran niveles de escolaridad superior a la media nacional. De acuerdo con el INEGI, el promedio nacional para 2009 fue de 8.6 grados de escolaridad, lo que significa segundo de secundaria. El Distrito Federal ocupaba, ese año, el primer lugar en escolaridad con un promedio de 10.5 grados escolares cursados, y el Estado de México ocupaba el décimo con 9.1 grados de escolaridad en promedio. La encuesta del CIDE señala que “84% de los internos presos en el Distrito Federal vivían en dicha entidad, mientras que 12% residía en el Estado de México. A la inversa, 88% de los detenidos en el Estado de México vivían allí, en tanto el 10% tenía residencia en el Distrito Federal”. Azaola, Elena y Bergman, Marcelo, *Delincuencia, marginalidad, y desempeño institucional. Tercera encuesta a población en reclusión*, México, CIDE, 2009, p. 10. Ello nos lleva a pensar que la población de reclusorios también tendrá niveles de escolaridad superiores a los de la población de otras entidades. Sin embargo, a falta de otros datos, la pregunta queda parcialmente pendiente (véase www.inegi.org.mx).

prisión por la realización de cierta conducta). Así, por ejemplo, se establece que un homicidio doloso es una conducta más reprobable que un homicidio culposo, por lo que se establece una sanción superior para el primero. Sin embargo, en la práctica, los operadores del sistema penal también otorgan un valor a cada ofensa al decidir qué conductas sistemáticamente perseguir y cuáles dejar impunes. En este sentido, en esta sección se muestra que el perfil de los delitos que se deciden perseguir afecta desproporcionalmente a personas que comparten ciertos rasgos sociales o de género.



Fuente: Gráfica elaborada con datos obtenidos de 1998-2008, *Estadísticas históricas de México 2009*, INEGI, y 2010, en *Estadísticas del sistema penitenciario federal 2010*.

1. CARACTERÍSTICAS DE LOS Y LAS PROCESADOS Y SENTENCIADOS

Como se mencionó anteriormente, los datos existentes sobre población carcelaria sugieren que las cárceles de nuestro país alojan una población homogénea: se trata de hombres jóvenes provenientes de sectores económica y socialmente desaventajados.

Sobre la edad de los procesados y sentenciados, de acuerdo con la Tercera Encuesta a Población en Reclusión del Distrito Federal y el Estado de México (CIDE):²¹ 40% de los encuestados tenía entre 18 y 30 años y 36.7% tenía entre 31 y 40 años.

De acuerdo con las *Estadísticas judiciales en materia penal* del INEGI:²²

²¹ Azaola, E. y Bergman, M., *op. cit.*, nota 20.

²² INEGI, *Estadísticas judiciales en materia penal*, México, INEGI, 2010, disponible en: <http://www.inegi.org.mx>.

- 65% (78,469) de las personas sentenciadas en 2010 en el fuero común (120,177) tenía entre 18 y 34 años; 41% (49,245) tenía entre 20 y 29 años. A nivel del fuero federal, 62.2% tenía entre 18 y 34 años.
- 62.1% de los procesados ese año (157,836) tenía entre 18 y 34 años. Nuevamente en este grupo la mayoría, 38.5%, tenía entre 20 y 29 años. En el fuero federal, 62.2% tenía entre 18 y 34 años.

Es decir, se trata principalmente de personas jóvenes. Sobre el nivel educativo de los presos, la Encuesta a Población en Reclusión del CIDE muestra que además se trata de personas con poca educación:

- 21% de los internos(as) entrevistados nunca fue a la escuela o no terminó la escuela primaria.
- 21.9% no concluyó la secundaria.
- 57% de los encuestados señaló que no continuó estudiando por necesidad de trabajar.

Las *Estadísticas judiciales en materia penal* del INEGI²³ muestran que la escolaridad de los procesados y sentenciados para el resto del país es aún más baja que la reportada por la encuesta del CIDE:

- Del total de procesados en el fuero común en 2010 (157,836), 35.9% estudió primaria o menos. En el fuero federal, 37.3% de los presos estudió primaria o menos.
- Del total de sentenciados ese año (120,177); 38% estudió primaria o menos. En el fuero federal, 39.4% obtuvo ese mismo nivel de escolaridad.

En otras palabras, se trata de personas que, en su mayoría, tuvieron escasa instrucción. Sobre la edad del primer empleo, la Tercera Encuesta a Población en Reclusión del CIDE muestra que:

- 61% de los encuestados comenzó a trabajar antes de cumplir los 15 años y 32% a los 12 años o antes.

²³ *Idem.*

- 92.3% dijo haber comenzado a trabajar a los 18 años o antes.
- 27.8% de los internos encuestados respondió que alguna vez se fue de su casa antes de cumplir 15 años; de éstos, el 28.2% dijo haberse ido por problemas de violencia familiar, y 12.6% mencionó como motivo la necesidad de buscar trabajo.
- 41% de los internos dijo que sus padres consumían alcohol frecuentemente durante su infancia.
- 71% de los internos varones y 86% de las mujeres internas tienen hijos.

La ocupación de los presos, antes de ser detenidos, también nos indica algo acerca del contexto social del cual provienen quienes están en prisión. Como muestra la tabla 1, la mayoría de los sentenciados y procesados eran económicamente activos al momento de ser arrestados. De éstos, el 38.7% eran trabajadores agropecuarios (es decir, en el campo), artesanos u obreros. Adicionalmente, 12.8% de ellos eran comerciantes y/o dependientes al momento de ser arrestados.

TABLA 1. OCUPACIÓN DE LOS SENTENCIADOS Y PROCESADOS EN 2010

	<i>Fuero federal</i>				<i>Fuero común</i>			
	<i>Procesados</i>		<i>Sentenciados</i>		<i>Procesados</i>		<i>Sentenciados</i>	
Total	41,976		36,224		157,836		120,177	
Activos	37,179	88.5%	32,389	89%	131,082	83%	102,071	84.9%
Profesionistas	401	0.9%	293	0.8%	2,424	1.5%	1,381	1.1%
Técnicos	467	1.1%	431	1.1%	2,057	1.3%	1,457	1.2%
En la educación	201	0.4%	160	0.4%	1,334	0.8%	914	0.7%
Del arte	342	0.8%	250	0.6%	1,056	0.6%	742	0.6%
Funcionarios y directivos	208	0.4%	151	0.4%	637	0.4%	330	0.27%
<i>Trabajadores agropecuarios</i>	5,743	13.6%	5,149	14%	17,684	11.2%	13,196	10.9%
<i>Artesanos y obreros</i>	10,558	25%	9,846	27%	33,705	21.3%	27,950	23.2%
Operadores de máquina fija	311	0.7%	210	0.5%	1,072	0.6%	815	0.6%

	<i>Fuero federal</i>				<i>Fuero común</i>			
	<i>Procesados</i>		<i>Sentenciados</i>		<i>Procesados</i>		<i>Sentenciados</i>	
Ayudantes y similares	2,764	6.5%	2,359	6.5%	8,819	5.5%	7,122	5.9%
Operadores de transporte	2,451	5.8%	2,065	5.7%	11,344	7%	8,785	7.3%
Oficinistas	3,549	8.4%	3,139	8.6%	17,879	11.3%	13,881	11.5%
Comerciantes y dependientes	5,405	12.8%	4,691	12.9%	18,144	11.5%	13,604	11.3%
Trabajadores ambulantes	1,181	2.8%	992	2.7%	3,749	2.3%	3,128	2.6%
Trabajadores en servicios públicos	1,110	2.6%	1,896	5.2%	6,850	4.3%	5,583	4.6%
Trabajadores domésticos	238	0.5%	240	0.6%	664	0.4%	554	0.4%
Protección y vigilancia	1,077	2.5%	739	2%	3,121	1.9%	2,246	1.8%
No activa	4,442	10.5%	3,592	9.9%	21,358	13.5%	15,465	12.8%
No específica	355	0.8%	243	0.6%	5,396	3.4%	2,641	2.1%

FUENTE: tabla elaborada con datos obtenidos del INEGI, *Estadísticas judiciales en materia penal*, México. Nota: todos los porcentajes son en relación con el total de sentenciados o procesados, por fuero.

Una pregunta relevante, para entender si hay algún sesgo en el sistema penal es *cómo se distingue* la población nacional de la población carcelaria. Si la población en reclusión presenta rasgos distintivos y difiere de manera importante de la población en general, podemos pensar que hay algún tipo de disparidad entre ambos grupos.

- En términos del *género*, el INEGI señala que el 48% de la población mexicana son varones, comparado con 95% de la población carcelaria.
- En términos de *edad*, el INEGI señala que en 2009, 26.2% de la población tenía entre 15 y 29 años; esto difiere de la población en reclusorios, en donde 39.7% de la población encuestada ese año tenía entre 18 y 30 años (como se mencionó, según estadísticas

judiciales del INEGI, 41% de los sentenciados en 2010 tenía entre 20 y 29 años).²⁴ En otras palabras, la población en reclusión es notoriamente menor en edad que la población general. Esto muestra que se trata principalmente de jóvenes.

- En cuanto a la *edad del primer empleo*, de acuerdo con el Instituto Mexicano de la Juventud, en el 2005, 36% de los jóvenes entrevistados en la Encuesta Nacional de Juventud (2005) reportó haber conseguido su primer empleo antes de los 16 años. En los datos de la Encuesta de Población en Reclusión del CIDE, 92.3% comenzó a trabajar a los 18 años o antes y el 60.7% a los 15 años o antes. Es decir, una diferencia casi del doble entre la población en reclusión y la población en general.

Aunque es necesaria más información que ayude a entender mejor el perfil sociodemográfico de las personas en prisión, distintos estudios realizados en población carcelaria, en especial de tipo cualitativo,²⁵ confirman lo que la información cuantitativa aquí mostrada señala: “que en las cárceles mexicanas abundan individuos de frágiles condiciones socioeconómicas y familiares, que crecieron en contextos de marginalidad, informalidad y violencia, que no han sido incluidos ni contenidos por el sistema social antes de llegar a esta instancia”.²⁶

2. ¿POR QUÉ SIEMPRE LOS MISMOS?

Las causas del constante perfil homogéneo en la población carcelaria pueden ser diversas. Una posible explicación es que sean los jóvenes los que más cometen delitos, y por ello son quienes son sancionados. De hecho, al

²⁴ Véase INEGI, *op. cit.* Los menores de 18 años no son contabilizados ni por la Encuesta del CIDE ni por las estadísticas judiciales del INEGI por corresponder al sistema penal para menores infractores.

²⁵ Véase, por ejemplo, Observatorio Latinoamericano de Prisiones, *A la sombra de la sociedad, situación penitenciaria en América Latina*, Venezuela, 2007; Briseño, Marcela, *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*, México, Inmujeres, 2006; Azaola, Elena y Yacamán, Cristina, *Las mujeres olvidadas*, México, El Colegio de México, 1996; Azaola, Elena y Bergman, Marcelo, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 2007; Librardo, José e Iturralde, Manuel, *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*, Colombia, Universidad de los Andes-CIJUS, 2011.

²⁶ Azaola, E. y Bergman, M., *op. cit.*, nota 20, p. 8.

ser preguntados por las características de sus victimarios, los encuestados por la Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI, 2010) respondieron en el 93% de los casos que el(los) delincuente(s) era(n) hombre(s), 1% dijo que era mujer y el 3% sostuvo que se trataba de hombre y mujer.²⁷ Se trata, entonces, según las víctimas, en 69% de las veces, de hombres jóvenes de entre 18 y 35 años.²⁸

A partir de esta información podría decirse que si estas personas están en la cárcel es porque efectivamente ellas son quienes cometen los delitos. Sin embargo, las estimaciones que se han realizado sobre la efectividad del sistema de justicia penal calculan que sólo el 1.7 de los delitos que se cometen son sancionados.²⁹ Es decir, existe en el país una impunidad estimada de 98.3%. Resulta, por tanto, difícil sostener que quienes cometen delitos están en la cárcel.

Otra explicación, y la que en este texto se asume como más plausible, es que existe una decisión por parte de los operadores del sistema penal de perseguir los delitos que este grupo de personas comete. Esta decisión está, en parte, determinada por la baja eficacia de las policías y los ministerios públicos, la falta de entrenamiento para realizar investigaciones reales, la escasez de recursos y la corrupción existente dentro de las instituciones. Debido a la existencia de estas condiciones, el sistema está volcado a lograr “casos fáciles”; es decir, casos menores o en flagrancia, delitos que cometen principalmente los jóvenes que son capturados por el sistema.³⁰ La corrupción, además, contribuye a que los que tienen recursos queden impunes, mientras quienes menos tienen son sancionados por el sistema. Esto se puede ver al analizar las razones por las que están en prisión quienes ahí se encuentran: se trata principalmente de acusados por delitos sin violencia o por delitos sin concurrencia (es decir, no se cometieron otros delitos adicionales). La tabla 2 muestra los principales

²⁷ ICESI, *Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI)*, México, ICESI, 2010, disponible en http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI-7_resultados_nacional_y_por_entidades_federativas.pdf.

²⁸ Además, según la ENSI, en el 29% de los casos se trató de una sola persona, en 33% fueron dos y 18% de las veces hubo tres personas involucradas. *Idem*.

²⁹ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Índice de incidencia delictiva y violencia*, México, CIDAC, 2008.

³⁰ Pérez Correa, Catalina, “Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico City”, *Mexican Law Review*, México, vol. I, núm. 1, 2008.

delitos sentenciados en los fueros común y federal durante 2010.³¹ Como se ve ahí, el robo constituye el principal delito del fuero común, representando casi el 50% de los delitos sentenciados en el caso de los hombres y el 36.7% de los delitos sentenciados para mujeres. Este delito es seguido por el de lesiones, que constituyó en 2010 casi el 30% de las sentencias dictadas contra mujeres en el fuero común y 14.5% de las dictadas en contra de hombres.

TABLA 2. SENTENCIAS CONDENATORIAS EN LOS PRINCIPALES DELITOS DE 2010, DIVIDIDOS POR SEXO

	<i>Hombres</i>		<i>Mujeres</i>	
<i>Fuero común</i>				
Todos los delitos	95,969		9,225	
Robo	47,422	49.4%	3,389	36.7%
Golpes y lesiones	13,980	14.5%	2,689	29.1%
Daño a los bienes ajenos	5,121	5.3%	535	5.7%
<i>Fuero federal</i>				
Todos los delitos	31,044		2,408	
Narcóticos	18,493	59%	1687	70%
Actos ilícitos con armas de fuego	9,078	29%	236	9.8%
Tráfico de indocumentados	532	1.7%	12	0.5%

FUENTE: INEGI, *Estadísticas judiciales en materia penal*, México, INEGI, 2010.

El bajo perfil de los delincuentes procesados y sentenciados por el sistema, se refleja también en el número de años de prisión que reciben en las sentencias. Dado que los delitos más graves son castigados con más años de prisión, una sentencia de menos de cinco años indica que se trata de delitos simples (cometidos sin agravantes como con uso de violencia) y sin concurrencia (es decir, no se cometieron otros delitos además del delito sancionado). De acuerdo con la organización México Evalúa, “en México, 68% de las sanciones impuestas por sentencia en el ámbito de correspon-

³¹ Los datos para procesados varían muy poco con respecto de los sentenciados.

dencia local son de menos de tres años de prisión”.³² El INEGI reporta que en 2008, 93,720 de las sentencias dictadas fueron por pena de prisión menor a cinco años (el mayor porcentaje de delincuentes con estas sentencias se da en el Distrito Federal y Baja California, donde es de 12.9% respecto de los 93,720 sentenciados que constituye el 100%).³³ La encuesta del CIDE (2009), asimismo, muestra la gran cantidad de personas que son detenidas por delitos de montos menores.³⁴

Estos datos sugieren que el sistema captura a quienes son más fáciles de capturar, sin importar el daño que pudieron haber ocasionado, la gravedad del delito que cometieron o los recursos que implique perseguirlos, procesarlos, sentenciarlos y castigarlos. El arresto y posterior encarcelamiento de estas personas no es el producto de investigaciones policiales exhaustivas sino de actos casi fortuitos de aplicación de la ley. Normalmente son los jóvenes quienes están en la calle y resultan más accesibles para los operadores del sistema de justicia penal. Es por esto que ellos componen la población carcelaria de nuestro país.

Si bien los rasgos constantes de la población procesada y sancionada no es prueba de una intención de afectar desproporcionalmente a cierta población, sí muestra el efecto dispar que tienen las deficiencias del sistema penal. Asimismo, la constante persecución y procesamiento de estas personas puede estar apuntando a la existencia de una valoración diferenciada del merecimiento en nuestra sociedad. En la forma en que se castiga a los jóvenes provenientes de sectores vulnerables se percibe que los delitos de algunas personas, provenientes de ciertos sectores, son más graves que aquellos cometidos por personas que provienen de sectores más acomodados. En esta dimensión del proceso penal se muestra el control que establece el proceso penal de unos sectores sociales frente a otros.

Los datos aquí mostrados apuntan a que el sistema se encuentra encaminado a criminalizar a personas poco peligrosas que cometieron delitos de baja relevancia social. Además muestran que el sistema castiga

³² México Evalúa, *Índice de desempeño del sistema penal*, México, Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2010.

³³ INEGI, *Estadísticas judiciales en materia penal de los Estados Unidos Mexicanos*, México, INEGI, 2008, disponible en: www.inegi.org.mx (consulta: junio de 2010); Cámara de Diputados, *Indicadores sociales y de opinión pública 2010*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2010.

³⁴ Azaola, E. y Bergman, M., *op. cit.*, nota 20, pp. 29 y 30.

a personas que se hallan, de inicio, en condiciones de desventaja. Como señala Roberto Gargarella:

De hecho, la deplorable situación que caracteriza las prisiones en la mayoría de nuestros países parece sugerir que efectivamente estamos usando esos medios coercitivos (difícilmente justificables) de formas severamente discriminatorias. Parece que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son ante todo cometidos por personas desfavorecidas, o que, dentro de esos crímenes señalados, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los más directamente afectados por el aparato represivo del Estado.³⁵

La razón por la que los jóvenes provenientes de los sectores más desaventajados terminan en reclusión parece tener más que ver con las deficiencias del sistema y sus sesgos, y menos con sus aciertos. En cualquier caso, el hecho de que el sistema presente este tipo de sesgo nos obliga a preguntarnos sobre la justicia del mismo, así como las implicaciones que esto tiene tanto para los individuos criminalizados como para la sociedad en general.

3. VÍCTIMAS Y ACCESO A LA JUSTICIA: LA OTRA CARA DE LA DISCRIMINACIÓN EN LOS HECHOS

En la decisión sobre qué delitos perseguir, el sistema decide qué víctimas proteger. Al dejar fuera los intereses de ciertas víctimas, el proceso penal puede tener resultados discriminatorios. Específicamente, esto lo podemos ver cuando a un grupo determinado de personas les es sistemáticamente negado acceso al sistema. Encontramos por lo menos tres supuestos en que esto sucede:

Primero, a algunas víctimas se les niega el acceso por encontrarse en los supuestos de criminalización. Es decir, la ley penal no las protege por haber cometido una conducta considerada ilícita. Tal es el caso de los migrantes, las/los sexoservidoras, los usuarios de drogas y los presos. En el caso de los migrantes, por ejemplo, es difícil pensar que un migrante acuda a la policía en caso de que se cometa un delito en su contra, pues

³⁵ Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia penal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 78.

hacerlo implicaría ponerse en riesgo de ser deportado. Lo mismo sucede con una sexoservidora que es abusada sexualmente o un usuario de narcóticos a quien se le vende un producto adulterado o de mala calidad. En estos tres casos la ley penal los excluye de tener acceso al sistema de protección legal. En el caso de los presos, también es común que éstos no puedan acceder a mecanismos de protección en caso de abusos por parte de las autoridades penitenciarias (o incluso de otros presos) por encontrarse en una situación de disparidad extrema frente a la autoridad.

Segundo, algunas víctimas son excluidas del acceso al sistema por su condición social, por los rasgos o características que les son propias. En estos casos es común que el sistema sea insensible a los reclamos que las víctimas hacen, por considerarlos menos importantes. Tal es el caso de los indígenas y de las mujeres.

En el caso de las mujeres, de acuerdo con el INEGI³⁶ el 40% de las mujeres encuestadas en 2006, con 15 años o más y casadas o unidas, afirmó tener por lo menos un incidente de violencia por parte de su pareja durante los 12 meses anteriores a la encuesta.³⁷ Sobre el tipo de violencia, 84% afirmó ser víctima de violencia emocional, 60.7% dijo ser víctima de violencia económica, 44.6% dijo ser víctima de violencia física y 18.1% de violencia sexual.³⁸ Al ser preguntadas sobre si recurrieron a alguna autoridad, la mayoría de quienes fueron víctimas de una agresión que constituía un hecho delictivo (74.3% de las mujeres que sufrieron una agresión física y 67.1% de quienes reportaron ser víctimas de violencia sexual) contestó *no* haber acudido a ninguna autoridad.³⁹ Sobre las razones para no presentar denuncia, el 38.5% respondió que se trataban de hechos que no eran importantes, 23.3% contestó que no denunció por sus

³⁶ INEGI, *Las mujeres en el Distrito Federal. Estadísticas sobre desigualdad de género y violencia contra las mujeres*, México, INEGI, 2008. Con datos de INEGI, *Encuesta nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares (ENDIREH) 2006*, México, INEGI, 2006.

³⁷ 47.6% reporta haber tenido algún incidente de violencia a lo largo de su relación. Véase INEGI, *Panorama de violencia contra las mujeres, ENDIREH 2006*, México, INEGI, 2007.

³⁸ *Idem*. La suma de los tipos de violencia no coincide con el total de las mujeres violentadas, pues cada mujer puede padecer uno o más tipos de violencia.

³⁹ Del total que dijo haber reportado el hecho, 15% de las víctimas de agresión física y 17.9% de las víctimas de violencia sexual denunciaron el delito ante el Ministerio Público. Otro pequeño porcentaje (5% y 6.2%, respectivamente) reportó haber acudido a la policía preventiva. INEGI, *Estadísticas a propósito del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer. Datos nacionales*, México, INEGI, noviembre de 2010.

hijos, 18.6% no denunció por vergüenza y 17.3% no denunció por miedo. Es decir, 59.2% de las mujeres no denunció la violencia física o sexual ejercida en su contra por temor a las represalias, ya fuera perjudicar a sus hijos o a ellas mismas.

Lo poco frecuente que es el uso del derecho penal por parte de víctimas de este tipo de violencia habla de lo inapropiado que es nuestro sistema de justicia penal para resolver el problema de la violencia familiar. El panorama se agrava cuando vemos que sólo un mínimo porcentaje de los casos que sí se denuncian resulta en una sentencia. En el Distrito Federal, por ejemplo, de las averiguaciones previas iniciadas sólo una mínima proporción (0.9%) resultó en una sentencia condenatoria (véase tabla 3).

TABLA 3. SENTENCIAS CONDENATORIAS EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL FUERO COMÚN, CON LUGAR DE OCURRENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL, EN RELACIÓN CON LAS AVERIGUACIONES PREVIAS INICIADAS

	<i>Averiguaciones previas iniciadas</i>	<i>Sentencias condenatorias</i>	<i>Porcentaje de condenas</i>
2006	5,193	114	2.1%
2007	6,934	110	1.5%
2008	7,671	117	1.5%
2009	9,289	102	1.1%
2010	10,370	101	0.9%

FUENTE SENTENCIAS CONDENATORIAS: INEGI, *Estadísticas judiciales en materia penal*, México, INEGI, 2010.

FUENTE AVERIGUACIONES PREVIAS INICIADAS: información proporcionada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, mediante el oficio DGPEC/OIP/3993/11-11, en respuesta al requerimiento de información con número de folio 0113000174311.

En parte, la poca eficacia en la resolución de estos casos tiene que ver con la forma en que los agentes perciben a las mujeres y al problema de la violencia familiar. También se explica por las exigencias probatorias que el sistema impone a las víctimas para acreditar los delitos. Como mencionan Irma Saucedo y Guadalupe Huacruz, para los funcionarios públicos:

...las narraciones de las víctimas que mostraban vacíos de información de facto se interpretaban como falsa declaración de hechos debido a su desconocimiento sobre el impacto de los hechos traumáticos en la memoria de las personas... Las investigaciones críticas del sistema penal han denunciado de manera reiterada la inconveniente actitud de los servidores públicos que representan al Estado en el ámbito de procuración de justicia y son cada día más enfáticas al asegurar que estas instituciones examinan la moralidad de cada mujer para saber si se trata o no de una víctima *apropiada* y valoran en la investigación de lo ocurrido la resistencia de la víctima a un hecho violento como elemento para verificar su confiabilidad: por esa razón suelen mostrarse reticentes a continuar con un caso o a condenar a un perpetrador basándose en el testimonio de las mujeres, lo que implica que dudan de la credibilidad de las víctimas.⁴⁰

Desde la óptica formal, la intervención del derecho penal implica el arresto y encarcelamiento de la persona ofensora. En la práctica, sin embargo, el derecho penal implica además la pérdida, para el núcleo familiar, del apoyo de esta persona en el cuidado de los hijos y de su ingreso económico. Como muestra la encuesta del INEGI, muchas mujeres prefieren no encarcelar a sus parejas ni hacer pública una situación vergonzante. Lo que quieren es detener los golpes y vejaciones en su contra y temen, quizá correctamente, que el sistema penal actual no logrará esto y sí, por el contrario, generará otros problemas. En este caso, el costo personal que las mujeres deben asumir para hacer funcionar al sistema las deja sin una opción real para solucionar el problema de violencia que viven.

El ejemplo de la violencia intramarital muestra cómo a algunas víctimas se les niega el acceso al sistema, ya sea por las exigencias que el sistema les impone o porque los operadores son poco empáticos con sus reclamos. Los rasgos de las víctimas, tales como el sexo, la preferencia sexual, la pertenencia a una etnia o grupo religioso, las puede poner en este supuesto de discriminación a través del proceso penal.

Tercero, algunas víctimas de delitos son discriminadas por las deficiencias del sistema. En la práctica podemos ver que el sistema es menos efectivo cuando se trata de víctimas que pueden “presionar” menos.

⁴⁰ Saucedo González, Irma y Huacruz Elías, Guadalupe, “Guardianes de la justicia”, en Saucedo Irma y Melgar, Lucía (coords.), *¿Y usted cree tener derechos? Acceso de las mujeres mexicanas a la justicia*, México, PUEG-UNAM, 2011, pp. 183-186.

Pocos estudios se han realizado para analizar si el sistema se comporta diferente dependiendo del delito del que se trate o de la víctima de que se trate. Sin embargo, en unos casos, las prioridades del sistema son evidentes. En el caso de la violencia familiar, por ejemplo, y tal como se mencionó, los operadores del sistema (agentes del Ministerio Público o policías) suelen considerar que se trata de delitos de poca gravedad que no son prioritarios y que no merecen atención inmediata. Esto implica que un sector de la población, las mujeres, es desatendido por el sistema. Nuevamente, este trato diferenciado de víctimas muestra un sesgo social que valora a algunos sectores como más importantes o prioritarios que otros.

Aunque la justicia parece ser deficiente para la mayoría de los casos, los usuarios del sistema parecen creer que éste se comporta de forma diferente para unos y para otros. La “Encuesta sobre la satisfacción de usuarios ofrecido por los órganos de impartición de justicia en México”, de 2010, realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM⁴¹ (en adelante encuesta IJ-UNAM), señala que la mayoría de los usuarios del sistema de impartición de justicia considera que la justicia no es igual para todos. Por la estructura del sistema, su inequidad no sólo es un problema de percepción sino también uno sobre las posibilidades reales que tienen las personas tanto para iniciar un juicio como para permanecer en él.

Para iniciar un proceso se requiere primero de información sobre los derechos y posibilidades jurídicas. Quienes no tienen acceso a la información sobre cómo accionar el sistema de justicia no tienen acceso al mismo. La encuesta del IJ-UNAM señala que la mayoría (90%) de los usuarios del sistema de justicia acude a los tribunales para enterarse de los requisitos y posibilidades del trámite.⁴² Es decir, las personas se trasladan a los juzgados para conocer los requisitos necesarios para iniciar un proceso legal. En el caso del sistema de justicia penal, las barandillas de las agencias del Ministerio Público suelen ser no sólo el lugar al que

⁴¹ *Encuesta de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de justicia ofrecido por los órganos de impartición de justicia en México. Encuesta de satisfacción a los usuarios de servicios de justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

⁴² *Ibidem*, p. 48. “El 90% de los encuestados acude al tribunal para enterarse de los trámites o actuaciones legales de su asunto, mientras que sólo un 35% consulta el internet. La parte de los usuarios que más utiliza internet para enterarse son los abogados/pasantes/gestores (45%), los jóvenes entre 18 y 24 años (49.3%), los universitarios (44%) y los usuarios con ingresos mayores a 16,000 pesos (49%)”.

acuden las víctimas para informarse sobre como presentar una denuncia, sino frecuentemente también para informarse sobre cómo acceder a otros procedimientos legales.⁴³ Esto significa que quienes viven lejos de una agencia difícilmente tienen acceso al sistema.⁴⁴

Además, debemos tomar en cuenta que todo proceso legal implica un gasto tanto para las víctimas como para los imputados. En el caso del derecho penal, las víctimas tienen que no sólo conocer sus derechos como imputados o víctimas, sino también tener los medios para ir a las agencias a presentar las denuncias, ratificarlas, trasladarse a tribunales, etcétera. Todo ello implica importantes costos que las víctimas no siempre están en posibilidades de asumir.

III. ¿CÓMO SE CASTIGA?

La forma en que el derecho penal castiga suele constituirse en un mecanismo de exclusión. Hoy casi el 90% de las conductas tipificadas como delitos llevan aparejada una pena de prisión. Sin importar la gravedad del delito o los efectos que el uso de la prisión puede tener, nuestro derecho propone la cárcel como principal respuesta a conductas tan disímiles como el homicidio, la piratería, la posesión simple de marihuana y el secuestro. Una de las implicaciones graves que tiene el uso que hacemos de las cárceles es el efecto que produce en las personas que son encarceladas y en sus familias, en términos de oportunidad de integración social.

Como han señalado distintos autores, el castigo penal es un proceso de estigmatización.⁴⁵ La designación de “criminal” confiere a una persona

⁴³ Véase Pérez Correa, Catalina, “Historias de barandilla”, *Revista Enfoque*, México, núm. 567, enero de 2005.

⁴⁴ Además, las agencias del Ministerio Público son el primer lugar donde se niega acceso al sistema de justicia penal. El agente de barandilla, frecuentemente, pide un recuento de los hechos para decidir si lo que la persona pretende denunciar constituye un delito. Si no lo considera así, no permite el acceso a los secretarios, quienes iniciarían formalmente la denuncia. El agente de barandilla también, en ocasiones, suele revisar los documentos de las víctimas antes de permitirles la presentación de la denuncia. Si falta un documento que considera fundamental, no permite la presentación de la misma. Véase Pérez Correa, C., *op. cit.*, nota 30.

⁴⁵ Véase Fagan, Jeffrey y Meares, Tracey, “Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, núm. 6, 2008; Flanders, Chad, “Shame and the Meanings of Punishment”, *Cleveland State Law Review*, núm. 54, 2006; Goffman, Alice, “On the Run: Wanted Men in a Philadelphia

una marca que lo señala como inferior y peligroso en el orden social.⁴⁶ Aun cuando discursiva y normativamente se afirma que la pena termina con la liberación, la marca o etiquetamiento que produce el estar en prisión no termina con la excarcelación o con una sentencia absolutoria. Solemos pensar en los criminales como personas contaminadas, riesgosas y de poco fiar. Esta idea no desaparece con la compurgación de una pena de prisión. Un excarcelado es generalmente considerado como alguien de riesgo a quien hay que evitar. Prueba de ello son las pocas probabilidades que tiene un excarcelado para conseguir empleo legal. La Auditoría Superior de la Federación, por ejemplo, señala que “en el periodo 2005-2009, de los 20,390 beneficios de libertad anticipada que se otorgaron a internos del fuero federal sentenciados, 210 personas fueron reincorporadas por el OADPRS [Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social] a un puesto de trabajo, lo que representó el 1.0% de los liberados”.⁴⁷ En un estudio de Adolfo Sachsida y Jorge de Mendonça sobre excarcelados en Brasil se muestra que, en la provincia de Brasilia, los excarcelados perciben hasta el 39% menos salario que quienes no han sido “marcados” por el sistema.⁴⁸

Para el gran número de jóvenes que son marcados por nuestro sistema penal, su paso por el sistema penitenciario implica una marca, de duración indefinida, que perpetúa las condiciones de marginalidad de las que provienen y que el sistema busca remediar. Así, el sistema de derecho

Ghetto”, *American Sociological Review*, 74 (3), 2009, pp. 339-357; Goffman, Erving, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, Nueva York, Simon & Schuster, 1986; Meares, Tracey et al., “Punishment and its Purposes: Updating the Study of Punishment”, *Stanford Law Review*, 56 (5), 2004, pp. 1171-1210; Whitman, James, “What’s Wrong with Inflicting Shame Sanctions?”, *Yale Law Journal*, 107 (5), 1998; Whitman, James, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.

⁴⁶ Whitman, J., *Harsh Justice...*, cit., nota anterior, p. 21. Incluso personas que son acusadas y puestas en prisión adoptan este estigma, aun cuando no sean sentenciadas condenatoriamente.

⁴⁷ Hay que notar que la Auditoría no hace un puntual seguimiento de todos los reos excarcelados. Véase Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Prevención y readaptación social, seguridad pública. Auditoría de desempeño: 09-0-36E00-07-1120*, México, 2009, t. II, Función Gobierno, II.11.3.1.1., disponible en: <http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2009i/Indice/iGeneral.htm>.

⁴⁸ Véase Sachsida, Adolfo y Mendonça, Mario Jorge, “Ex-Convicts Face Multiple Labor Market Punishments: Estimates of Peer-Group and Stigma Effects Using Equations of Returns to Schooling”, *Revista Economía*, vol. 7, núm. 3, 2007.

penal, más que un mecanismo de justicia, se convierte en una forma de segregación social.

El uso de la prisión representa además un grave problema de género que pocas veces es notado. Como se mencionó en el apartado II, el 95% de las personas encarceladas en las prisiones del país son hombres, mientras que sólo el 5% son mujeres.⁴⁹ Esta desproporción de género ha dado pie a que se considere que las cárceles son un problema que afecta principalmente a hombres. Sin embargo, esta visión es parcial y omite tomar en cuenta la realidad de nuestras prisiones, las carencias que ahí se viven y la corrupción existente en el sistema penitenciario.⁵⁰ Actualmente, muchas de las cárceles de nuestro país omiten proporcionar a los presos neceseres básicos como comida, ropa, cobijas, jabón, shampoo, agua, cigarros, medicamentos, etcétera, y son las familias de los presos quienes los mantienen y proveen de dichos bienes. Por la corrupción del sistema, las familias también están obligadas a pagar sobornos a los guardias para “proteger” a sus familiares, para que a éstos les toque cama, para que no tengan que hacer los trabajos más pesados dentro de la prisión y/o para pasar la comida a los penales.⁵¹ Esto además implica para las familias hacer visitas a los penales que normalmente involucran los traslados, largas filas de espera para ingresar, el sometimiento a revisiones corporales y el pago de sobornos para poder ingresar con los neceseres. Estas obligaciones las asumen principalmente mujeres —madres, parejas o hijas— de los hombres que se encuentran en prisión. Cuando sus parejas, padres, hijos o hermanos son reclusos, el peso de mantenerlos recae principalmente en ellas. Aunque no tengamos datos estadísticos para establecer qué porcentaje de hombres/mujeres visita los penales de la región, diversos estudios han constatado que los reclusorios de hombres son visitados mayoritariamente por mujeres: madres, hijas, hermanas y parejas heterosexuales que buscan ver a sus parientes en prisión y llevarles los bienes que necesitan para sobrevivir ahí.⁵²

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Véase Pérez Correa, Catalina, “De la Constitución a la prisión, derechos humanos y sistema penitenciario”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma de derechos humanos: ¿un nuevo paradigma?*, México, UNAM, 2011.

⁵¹ Véase Pérez Correa, Catalina, “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”, *Género y derecho penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en prensa.

⁵² Véase, por ejemplo, Azaola, E. y Yacamán C., *op. cit.*, nota 25; Briseño, M., *op. cit.*,

En los casos en que los presos tienen hijos, las mujeres asumen además el costo pleno de mantenerlos y cuidarlos, quedando así con una doble carga: la de mantener a sus parejas (o hijos) en prisión y la de mantener a los hijos e hijas de éstos, con ahora menos recursos para hacerlo. En otras palabras, encarcelar a los hombres implica no sólo una pérdida de una fuente de ingresos para sus familias, sino frecuentemente una carga económica considerable adicional. Ambas cosas las subsanan, principalmente, las mujeres.⁵³

Estas mujeres, que constituyen la población puente entre las prisiones y el resto de la sociedad, son además expuestas a enfermedades comunes en las prisiones. A nivel mundial, las cárceles han sido ligadas con enfermedades como el VIH/SIDA, tuberculosis, hepatitis C y otras de transmisión sexual. Esto se debe a los factores de riesgo que marcan la vida en las prisiones mexicanas, tales como el hacinamiento, la alta prevalencia de relaciones sexuales sin protección, el consumo de drogas (en particular las inyectables), la falta de servicios médicos, los deficientes servicios sanitarios (como la falta de agua) y la falta de higiene en general. Los riesgos para la salud son mayores para las familias de los presos, en especial para sus parejas sexuales. Estos riesgos, además, no sólo existen cuando la persona está presa. Algunos estudios demuestran elevados niveles de relaciones sexuales sin protección entre los presos recién liberados y sus parejas, un comportamiento posiblemente motivado por el deseo de restablecer intimidad y mostrar confianza tras una larga separación. Esto significa que las parejas sexuales de los presos son frecuentemente contagiadas, padeciendo también en este aspecto las deficiencias del sistema carcelario.⁵⁴

Para las familias de los presos, pero especialmente para las mujeres, el sistema penal impone injustamente cargas que afectan profundamente sus vidas y que agravan la condición de desventaja en la que frecuentemente se encuentran.

En los casos de prisión preventiva (es decir, los presos sin sentencia) estos costos (tanto los económicos, laborales y sociales que implica para

nota 25; Antony, Carmen, "Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 208, marzo-abril de 2007; Noel Rodríguez, María, *Mujeres madres en prisión en América Central*, Costa Rica, ILANUD-OACDH, 2005.

⁵³ Véase Pérez Correa, C., *op. cit.*, nota 51.

⁵⁴ *Idem.*

el preso el estar en prisión, como el costo que implica para la familia mantener al preso en la cárcel) son además impuestos a personas que, legalmente, son inocentes. Como se mencionó al principio de este texto, el 43.6% de la población penitenciaria del país se encuentra en proceso; a nivel federal, 53.4% de los 46,374 presos se encuentran en proceso, sin haber recibido una sentencia.⁵⁵ Como señala Guillermo Zepeda, muchos de estos casos nunca llegan a sentencia:

Aproximadamente 15% de los procesos penales no llegan a sentencia, por lo que el imputado o probable responsable es liberado de responsabilidad. Los casos no llegan a sentencia en primer lugar porque se determina la evidente inocencia del procesado y el juez o el Ministerio Público así lo reconocen (desvanecimiento de datos, desistimiento o conclusiones no acusatorias). Aproximadamente una tercera parte de los casos que no llegan a sentencia corresponden a expedientes en los que se da el perdón de la víctima (en delitos menores o delitos patrimoniales como daño en las cosas en accidentes de tránsito).⁵⁶

Además, como se muestra en la tabla 4, otra importante proporción de los casos de prisión preventiva reciben sentencias absolutorias. En el fuero común, durante 2010, en el 12.6% de los casos en que hubo formal prisión, se dictó una sentencia absolutoria o se sobreseyó el caso. A nivel federal, el 7.2% de las personas en prisión preventiva recibieron sentencias absolutorias.

En otras palabras, la prisión preventiva se utiliza equivocadamente en aproximadamente 25% de los casos.⁵⁷ Para estas personas la prisión preventiva implica muchas veces la pérdida de un empleo, la exposición a contextos de violencia (como los reclusorios) y a enfermedades como las mencionadas anteriormente y la exposición de sus familias e hijos a estas mismas condiciones. Algunos estudios además han notado que la probabilidad de sufrir tortura es mucho más alta durante la prisión preventiva,

⁵⁵ Secretaría de Seguridad Pública, *op. cit.*, nota 17, septiembre de 2011.

⁵⁶ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Los mitos de la prisión preventiva*, México, Open Justice Initiative, 2004, p. 14.

⁵⁷ Parte del problema del abuso de la prisión preventiva tiene que ver con las exigencias normativas que el sistema impone. Las recientes reformas a la Constitución establecen un listado de casos en que la prisión preventiva se debe ordenar de manera oficiosa, violando abiertamente el principio de presunción de inocencia.

pues es más probable que se intente extraer una confesión en esta fase del proceso probatorio.⁵⁸

TABLA 4. RELACIÓN DE FORMAL PRISIÓN Y SENTENCIAS CONDENATORIAS O ABSOLUTORIAS, 2010

	Procesados sujetos a formal prisión	Sentenciados						
		Total	Condenatoria		Absolutoria		Sobreseimiento	
Fuero federal	36,023	36,224	33,452	92.3%	2,632	7.2%	140	0.4%
Fuero común	123,389	120,177	105,194	87.5%	12,796	10.6%	2,187	1.8%

Así, tenemos un sistema de justicia penal que, por el castigo que elige e impone, hiere de forma profunda y a menudo permanente a los grupos más desaventajados. Esto lo hace no sólo a nivel individual sino a nivel de género, comunitario y familiar.

IV. CONCLUSIÓN

En este texto se ha mostrado cómo ciertas estructuras de nuestro derecho penal hacen que éste tenga resultados dispares entre distintos grupos sociales. El sistema penal actual toma ciertos rasgos o atributos como la juventud, el sexo o el contexto social y económico para determinar el trato que hace de las personas. Desde su formulación hasta su aplicación, los subprocesos que constituyen el sistema penal diferencian a los miembros de ciertos grupos. A partir de ello se determina, en parte, el resultado (dispar) del proceso.

Parte del problema, sin duda, está en la manera en que se formula y la función que le es adjudicada al sistema penal. Como afirma Roberto Gargarella, “el sistema de justicia penal siempre ha estado en manos de

⁵⁸ Véase Open Society Justice Initiative, *Pretrial Detention and Torture: Why Pretrial Detainees Face the Greatest Risk*, Nueva York, Global Campaign for Pretrial Justice Report, 2011.

unos ‘pocos’ y en consecuencia ha sido impuesto ‘desde arriba’”.⁵⁹ Esto genera un sistema sesgado “a favor de unos pocos (probablemente no exista mejor ilustración de este punto que el mismo sistema carcelario, tal y como funciona actualmente en una gran mayoría de países)”.⁶⁰

Las diferencias de trato que el sistema penal presenta reflejan una dimensión social que es difícil dejar a un lado: el sistema valora de forma diferente los delitos de distintos grupos sociales. El merecimiento penal de unos sujetos y de otros depende, según este recuento, del sector social y del género del cuál provengan. El sistema, además, otorga un valor diferente a la victimización de ciertos grupos. Algunas víctimas resultan menos importantes de proteger que otras. En el funcionamiento del proceso penal podemos ver, de forma muy real, la discriminación de clase y género. Esto lo vemos no como fenómenos aislados sino como procesos institucionalizados y aceptados socialmente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Argentina, LexisNexis-ACIJ, 2007.
- ANTONY, Carmen, “Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 208, marzo-abril de 2007.
- ARROM, Silvia, “Vagos y mendigos en la legislación mexicana 1745-1845”, en BERNAL, Beatriz (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/721/10.pdf>.
- AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 2007.
- , *Delincuencia, marginalidad, y desempeño institucional. Tercera encuesta a población en reclusión*, México, CIDE, 2009.
- y YACAMÁN, Cristina, *Las mujeres olvidadas*, México, El Colegio de México, 1996.
- AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN (ASF), *Prevención y readaptación social, seguridad pública, auditoría de desempeño: 09-0-36E00-07-1120*, México,

⁵⁹ Gargarella, R., *op. cit.*, nota 35, p. 91.

⁶⁰ *Idem.*

- 2009, t. II, Función Gobierno, II.11.3.1.1., disponible en: <http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2009i/Indice/iGeneral.htm>.
- BRISEÑO, Marcela, *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*, México, Inmujeres, 2006.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Indicadores sociales y de opinión pública 2010*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2010.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2006.
- COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Encuesta de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de justicia ofrecido por los órganos de impartición de justicia en México. Encuesta de satisfacción a los usuarios de servicios de justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- FAGAN, Jeffrey y MEARES, Tracey, "Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities", *Ohio State Journal of Criminal Law*, núm. 6, 2008.
- FLANDERS, Chad, "Shame and the Meanings of Punishment", *Cleveland State Law Review*, núm. 54, 2006.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia penal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- GOFFMAN, Alice, "On the Run: Wanted Men in a Philadelphia Ghetto", *American Sociological Review*, 74 (3), 2009.
- GOFFMAN, Erving, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, Nueva York, Simon & Schuster, 1986.
- ICESI, *Encuesta Nacional sobre Inseguridad (ENSI)*, México, ICESI, 2010.
- INEGI, *Estadísticas a propósito del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, datos nacionales*, México, INEGI, noviembre de 2010.
- , *Estadísticas judiciales en materia penal*, México, INEGI, 2010, disponible en: <http://www.inegi.org.mx>.
- , *Las mujeres en el Distrito Federal. Estadísticas sobre desigualdad de género y violencia contra las mujeres*, México, INEGI, 2008.
- , *Panorama de violencia contra las mujeres, ENDIREH 2006*, México, INEGI, 2007.

- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, “El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/114/20.pdf>.
- LIBRARDO, José e ITURRALDE, Manuel, *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*, Colombia, Universidad de los Andes-CIJUS, 2011.
- MEARES, Tracey et al., “Punishment and its Purposes: Updating the Study of Punishment”, *Stanford Law Review*, 56 (5), 2004.
- MÉXICO EVALÚA, *Índice de desempeño del sistema penal*, México, Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2010.
- NOEL RODRÍGUEZ, María, *Mujeres madres en prisión en América Central*, Costa Rica, ILANUD-OACDH, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006.
- OBSERVATORIO LATINOAMERICANO DE PRISIONES, *A la sombra de la sociedad, situación penitenciaria en América Latina*, Venezuela, 2007.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Pretrial Detention and Torture: Why Pretrial Detainees Face the Greatest Risk*, Nueva York, Global Campaign for Pretrial Justice Report, 2011.
- PÉREZ CORREA, Catalina, “De la Constitución a la prisión, derechos humanos y sistema penitenciario”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma de derechos humanos: ¿un nuevo paradigma?*, México, UNAM, 2011.
- , “Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico City”, *Mexican Law Review*, México, vol. I, núm. 1, 2008.
- , “Historias de barandilla”, *Revista Enfoque*, México, núm. 567, enero de 2005.
- , “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”, *Género y derecho penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en prensa.
- SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Argentina, LexisNexis-ACIJ, 2007.
- SACHSIDA, Adolfo y MENDONÇA, Mario Jorge, “Ex-Convicts Face Multiple Labor Market Punishments: Estimates of Peer-Group and Stigma Effects Using Equations of Returns to Schooling”, *Revista Economía*, vol. 7, núm. 3, 2007.

- SALAZAR UGARTE, Pedro y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, México, Conapred-UNAM, 2011.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El principio de proporcionalidad”, en CARBONELL, Miguel et al. (coords.), *Estado de derecho, función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- SAUCEDO GONZÁLEZ, Irma y HUACRUZ ELÍAS, Guadalupe, “Guardianes de la justicia”, en SAUCEDO, Irma y MELGAR, Lucía (coords.), *¿Y usted cree tener derechos? Acceso de las mujeres mexicanas a la justicia*, México, PUEG-UNAM, 2011.
- SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA, *Estadística del sistema penitenciario*, México, SSP-OADPRS, julio de 2011.
- SIEGEL, Reva B., “Regulando la violencia marital”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- WHITMAN, James, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- , “What’s Wrong with Inflicting Shame Sanctions?”, *Yale Law Journal*, 107 (5), 1998.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Índice de incidencia delictiva y violencia*, México, CIDAC, 2008.
- , *Los mitos de la prisión preventiva*, México, Open Justice Initiative, 2004. ●

POLICÍA, USO DE LA FUERZA Y CONTROLES SOBRE LA POBLACIÓN JOVEN

CARLOS SILVA FORNÉ

Sumario

- I. Introducción
- II. Datos sobre controles policiales y uso de la fuerza sobre jóvenes en el Estado de México y el Distrito Federal
- III. El caso del *New's Divine*
- IV. Faltas cívicas y jóvenes en el Distrito Federal
- V. Nuevos discursos, prácticas de control y riesgos autoritarios del trabajo policial como respuesta a una nueva realidad delictiva
- VI. Uso de la fuerza y controles policiales: falta de información y rendición de cuentas
- VII. Conclusión
- VIII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Los abusos cometidos por la policía en el ejercicio cotidiano de sus funciones, y la selectividad de sus controles sobre determinadas categorías de personas, no han estado en el centro de preocupación de las nuevas miradas y esfuerzos políticos e institucionales que buscan la “modernización” de las policías mexicanas. El lugar marginal que siguen ocupando tales temas se refleja en la falta de mecanismos e indicadores que permitan rendir cuentas acerca de cómo la policía ejerce el uso de la fuerza y aplica diversos controles.

El presente trabajo analiza discursos sobre la seguridad pública, mecanismos de rendición de cuentas, e información empírica asociada a controles y abusos en el uso de la fuerza que la policía realiza de manera privilegiada a la población joven en entornos urbanos. Con respecto al análisis de la información se presentan tres puntos: 1) datos de controles cotidianos y uso de la fuerza por parte de la policía sobre la población jo-

ven en el municipio de Nezahualcóyotl y en el Distrito Federal; 2) el caso de la discoteca New's Divine (junto a otros presentados en recomendaciones más recientes de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal —en adelante, CDHDF—), donde los problemas sistemáticos de abuso y control policial sobre la población joven de sectores populares se visibilizan en algunos de sus principales rasgos, y 3) registros oficiales del Distrito Federal sobre faltas cívicas, para indicar la gran magnitud de controles cotidianos que la policía del Distrito Federal ejerce sobre la población joven. Luego de dibujar los contornos y características de la problemática, se exponen discursos acerca de la seguridad pública que han influido en los cambios del modelo tradicional del trabajo policial en las últimas décadas, pero que también abrieron puertas para reforzar controles policiales selectivos sobre grupos sociales que se estigmatizan como “peligrosos”. Finalmente, presenta una reflexión y propuestas sobre el lugar que debería ocupar el ejercicio del uso de la fuerza en los mecanismos de rendición de cuentas de una policía en democracia.

La aplicación de controles no justificados y una mayor posibilidad de un uso excesivo de la fuerza sobre personas que pertenecen a una categoría social son prácticas que claramente caen dentro del concepto de discriminación en cuanto trato desigual no justificado que resulta en la vulneración de derechos,¹ y más en específico se corresponde a una “discriminación en hechos”, en cuanto a que es en la aplicación de una norma formalmente igualitaria donde se viola dicho principio.²

A su vez, la idea de discriminación asociada a los controles y uso de la fuerza policial que presenta el trabajo conecta con una dimensión socioestructural, ya que son las distribuciones desiguales del reconocimiento y la estima social (vinculadas a su vez a la distribución de los recursos y el poder)³ las que penetran en las instituciones y enmarcan los casos concretos. En cada situación del trabajo policial vinculado al uso de la fuerza y a la aplicación de controles se pone en juego la reproducción de estas estructuras de desigualdad o su puesta en cuestión para la construcción de un cambio.

¹ La definición dominante de discriminación vinculada al paradigma de los derechos humanos. Véase el estudio de Rodrigo Gutiérrez en el presente volumen.

² Véase el trabajo de Catalina Pérez-Correa en la presente obra.

³ Sobre la dimensión estructural de la discriminación véase el trabajo de Rodrigo Gutiérrez.

II. DATOS SOBRE CONTROLES POLICIALES Y USO DE LA FUERZA SOBRE JÓVENES EN EL ESTADO DE MÉXICO Y EL DISTRITO FEDERAL

No es extraño pensar que los controles y el uso de la fuerza que aplica la policía se focalizan en la población joven, en particular la de los estratos socioeconómicos bajos. La distinción joven-adulto no es solamente una referencia de tipo biológico, sino que pone en pugna divisiones de roles y, por tanto, oportunidades diferenciales de acceso a los recursos y a las posiciones de poder.⁴ Sobre la categoría de los jóvenes se deposita socialmente un conjunto de características que favorece que sean un objeto privilegiado para un trato “controlador” de la policía. El joven en la vía pública cae bajo un marco, donde la sanción de la autoridad se ve como una vía legítima para aleccionar su propensión al desvío. La práctica de detener y revisar a personas jóvenes obedece a un entramado de factores, entre ellos a elementos objetivos como la mayor presencia joven en los espacios públicos, en particular realizando actividades vinculadas al ocio y al esparcimiento, así como por el perfil de “delincuente” con el que opera el policía. Sin embargo, también funcionan factores morales relacionados con el “merecimiento” que tiene un joven de ser sancionado por una figura de autoridad.

Como a distintas categorías sociales de personas se les adjudican evaluaciones morales diferenciales, legitimadas socialmente, éstas afectan las decisiones cotidianas de las instituciones y sus operadores concretos (para nuestro caso, en el trabajo cotidiano que desarrollan los policías). Presentamos algunos datos vinculados a controles policiales y uso de la fuerza en relación con la población joven en el municipio de Nezahualcóyotl del Estado de México y el Distrito Federal.

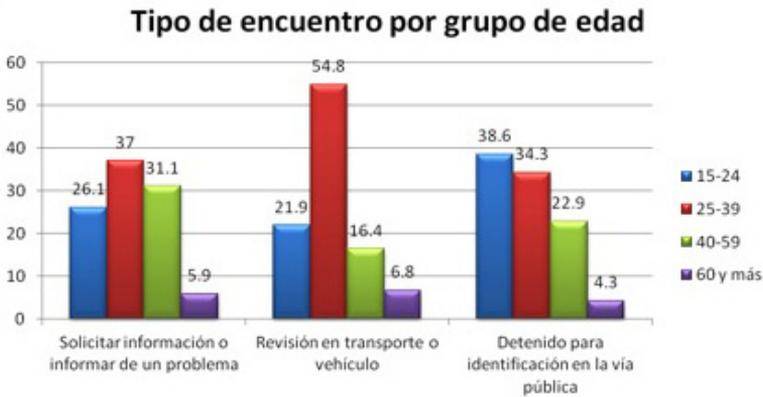
En 2005 se realizó una encuesta a población sobre contactos policía-población en el municipio de Nezahualcóyotl.⁵ Uno de sus resultados generales señala que un quinto de la población entrevistada tuvo al menos un encuentro cara a cara con la policía el último año. Si consideramos los contactos según grupos de edad, los mayores porcentajes se encuentran en los jóvenes (15-24) y adultos-jóvenes (25-39), ambos con la cuarta parte de los entrevistados, mientras que el grupo de 60 años y más sólo

⁴ Bourdieu, Pierre, *Cuestiones de sociología*, Madrid, Ediciones Istmo, 1999.

⁵ Silva, Carlos, *Policía, encuentros con la ciudadanía y aplicación de la ley en ciudad Nezahualcóyotl*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

alcanza uno de cada diez entrevistados (10.6%).⁶ El resultado tiene parte de su explicación en las diferencias de la vida social según las edades. Las interacciones entre policía y población se regionalizan en función de características vinculadas a las rutinas, actividades y desplazamientos de los ciudadanos y de los policías, algunas de ellas claramente vinculadas con la edad. Patrullar y controlar los espacios públicos pone a la policía en conexión directa con la población que transita o tiene presencia en estos espacios por motivos de trabajo, estudio, ocio, o por la propia sensación de seguridad para moverse por la ciudad. Sin embargo, no parece ser el único motivo por el cual los contactos con la policía tienden a ser en mayor medida con jóvenes y adultos jóvenes. La selectividad del trabajo policial también se dirige a la población joven en muchos tipos de contacto.

En contactos iniciados por la policía, la población es más joven que en los casos donde es el ciudadano quien inicia el encuentro.



En el esquema anterior aparece en primer lugar, a la izquierda, la distribución por grupos de edad del contacto “solicitar información o informar de un problema”, el encuentro más frecuente de los iniciados por el ciudadano. Al centro y a la derecha se presentan los porcentajes por grupos de edad en algunos contactos iniciados por la policía: revisión en transporte o vehí-

⁶ La importancia de la población joven en los contactos con la policía sigue un patrón similar en los resultados de la Encuesta Trimestral de Seguridad Pública del Distrito Federal del periódico *Reforma* de abril de 2005. Mientras que 21.8% de los entrevistados tuvo al menos un contacto con la policía, dio una respuesta positiva el 30.1% de los jóvenes de 18 a 24 años.

culos, donde aumenta notoriamente la importancia del grupo de 25 a 39 años, y detenciones para identificación en la vía pública, donde queda clara la selectividad del trabajo policial sobre el grupo más joven de la población entrevistada (el grupo de 15 a 24 años de edad alcanza el 38.6% de dichos encuentros).

Las revisiones “por sospecha” en la vía pública hacia la población joven es posible que formen parte de la construcción identitaria de los jóvenes que experimenten frecuentemente estos encuentros. Como ha desarrollado de manera extensa el interaccionismo simbólico,⁷ al mostrar cómo los procesos de individualización y formación de la identidad son la otra cara de la moneda de los procesos de socialización, algunos jóvenes incorporarán como un rasgo grupal su relación antagónica con la autoridad policial. De esta forma, las revisiones y controles policiales pueden derivar en resultados de mayor conflicto de una manera más pautada de lo que se podría pensar. Cierta complementariedad de expectativas negativas entre jóvenes y policía pueden hacer que encuentros deriven con facilidad hacia un conflicto, casi al modo de una profecía que se autocumple.⁸

No solamente las detenciones en la vía pública para identificación por parte de la policía se dirigen privilegiadamente a los hombres jóvenes, también presenta un claro sesgo el uso de la fuerza. Del total de entrevistados en el municipio de Nezahualcóyotl, 12.5% tuvo en el último año al menos un contacto con la policía donde se amenazó o se usó la fuerza física por parte de los policías. Ahora bien, si consideramos a la población joven (15 a 24 años) el porcentaje de personas con al menos un encuentro donde la policía usó la fuerza se eleva a 15.6%. Por otro lado, una encuesta realizada por INICIA, A. C.,⁹ en el Distrito Federal con jóvenes de 18 a 24 años dio como resultado, para el año 2005, que más de la quinta

⁷ Blumer, Herbert, *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*, Barcelona, Hora, 1982; Mead, George Herbert, *Espíritu, persona y sociedad desde el punto de vista del conductismo social*, Buenos Aires, Paidós, 1972.

⁸ Desde la mirada de los policías, las actitudes de disgusto, resistencia o agresión que reciben de la población son una fuente constante de “castigos” hacia su labor, y por tanto hacia su persona. Se genera así una serie de estados de ánimo negativos que se pueden reprimir manteniendo una mayor distancia con la propia función policial, que puede acercarse a la indiferencia o al cinismo, o se puede canalizar el enojo hacia la sociedad en general o hacia algunos grupos sociales en particular. En especial, puede canalizarse hacia aquellos grupos que evalúan, moral y/o cognitivamente, como problemáticos, entre ellos los jóvenes.

⁹ Encuesta realizada por INICIA, A. C., en el marco de su Evaluación del Cumplimiento de los Derechos Fundamentales de las y los Jóvenes en México, Distrito Federal, 2005.

parte de los entrevistados (21.8%) había tenido al menos un encuentro con la policía, donde se había usado la fuerza.

Otro resultado interesante de la misma encuesta para el Distrito Federal se refiere a la importancia de las percepciones de la población joven sobre los motivos de la actuación policial. Se preguntó a los entrevistados que habían sido detenidos por la policía en la vía pública, qué tanto creían que los habían detenido en función de una serie de características personales. Es decir, detenciones en función de pertenecer a alguna categoría, característica o grupo social y no en función de su comportamiento. Es lo que se llama percepción de *profiling*, un elemento importante en la evaluación de qué tan “justos” son los procedimientos policiales por parte de la población, y por tanto de la construcción de legitimidad y de aceptación de la autoridad.¹⁰ El resultado se presenta en el siguiente gráfico:



FUENTE: Encuesta Indicadores para la evaluación del cumplimiento de los derechos fundamentales de las y los jóvenes, Iniciativas para la Identidad y la Inclusión 2005.

Casi la quinta parte de los jóvenes que fueron detenidos por la policía en la vía pública durante el año anterior al levantamiento de la encuesta señaló que la detención fue debida en “algo o mucho” por su sexo, por su etnia o por su condición social, mientras que cerca de una tercera parte señaló que la detención obedeció “algo o mucho” a su edad, su apariencia o por las personas que lo acompañaban. Si se consideran estos motivos en conjunto, casi seis de cada diez jóvenes que fueron detenidos por la policía

¹⁰ Engel, Robin Shepard, “Explaining Suspects’ Resistance and Disrespect Toward Police”, *Journal of Criminal Justice* 31, 2003, pp. 475-492; Tyler, Tom y Wasklak, Cheryl, “Profiling and Police Legitimacy: Procedural Justice, Attributions of Motive, and Acceptance of Police Authority”, *Criminology* 253, vol. 42, 2004.

percibieron que la misma estaba motivada en buena medida por alguno de estos rasgos. El resultado habla de la posible propensión a resistirse a la autoridad por parte de los jóvenes, por considerar que se actúa con base en procedimientos discriminatorios (y la “resistencia” en toda la bibliografía sobre determinantes del uso policial de la fuerza es su principal variable explicativa de tipo situacional).¹¹

Esta práctica policial de detención y revisión de población en la vía pública, en buena medida de jóvenes, que representa una violación cotidiana a sus derechos, forma parte tradicional de la operatividad policial y se vincula a las carencias en el desarrollo de otras capacidades para la detención de presuntos delincuentes, a una forma particular de entender cómo se “mantiene el orden público”, así como a posibilidades de extracción de dinero. Este tipo de controles debe considerarse como un elemento más en la sedimentación de un patrón de relaciones conflictivas entre policía y población, en particular entre policía y jóvenes.

III. EL CASO DEL *NEW'S DIVINE*

El caso ocurrido el 20 de junio de 2008 en la ciudad de México, en la discoteca *New's Divine*, refleja la normalidad de prácticas abusivas de control sobre la población joven de los sectores populares; se trata de un operativo cuyas características no hubieran sido pensables y posibles en una discoteca para adolescentes en una colonia de clase alta. El operativo realizado de manera conjunta por la Secretaría de Seguridad Pública y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal buscaba detener a presuntos responsables de la venta de alcohol y/o drogas a menores de edad en una discoteca de la delegación Gustavo A. Madero. Sin embargo, también tenía por objetivo realizar una redada masiva de los jóvenes presentes, en particular menores de edad, para usarlos como testigos del ilícito. El objetivo de la detención masiva de los jóvenes (que no cometían ningún comportamiento ilegal), práctica habitual de anteriores operativos en el Distrito

¹¹ Alpert, Geoffrey y Dunham, Roger, *Understanding Police Use of Force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Lersch, Kim y Mieczkowski, Tom, “Violent Police Behavior: Past, Present, and Future Research Directions”, *Aggression and Violent Behavior* 10, 2005, pp. 552-568; Terrill, William y Mastrofski, Stephen, “Situational and Officer-Based Determinants of Police Coercion”, *Justice Quarterly*, vol. 19, núm. 2, 2002.

Federal como en municipios conurbados a la ciudad de México, habla con claridad del lugar carente de derechos que se adjudica a los jóvenes en las políticas de seguridad, y en el que socializan tanto los propios jóvenes (en particular en las zonas populares) como los policías en su trabajo cotidiano. Durante el desalojo de los varios cientos de personas que estaban presentes se fue generando una aglomeración en las escaleras-túnel que conducían a la salida principal del establecimiento. La situación se agravó dramáticamente cuando elementos de la Secretaría de Seguridad Pública hicieron una barrera en el exterior de la discoteca para impedir la salida de los jóvenes, ya que faltaban camiones para continuar con su traslado (mientras que en el interior demandaban que salieran del local). El resultado final fue la muerte por asfixia y aplastamiento de 13 personas: tres policías (dos preventivos y una judicial del Distrito Federal) y nueve jóvenes (cuatro de ellos menores de edad). A lo anterior se sumó la llamativa falta de asistencia y total indiferencia que, en general, los policías brindaron a los jóvenes que perdieron la vida o fueron lesionados una vez que lograban salir del establecimiento, mientras que los policías lesionados recibieron mayor atención y ayuda. Diversos académicos e instituciones, como la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, han señalado cómo las propias características del operativo, sus objetivos, las órdenes que lo guiaron y que sostuvieron durante su desarrollo (y no una “cadena de errores” como bien señala el Informe de la CDHDF)¹² fueron los que propiciaron las trágicas consecuencias. Otros rasgos generales acerca de la policía “que tenemos” salen a la superficie en un lamentable evento como el referido, pero que estructuran el trabajo policial cotidiano:

- Refleja cómo las propias políticas de seguridad incentivan formalmente la estigmatización de los jóvenes como grupo a controlar, en particular de los sectores populares.
- Pone en evidencia la distancia social, moral y humana que se ha sedimentado en la formación y en el proceso de “ser policía” hacia la población a la que deben servir y proteger, y en particular hacia los grupos sociales que les generan “problemas”. Más grave que la falta de preparación en primeros auxilios o en el manejo de emergencias,

¹² Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Informe especial de violación a los derechos humanos en el caso New's Divine*, México, CDHDF, 2008.

fue la notable indiferencia ante la crítica situación en que se encontraban muchos de los jóvenes que lograban salir (o lograban sacar inconscientes o fallecidos) del local.

- Muestra la “normalización” (en su doble sentido moral y vivencial) de controles autoritarios sobre los jóvenes, tanto por los policías y en cierta medida por los propios jóvenes (que también es un aprendizaje en los cuerpos, de su disposición a controlar y a ser controlados), que ambienta que se eleve el umbral de percepción y valoración de una posible tragedia.
- Pone a la luz un modelo institucional de preparación formal e informal de policías donde solamente se deben “cumplir órdenes” (cuando las condiciones ponían en evidencia su posible incumplimiento), sin espacio ni reconocimiento para la reflexión y la autonomía en la toma de decisiones.

El caso de la discoteca *New's Divine*, presentado en la recomendación 11/2008, no es único que la CDHDF ha hecho público en los últimos años donde personas jóvenes sufren abusos con consecuencias graves a su integridad, o incluso letales. La recomendación 16/2009 reúne cinco casos de ejecuciones arbitrarias entre 2006 y 2009, donde las víctimas son personas jóvenes. Algunos rasgos de las situaciones parecen repetirse: horarios nocturnos, el previo reporte de algún delito, intentos de escape a una revisión o una persecución, y uso de la fuerza letal sin que existiera una amenaza a la vida de policías o terceros. En otras recomendaciones recientes no se llega a un resultado fatal, pero se repiten graves excesos en el uso de la fuerza contra personas jóvenes, por ejemplo luego de una persecución y detención de dos muchachos a bordo de un carro (luego de un reporte de robo de vehículo) en la 10/2011. Recomendación donde también se registra la agresión a un joven por parte de policías preventivos de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal por supuestamente participar en delitos durante la marcha del 2 de octubre de 2009, así como la agresión de policías de investigación por supuestamente escupir los zapatos de un agente. En otros casos, a la condición de joven se suma la pertenencia a grupos muy vulnerables y excluidos del acceso a derechos básicos, como los jóvenes que viven en situación de calle. Las recomendaciones 23/2009 y 13/2011 se refieren al “retiro” por parte de policías del Distrito Federal de estas personas (la mayoría jóvenes) a lugares distantes de la ciudad, o del

traslado a instituciones en contra de su voluntad. También se registraron agresiones y amenazas.

En un trabajo anterior¹³ hemos analizado casos de abuso policial descritos en recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. En dicho texto se definieron tres lógicas que involucraban tanto a policías de investigación como a policías preventivos. En primer lugar, el abuso ocupando un lugar, lamentablemente normal, en la forma en la que se “investiga” o se “resuelven” los casos o situaciones que se presentan al policía. El abuso como *medio instrumental para realizar su trabajo*. En segundo lugar, a la búsqueda de “resolver” un caso o situación se agrega el objetivo de la extracción de beneficios materiales de la situación. Se pide dinero para no inculpar a alguien, o para que se autoinculpe para poder disponer de bienes supuestamente robados. El abuso como *medio instrumental para actos de corrupción*. En tercer lugar, los casos de abuso aparecen en situaciones donde las motivaciones se sitúan más en *dimensiones morales-indentitarias*. El abuso como *forma de castigo, de venganza*. Una conducta previa de la persona detenida por la policía, en combinación con su pertenencia a un grupo social, “merece” ser objeto de “castigo”. Los casos señalados a partir de recomendaciones recientes de la CDHDF parecen corresponder en mayor medida con la primera y la tercera de estas lógicas del abuso.

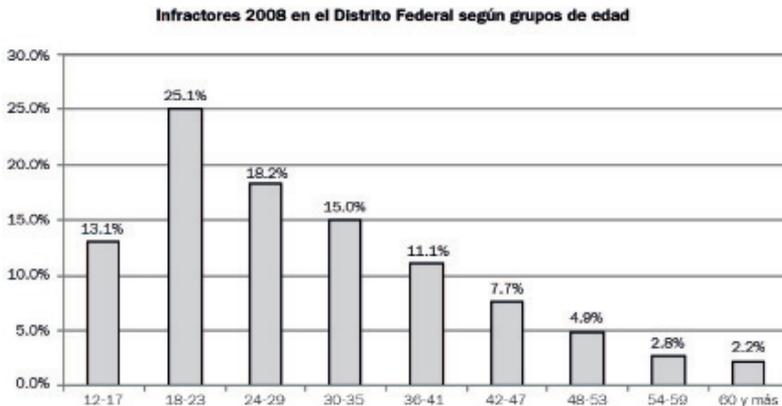
IV. FALTAS CÍVICAS Y JÓVENES EN EL DISTRITO FEDERAL

Las llamadas de emergencia a las que responde la policía, ya sea en el Distrito Federal o en otras ciudades del país, los problemas en los que interviene en sus recorridos de patrullaje, y las detenciones que realiza en su trabajo cotidiano son en mayor número referidas a problemas de faltas administrativas y no a problemas delictivos. Por más que tanto la propia policía como la sociedad consideren que su función es la “lucha contra la delincuencia”, en realidad una buena parte de las horas de trabajo se dedican a tareas de “orden cívico”, sin que éste sea el centro de los incentivos institucionales, ni materiales ni de formación ni de reconocimiento. Todos

¹³ Silva, Carlos, “Police Abuse in Mexico City”, en CORNELUIS, Wayne A. y SHIRK, David (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007.

los años más de cien mil personas son presentadas ante juzgados cívicos en el Distrito Federal por la comisión de distintas faltas administrativas, lo cual nos habla de un número mucho mayor de encuentros entre policía y población, ya que muchos se resuelven, tanto legítima como ilegítimamente, sin que se llegue hasta dicha instancia. Este importante campo de actuación policial no es ajeno, por supuesto, a prácticas discriminatorias al ejercer controles de forma mucho más frecuente y firme sobre determinadas categorías sociales de la población. Nuevamente los jóvenes son una población sobrerrepresentada en dichas prácticas, quedando por indagar qué tanto obedece a la existencia de mayores comportamientos sancionables por parte de este grupo de edad de la población, y qué tanto corresponde al sesgo que introduce la selectividad policial.

Para 2008 la distribución de los infractores según grupos de edad se muestra en el siguiente gráfico:



FUENTE: Base de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito Federal. Información del año 2008.

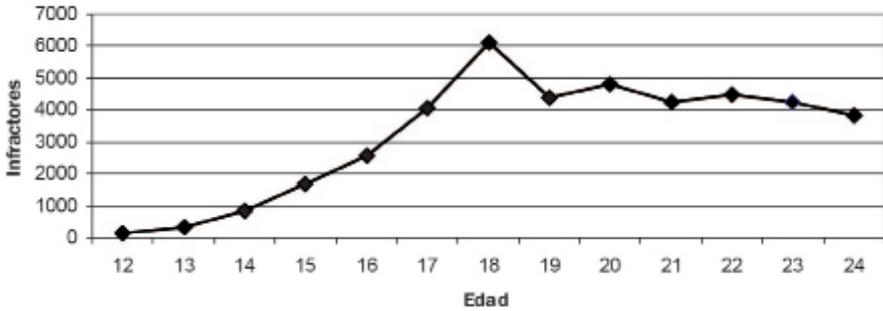
Tal como se aprecia, los infractores tienen un marcado perfil joven, ya que más de la mitad (56.4%) tiene menos de 30 años de edad (mientras que para 2005, la población de 12 a 29 años representaba el 38.9% de la población de 12 o más años en el Distrito Federal).¹⁴ En particular, llama

¹⁴ Claro que la comparación más adecuada sería con la población que tiene presencia en los espacios públicos, que es donde se realizan las actividades de control sobre los comportamientos que constituyen una infracción.

la atención el porcentaje significativo de menores de edad que son presentados en los juzgados cívicos del Distrito Federal. Si bien el porcentaje de 13.1% es similar al que ese grupo de edad tiene en el Distrito Federal entre toda la población de 12 y más años (12.6%), se parte de una expectativa de menor participación en los comportamientos sancionados, así como de un menor control y aplicación de los procedimientos previstos en la ley por parte de las autoridades para con dicho grupo. La Ley de Cultura cívica del Distrito Federal permite la detención y presentación ante los juzgados cívicos a partir de los 12 años de edad, posibilidad que había sido objeto de controversia por el posible menoscabo a los derechos de los niños y adolescentes. Los resultados muestran que más de 13,000 menores de edad fueron registrados durante 2008, y como veremos más adelante, los menores representan un porcentaje muy elevado respecto de ciertos tipos de infracciones.

Si consideramos algunas faltas administrativas en particular, el perfil joven es muy marcado: en el caso de tomar bebidas alcohólicas en la vía pública, 6 de cada 10 tienen 29 años o menos; en relación con “producir ruidos que atenten contra la tranquilidad de las personas” (artículo 24.III), la mitad de los infractores registrados tienen 24 años o menos (y casi la quinta parte son menores de edad); mientras que en la falta por dañar bienes públicos (en gran medida correspondiente a grafitis u otras alteraciones a propiedades), con más de 2,000 personas registradas en los últimos dos años, los infractores de 24 o menos años son casi el 80%, y la mitad son menores de edad.

Una consideración más en relación con la edad registrada de los infractores. Cuando se trata de menores de edad, la Ley de Cultura Cívica establece seguir un proceso especial que implica, entre otros elementos, citar a los padres para su presencia en el juzgado. Llama la atención el elevado número de registros de infractores de 18 años (véase gráfico siguiente), y si bien continúa una tendencia ascendente desde los doce años, alcanza un pico por encima de los infractores de 19 años y más. El comportamiento podría indicar la existencia de un sobrerregistro de jóvenes de 18 años para ocultar un mayor número de menores de edad que son presentados ante los distintos juzgados cívicos.

Número de infractores por edad (jóvenes). 2007-2008

Fuente: Base de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito Federal. Información del año 2007-2008.

Una variable de relevancia como indicador de relaciones conflictivas entre la población, o de presuntos infractores, con miembros de la policía, es la existencia de lesiones en la población presentada ante los juzgados cívicos del Distrito Federal. Aunque la calidad de los registros es bastante problemática, una estimación muy conservadora de las infracciones donde la persona presentó lesiones alcanza a 6.4% de los presuntos infractores para 2007 y 6.9% para 2008. Sin embargo, para algunos tipos de faltas el porcentaje de personas con lesiones es significativamente más elevado. Como es esperable, las faltas donde el porcentaje de lesiones es mayor corresponde a aquellas donde las lesiones son parte constitutiva del comportamiento sancionado: las riñas, las lesiones, los golpes fuera de riña. Llama más la atención su porcentaje en infracciones donde no se espera que se llegue al daño físico, por ejemplo, alteración del orden (13%) y, en particular, “producir ruidos molestos que alteren la tranquilidad de las personas” (20.8%). Esta última falta, como vimos antes, tiene entre sus presuntos infractores a un grupo importante de menores de edad y se concentra en los horarios nocturnos.

Para 2008, “alterar el orden” alcanza a una quinta parte de presuntos infractores con lesiones, y para el caso de “ruidos” supera la cuarta parte (26.0%). Con la información disponible no podemos conocer si las “lesiones” responden a incidentes entre las personas involucradas en las infracciones y otros ciudadanos, o en su relación con los funcionarios policiales que realizan las detenciones. El tipo de información y la calidad de los registros sólo nos permiten subrayar hipótesis sobre relaciones conflictivas

entre policía y población joven en aspectos que no se refieren al fenómeno delictivo, pero que tienen una alta frecuencia cotidiana y gran extensión en la población. Para poder profundizar en la descripción del fenómeno y su variación es necesario mejorar los indicadores y su calidad, así como desarrollar otras estrategias de investigación que permitan avanzar en el conocimiento de estas pautas de relacionamiento, en particular en las delegaciones que registran las mayores incidencias.

El análisis de la información disponible sobre uso de la fuerza y controles policiales en el municipio de Nezahualcóyotl y en el Distrito Federal nos permite tener una primera imagen acerca de las dimensiones del fenómeno, así como del sesgo discriminatorio hacia la población joven que traen consigo las prácticas policiales cotidianas. Casos de mayor impacto como el de la discoteca New's Divine, entre otros, deben entenderse como una condensación, muy grave, de condiciones generales sedimentadas a nivel institucional y social. Luego del análisis de la información empírica, quisiéramos considerar dos puntos de mayor nivel de abstracción, pero que enmarcan o están directamente relacionados con los resultados presentados. Los discursos de seguridad pública que enfatizan el “mantenimiento del orden” con sus posibilidades de reforzar prácticas discriminatorias sobre los jóvenes, y el lugar central que teórica e institucionalmente debe tener la rendición de cuentas del uso de la fuerza en una policía que siga un modelo democrático.

V. NUEVOS DISCURSOS, PRÁCTICAS DE CONTROL Y RIESGOS AUTORITARIOS DEL TRABAJO POLICIAL COMO RESPUESTA A UNA NUEVA REALIDAD DELICTIVA

Desde los años noventa la incidencia delictiva creció significativamente en México¹⁵ (representando los robos la mayor parte de dichas incidencias) y ha permanecido en niveles elevados desde entonces. A lo anterior hay que sumar el incremento de algunos de los delitos más violentos (por ejemplo, homicidios dolosos y secuestros) durante los últimos años.¹⁶ Dicha realidad colocó a las instituciones policiales y de justicia bajo un nuevo escrutinio

¹⁵ Ruiz Harrell, Rafael, *Criminalidad y mal gobierno*, México, Sansores y Aljure Editores, 1998.

¹⁶ Véase http://www.icesi.org.mx/documentos/estadisticas/estadisticasOfi/denuncias_se_cuestro_1997_2010.pdf y http://www.icesi.org.mx/documentos/estadisticas/estadisticasOfi/denuncias_homicidio_doloso_1997_2010.pdf.

acerca de su funcionamiento y sus resultados. Con diferencias en el tiempo en relación con otros países latinoamericanos, y también al interior de México, se comenzaron a proponer y desarrollar proyectos de modernización y de nuevos modelos de trabajo policial. Procesos de cambio y modelos que buscaban modificar las inveteradas ineficiencias y prácticas corruptas propias de las formas tradicionales de trabajo. Así, junto a la necesidad de mejorar las condiciones para la modernización y profesionalización en materia de formación, ingresos, infraestructura y generación de información, se propusieron nuevos modelos de trabajo que alteraban la forma y el tipo de vínculo que debía establecerse con la comunidad, ya sea tanto desde el punto de vista de la posible colaboración y mejora de las mutuas desconfianzas, como de los controles a poner en práctica.

Entre las tendencias en el estilo del trabajo policial, con origen en Estados Unidos y que luego se ha difundido en México y la región latinoamericana con disímil profundidad y constancia, se encuentra la mayor preocupación policial por faltas menores o “incivildades” y otras formas del desorden urbano. En su origen teórico, y posterior expresión en políticas de seguridad, se trata de los distintos desarrollos e iniciativas a partir de la muy comentada teoría de las “ventanas rotas”,¹⁷ con su reflejo, por ejemplo, en las políticas de trabajo policial alrededor de la “calidad de vida”.¹⁸ Todas estas nuevas modalidades implican una redefinición de las relaciones policía-público, de sus expectativas mutuas y, en caso de la ins-

¹⁷ La teoría de las “ventanas rotas” (Wilson, James Q. y Kelling, George, “Broken Windows”, en Kappeler, Víctor E. [ed.], *The Police and Society. Touchstone Readings*, Long Grove, Waveland Press, 2006) establece básicamente una secuencia en etapas desde comportamientos sociales de desorden hacia delitos más graves. Si se deja que se acumule basura, que haya personas (en particular jóvenes) caminando o habitando el espacio “sin propósito” (holgazaneando), si se permite el consumo de alcohol en público, si se permite la prostitución, todo esto genera un entorno que favorece o atrae el delito. Da la señal (a los delincuentes) de que nadie se preocupa y de que nadie será reportado. La principal consecuencia en materia de política pública de seguridad será que la policía debe recuperar su función de “mantenimiento del orden” (arrestos por faltas menores, detenciones y revisiones, sacar a borrachos, acosadores, grafiteros, posibles pandilleros, etcétera). Harcourt, Bernard E., *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

¹⁸ Las iniciativas de “calidad de vida” fueron implementadas como estrategia policial en la ciudad de Nueva York hacia fines de 1993 (aunque con antecedentes previos) y expresamente consideraron a la teoría de las ventanas rotas como una de sus fuentes. Se implementó la estrategia de aplicar la ley ante ofensas a la “calidad de vida” de la población: personas borrachas, orinar en la vía pública, estar merodeando, saltar el torniquete del metro, limpiar parabrisas, solicitar o ejercer la prostitución, etcétera. Las iniciativas fueron

titución policial, de la mirada hacia los comportamientos, de la búsqueda de confianzas y de vinculaciones con grupos de la sociedad.

Sin embargo, más allá de estas iniciativas y su aplicación en Latinoamérica o México, gran parte de las prácticas sugeridas (arrestos por faltas, detenciones y revisiones, con cierto grado de discrecionalidad en función del “mantenimiento del orden”) han sido y siguen siendo prácticas tradicionales del trabajo cotidiano de las policías. Prácticas que se realizan bajo esquemas de funcionamiento y control institucional que no han alcanzado aun niveles adecuados de desarrollo en términos administrativos burocráticos y de modelos de rendición de cuentas, más allá de estilos viejos o nuevos de trabajo policial. En el caso mexicano, una de sus manifestaciones más directas fue la promulgación de la Ley de Cultura Cívica en el Distrito Federal en mayo de 2004, donde se replicaban varias de las medidas de “calidad de vida” de la ciudad de Nueva York, las cuales habían sido sugeridas como parte de un importante informe de consultoría realizado por el Grupo Giuliani.¹⁹

El énfasis por el “desorden” y por comportamientos de riesgo de la población como “fuente” de mayor delincuencia se ha reflejado también en discursos gubernamentales a distintos niveles. Pudo apreciarse en la presentación de las políticas de seguridad a nivel federal y su discurso publicitario durante el último sexenio (al menos en los primeros años), donde se establecía sin ambages un continuo inexorable entre “defecciones morales” como el consumo de alguna droga ilegal, y un camino hacia cometer delitos mucho más graves. Se criminalizan y se estigmatizan conductas como el consumo de drogas sin que se conozcan diagnósticos o pruebas empíricas que establezcan conexiones con el inicio de carreras delictivas, ya sea del delito común o del crimen organizado. El grupo de referencia en cuanto sujeto de preocupación, así como objeto de las medidas de mayor control y disciplinamiento son los jóvenes.

acompañadas de un crecimiento notable de la estrategia de “detener y esculcar” a un número considerable de personas.

¹⁹ Reporte Giuliani, Secretaría de Seguridad Pública, agosto de 2003, apartado 4: Calidad de vida, pp. 36-40. Para el caso del Distrito Federal, la orientación hacia arrestos por faltas administrativas no tuvo mucha duración y al poco tiempo se asumía una estrategia de trabajo policial que buscaba privilegiar las detenciones por delitos tanto en términos absolutos como relativos en relación con las faltas. Del total de remisiones al 2006, 30% ya eran ante el Ministerio Público, mientras que para 2002 sólo alcanzaban 15%. Sin embargo, aún al 2009, casi siete de cada diez remisiones fueron al juez cívico. Véase http://www.ssp.df.gob.mx/TransparenciaSSP/Articulo15/Remisiones_Delegacion_Sept2010.pdf.

El mayor énfasis que los nuevos modelos de trabajo policial otorgan a la penetración y complementariedad de un conjunto de controles sociales e institucionales, del espacio y de las conductas sociales, remiten a los trabajos de Michel Foucault acerca del disciplinamiento y normalización de los sujetos y sus cuerpos.²⁰ Foucault analiza al poder, a sus mecanismos y estrategias, a partir de sus “formas capilares de existencia”, en su materialidad y contacto con los cuerpos, y en sus efectos en el “alma”, en la creación de los “sujetos”. Describe cómo la prisión y sus prácticas de poder-saber “fabrican” a los delincuentes en dos sentidos, en cuanto consolidar las condiciones para una carrera criminal y para su reincidencia (aspecto más abordado), así como en la creación categorial del “delincuente” (a nivel epistemológico) como objeto y sujeto de estudio y control.²¹ Es necesario, en este sentido, describir y analizar también las prácticas de trabajo policial que moldean las categorías del “vago” o el joven “peligroso” de barriada, o de la calle, así como el efecto en sus subjetividades, y cómo su nueva “visibilidad” apertura su control, su relocalización espacial y su exclusión.

VI. USO DE LA FUERZA Y CONTROLES POLICIALES: FALTA DE INFORMACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

La policía es la primera y principal cara visible de la autoridad estatal para una gran parte de los habitantes, y la vigencia de importantes derechos ciudadanos depende de la forma y los resultados de miles de interacciones que se realizan diariamente. Conocer cómo ejerce las importantes capacidades que la sociedad le otorga a las policías debería estar en el centro de sus mecanismos de rendición de cuentas. Sin embargo, el punto de vista predominante de la reciente preocupación por la seguridad pública y la organización policial suele subrayar una y otra vez cómo ser más eficaz ante el reto de índices delictivos crecientes. Esta preocupación por buscar dar cuenta de las prácticas policiales trae inmediatamente a la vista las enormes carencias existentes en materia de información, tanto sobre el

²⁰ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1976.

²¹ Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999.

comportamiento policial en general y en particular sobre atributos, como el uso de la fuerza o la posibilidad de detener y presentar personas ante distintas autoridades.

Siguiendo el trabajo de los investigadores Domício Proença y Jacqueline Muniz²² presentamos un marco conceptual que nos permite colocar al uso de la fuerza en el centro del mandato policial, y por lo tanto de aquello que debería ser la prioridad de su rendición de cuentas.²³ Dichos investigadores definen el concepto de “policía” como “aquel que responde por el mandato del uso de la fuerza bajo consentimiento social, en el imperio de la ley en una comunidad política”.²⁴ Dicha definición adquiere mayor claridad en su significado a partir de otras precisiones conceptuales:

- 1) El uso de la fuerza es el atributo distintivo de la policía, de lo que se espera de ella y de lo que hace, siempre y cuando se comprenda tal atributo tanto en su *dimensión concreta*, real, como en su *dimensión potencial*, la posibilidad autorizada de recurrir a la fuerza para obtener obediencia en caso de ser necesario.
- 2) El mayor desarrollo de los derechos de las personas clarifica y sustenta los contornos de la actuación de la policía, en particular del uso de la fuerza. Por lo tanto, un uso de la fuerza que niega sistemáticamente dichos límites contradice lo que debe ser la policía, y pasa a ser un medio para intereses particulares y/o gobiernos autoritarios.
- 3) Las circunstancias de aplicación del uso de la fuerza responden a las características particulares de cada evento, y sólo en segundo lugar a reglas generales de actuación, por lo que la discrecionalidad del policía en la toma de decisiones es consustancial a su mandato. Dicho rasgo refuerza la necesidad posterior de revisión y responsabilización.

²² Muniz, Jacqueline y Proença, Domício, “Bases conceptuales de métricas y patrones de medida del desempeño policial”, en Caruso, Haydée et al. (orgs.), *Policía, Estado y sociedad: prácticas y saberes latinoamericanos*, Publit Soluções Editoriais, 2007, pp. 233-383.

²³ Una presentación más amplia de estos conceptos se encuentra en Silva Forné, Carlos, “Policía y uso de la fuerza: centro de su mandato, información marginal”, *Revista Electrónica Métodos*, núm. 2, 2012, pp. 6-26.

²⁴ Proença, Domício y Muniz, Jacqueline, “‘Stop or I’ll Call the Police!’ The Idea of Police, or the Effects of Police Encounters Over Time”, *British Journal of Criminology*, núm. 46, 2006, p. 239.

- 4) Las expectativas sociales acerca de lo que puede esperarse de la policía, si acudirá (o no) a un llamado de la población, y si dará (o no) respuestas apropiadas, legales y legítimas, pueden sintetizarse en la “idea de la policía”. Dicho de otra forma, es la credibilidad social con la que cuenta. Sin credibilidad aumenta la desconfianza y la sospecha en la actuación policial, y por tanto aumenta la resistencia y el conflicto, y la necesidad de recurrir a la fuerza física concreta. Dichas expectativas se crean y recrean, en gran medida, en cada una de las interacciones que la policía y la población experimentan cotidianamente.

Dicha propuesta teórica, que coloca en un lugar vertebral de la rendición de cuentas policial al uso de la fuerza, tiene consecuencias en las dimensiones legal e institucional de una organización policial que quiera responder a una política pública democrática de seguridad ciudadana. Por ejemplo, los usos inapropiados de la fuerza policial, si carecen de transparencia, revisión y responsabilización posterior, erosionan la credibilidad de las soluciones policiales, y con ello afectan las normas de convivencia y la violencia social, así como la sedimentación de pautas ilegales de actuación por parte de la policía. Cada mal ejercicio en el uso de la fuerza trasciende la relevancia puntal de los derechos vulnerados en dicha situación.

Sin embargo, aunque conceptualmente central para la definición de lo que es la policía en una sociedad democrática, es sumamente incipiente en México la preocupación por el desarrollo de controles e indicadores institucionales sobre el ejercicio del uso de la fuerza, así como escaso el número de investigaciones académicas. Para las organizaciones policiales mexicanas, “lo que la policía hace” se concentra en indicadores de desempeño acerca del número de presentaciones de presuntos culpables de delitos o de incautación de bienes, sin que se conozca el “cómo” se recurre a la fuerza para el cumplimiento de esa u otras actividades.

Uno de los problemas centrales en relación con el “cómo” se aplica la fuerza u otras capacidades, como una detención por una falta administrativa o un supuesto delito, se refiere a que recrean y refuerzan los contornos de desigualdades sociales basadas en la clase, la etnia, la edad o el estatus. Si existen estos sesgos ilegítimos como forma sistemática de actuación policial, ya no se protegen derechos sino que se apuntalan exclusiones y autoritarismos. En relación con este punto, es importante

recordar que los principios y las categorías que figuran en una ley o reglamento siempre se aplicarán en prácticas socialmente situadas. Es decir, operadores como ministerios públicos o policías toman sus decisiones sobre un trasfondo de conocimiento socialmente estructurado disponible, y en un contexto social definido. Las reglas o categorías no permanecen externas a sus contextos de aplicación y se imbrican con dimensiones materiales, cognitivas y morales de la realidad social y organizacional, para así definir y redefinir lo que en “realidad” significan dichas categorías. Sin embargo, existen fuertes carencias de investigación empírica que nos permitan conocer cuáles son los principales sesgos, en particular discriminatorios y excluyentes para con ciertos grupos de población, que se han rutinizado en la aplicación de categorías legales en contextos específicos.

Según Birkbeck y Gabaldón,²⁵ las reglas para el uso de la fuerza física por parte de los policías se elaboran en tres ámbitos diferentes. En primer lugar, las normas legales y reglamentarias; en segundo lugar las que la administración policial puede generar internamente, y en tercer lugar, las que mandos y los funcionarios subalternos desarrollan como reglas “tácticas” que orientan su uso en los encuentros con los ciudadanos. El panorama cobra mayor complejidad si consideramos al ejercicio del uso de la fuerza u otras capacidades de control no solamente asociado a las funciones y expectativas formales del trabajo policial, sino también a la regulación de mercados ilegales, redes de corrupción, participación directa en redes delictivas o uso político de la fuerza pública para el control de opositores o movimientos de protesta.

VII. CONCLUSIÓN

No se puede hablar de rendición de cuentas policial sin saber cómo se ejerce el mandato del uso legítimo de la fuerza y cómo es que realizan sus controles cotidianos sobre la población. Sin embargo, los indicadores del trabajo policial en México, cuando los hay, no parecen tener en su centro

²⁵ Birkbeck, Christopher y Gabaldón, Luis Gerardo, “La disposición de agentes policiales a usar la fuerza contra el ciudadano”, *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2002, pp. 229-244; “La definición de los usos justificados de la fuerza en el desempeño policial: propuestas para un proyecto de investigación comparada”, en Gabaldón, Luis Gerardo y Birkbeck, Christopher (eds.), *Policía y fuerza física*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 125-138.

este objetivo. Como el uso de la fuerza puede no ser muy frecuente en los encuentros de policía y población, aparte de perspectivas generales sobre su ejercicio es conveniente una línea que se focalice en categorías de población que con mayor probabilidad tienen o pueden tener una relación conflictiva con las policías. Entre estas categorías destacan los jóvenes, en particular de sectores populares. Para estos sectores es central profundizar en las características de las “situaciones problemáticas” que condicionan los usos excesivos o abusivos de la fuerza. Estas descripciones deben combinar las estrategias de análisis cuantitativo y cualitativo. Estas últimas deben describir con mayor profundidad el universo de sentido y las condiciones institucionales en que se desarrollan las prácticas de actuación policial vinculadas al uso de la fuerza y a los controles que ejerce sobre la población joven en entornos urbanos.

Entre las condiciones que favorecen la existencia de un patrón de uso excesivo de la fuerza policial, una central es la fortaleza o debilidad de los sistemas de rendición de cuentas. Sistemas fuertes serán los que permitan generar transparencia sobre los eventos en que la fuerza es usada, alimentando investigaciones administrativas y penales que logren ser efectivas en un reparto justo de sanciones. En este sentido, uno de los más importantes avances en el control de la fuerza excesiva, en particular del empleo de armas de fuego, fue el desarrollo de la revisión de incidentes de forma administrativa y rutinaria.²⁶ Por lo tanto, un elemento para el fortalecimiento de los sistemas de rendición de cuentas de las policías del Distrito Federal descansa en la implementación de los reportes sobre el uso de la fuerza, tal como quedan establecidos en los artículos 29 y 30 de la Ley que Regula el Uso de la Fuerza de abril de 2008. Reportes que deben ser comprendidos no solamente en su dimensión de evaluación jurídica, caso por caso, sino en la generación de información agregada acerca de los patrones sistemáticos de ocurrencia. Lograr reportes validos —que no sean la adecuación de actuaciones reales a lo que se espera legalmente de ellas, simples rituales burocráticos— demanda un compromiso institucional importante tanto desde el punto de vista técnico como del punto de vista político. La generación de reportes internos sobre uso

²⁶ Sherman, Lawrence, “Perspectives on Police and Violence”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 452: *The Police and Violence*, 1980, pp. 1-12; Varenik, Robert, *Accountability. Sistema policial de rendición de cuentas. Estudio internacional comparado*, México, Insyde-CIDE, 2005.

de la fuerza, bajo las condiciones antes mencionadas, puede transformarse en una fuente de información valiosa para dibujar una mejor imagen de uso de la fuerza por parte de las policías en México, y así de sus prácticas de abuso que recaen de forma privilegiada sobre sectores específicos de la población.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALPERT, Geoffrey y DUNHAM, Roger, *Understanding Police Use of Force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

BITTNER, Egon, "Florence Nightingale in Pursuit of Willie Sutton: A Theory of the Police", *Aspects of Police Work*, Boston, MA: Northeastern University Press, 1990.

BIRKBECK, Christopher y GABALDÓN, Luis Gerardo, "La definición de los usos justificados de la fuerza en el desempeño policial: propuestas para un proyecto de investigación comparada", en GABALDÓN, Luis Gerardo y BIRKBECK, Christopher (eds.), *Policía y fuerza física*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003.

——— y GABALDÓN, Luis Gerardo, "La disposición de agentes policiales a usar la fuerza contra el ciudadano", *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2002.

BLUMER, Herbert, *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*, Barcelona, Hora, 1982.

BOURDIEU, Pierre, *Cuestiones de sociología*, Madrid, Ediciones Istmo, 1999.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Informe especial de violación a los derechos humanos en el caso New's Divine*, México, CDHDF, 2008.

DUROSE, Matthew et al., *Contacts between Police and the Public. Findings from the 2002 National Survey*, Bureau of Justice Statistics, 2005, disponible en: www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/cpp02.pdf.

ENGEL, Robin Shepard, "Explaining Suspects' Resistance and Disrespect Toward Police", *Journal of Criminal Justice*, 31, 2003.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1976.

GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI Editores, 1999.

- HARCOURT, Bernard E., *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- LERSCH, Kim y MIECZKOWSKI, Tom, “Violent Police Behavior: Past, Present, and Future Research Directions”, *Aggression and Violent Behavior*, 10, 2005.
- MEAD, George Herbert, *Espíritu, persona y sociedad desde el punto de vista del conductismo social*, Buenos Aires, Paidós, 1972.
- MUNIZ, Jacqueline y PROENÇA, Domício, “Bases conceptuales de métricas y padrones de medida del desempeño policial”, en CARUSO, Haydée et al. (orgs.), *Policía, Estado y sociedad: prácticas y saberes latinoamericanos*, Publitéc Soluções Editoriais, 2007.
- PARSONS, Talcott, *El sistema social*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- PROENÇA, Domício y MUNIZ, Jacqueline, “‘Stop Or I’ll Call The Police!’ The Idea of Police, or the Effects of Police Encounters Over Time”, *British Journal of Criminology*, núm. 46, 2006.
- SHERMAN, Lawrence, “Perspectives on Police and Violence”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 452: *The Police and Violence*, 1980.
- SILVA, Carlos, “Police Abuse in Mexico City”, en CORNELIUS, Wayne A. y SHIRK, David (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007.
- , *Policía, encuentros con la ciudadanía y aplicación de la ley en ciudad Nezahualcóyotl*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- TERRILL, William y MASTROFSKI, Stephen, “Situational and Officer-Based Determinants of Police Coercion”, *Justice Quarterly*, vol. 19, núm. 2, 2002.
- TYLER, Tom y WAKSLAK, Cheryl, “Profiling and Police Legitimacy: Procedural Justice, Attributions of Motive, and Acceptance of Police Authority”, *Criminology* 253, vol. 42, 2004.
- VARENIK, Robert, *Accountability. Sistema policial de rendición de cuentas. Estudio internacional comparado*, México, Insyde-CIDE, 2005.
- WILSON, James Q. y KELLING, George, “Broken Windows”, en KAPPELER, Víctor E. (ed.), *The Police and Society. Touchstone Readings*, Long Grove, Waveland Press, 2006. ●

IV. INVISIBILIDAD Y EXCLUSIÓN LEGAL

EXCLUSIÓN AMBIENTAL EN LA ZONA METROPOLITANA DEL VALLE DE MÉXICO. VISIONES ANTROPOCÉNTRICAS PARA MEJORAR LA CALIDAD DEL AIRE

CÉSAR NAVA ESCUDERO

Que el aire vuelva a ser respirable y de todos.

Mario BENEDETTI

Sumario

- I. Introducción
- II. Ambiente y exclusión
- III. La ética antropocéntrica
- IV. La calidad del aire en la ZMVM
- V. Régimen atmosférico de protección ambiental: ¿y dónde quedó el medio natural?
- VI. Reflexión final

I. INTRODUCCIÓN

El régimen atmosférico de la Zona Metropolitana del Valle de México (en adelante, ZMVM) ha estado orientado fundamentalmente a la protección ambiental de los seres humanos en cuanto a su salud, bienestar y calidad de vida. Si bien los programas y las disposiciones jurídicas que al efecto se han elaborado reconocen los efectos adversos que la contaminación atmosférica puede generar al medio natural, éste no ha sido tomado en cuenta para desarrollar mecanismos de aplicación que permitan su debida protección. Esto se debe a que la idea de mejorar la calidad del aire en la ciudad de México y su zona conurbada está sustentada en una visión de tipo antropocéntrica que no es, sin embargo, necesariamente anti-ambientalista.

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que el diseño de programas y la expedición de normas para mejorar la calidad del aire en la

ZMVM han provocado un fenómeno al que habremos de llamar *exclusión ambiental*. Este proceso de no inclusión, que no es concebido bajo el mismo significado y alcances que se desarrollan en otros trabajos de este libro, surge como resultado de adoptar una postura científica y ético-filosófica a la que se le denomina, dentro del pensamiento ambientalista, *antropocentrismo*. Dicha postura se apoya en la idea de que los seres humanos se encuentran en el centro del universo y de que son superiores a la naturaleza. Por lo tanto, el régimen atmosférico ha privilegiado nuestra protección pero excluido la del medio natural.

Para corroborar lo anterior, este estudio puntualiza que las normas de calidad del aire (que establecen los límites máximos permisibles de concentración de contaminantes atmosféricos), el índice de valores (que identifica la calidad del aire a través de números, colores y calificativos) y los programas de contingencias ambientales (cuya función es la de informar sobre los riesgos por contaminación atmosférica y las actividades sugeridas) están encauzados a la protección ambiental sólo de la salud de la población de la ZMVM.

II. AMBIENTE Y EXCLUSIÓN

El vocablo *ambiente* se ha equiparado erróneamente al de *ecología*. No son términos equivalentes porque sus acepciones primigenias son distintas. Mientras que la ecología es una ciencia que tiene por objeto de estudio las interrelaciones de los seres vivos y el hábitat que les rodea,¹ el ambiente es una idea cuyo significado es mucho más amplio y se refiere no sólo a una relación de organismos vivos entre sí, sino a lo “que rodea o cerca”.² El mismo equívoco se ha cometido con el de *naturaleza*. Se dice que lo natural es “la sustancia o factor que ocurre o se produce como parte normal de la naturaleza, aparte de cualquier actividad o intervención de los seres humanos. Se distingue de lo artificial o sintético”.³ En cambio, ambiente

¹ Ecología proviene del griego *oikos* = casa y *logía* = tratado, estudio, ciencia. El término fue acuñado por Ernst Haeckel hacia finales del siglo XIX.

² Así se ha establecido literalmente desde 1884 en la duodécima edición del *Diccionario de la Real Academia Española*. Véase Real Academia Española, *Nuevo tesoro lexicográfico de la lengua española*, 2010, disponible en: <http://buscon-rae.es/ntlle/SrvltGUILoginNtlle>.

³ Nebel, Bernard J. y Wright, Richard T., *Ciencias ambientales. Ecología y desarrollo sostenible*, 6a. ed., trad. de Francisco Javier Dávila, México, Prentice Hall, 1999, p. 678.

representa tanto a lo natural como a lo artificial, e incluso, a lo humano y a otras cosas más.

Ciertamente, se han elaborado muchas definiciones de ambiente, unas más flexibles o restrictivas, sin que hasta nuestros días se tenga una delimitación conceptual precisa. Habremos de insistir que si algún consenso se ha logrado en este sentido es que se trata de una idea que puede abarcar cualquier cosa y que a su vez puede tener significados diferentes para áreas de conocimiento o saberes distintos. Por ejemplo, al insertar la dimensión ambiental en la sociología, ambiente podrá designar el nexo que existe entre sociedad y naturaleza;⁴ si es en la economía, será el costo-beneficio actual y futuro del bienestar humano y la biodiversidad,⁵ y si es en el derecho, se tratará del bien o valor jurídico a protegerse por la normatividad correspondiente.⁶ Así aparecen, respectivamente, la *sociología ambiental*, la *economía ambiental* o el *derecho ambiental*.

Al combinar los vocablos ambiente y derecho —lo que origina la existencia del derecho ambiental— se hace indispensable determinar el contenido y alcance de lo que es el *concepto jurídico de ambiente*. Para ello, debemos adoptar una visión que permita abarcar, si bien no todo el universo, sí todo aquello que pueda referirse a “lo que rodea o cerca”. De manera que podemos señalar que ambiente comprende las nociones esenciales siguientes:⁷

- a) El medio natural, que se refiere a los procesos naturales, a lo natural, a los recursos naturales, a la flora y la fauna, a sus interrelaciones, al equilibrio o desequilibrio ecológicos, a los ecosistemas, etcétera.

⁴ López Ramírez, Alfonso, “Medio ambiente, desarrollo sustentable y pobreza rural en América Latina. Modelo teórico-metodológico”, en López Ramírez, Alfonso y Hernández, Pedro F. (coords.), *Sociedad y medio ambiente: contribuciones a la sociología ambiental en América Latina*, México, Asociación Latinoamericana de Sociología-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-La Jornada Editores, 1996, p. 40.

⁵ Park, Chris, *Dictionary of Environment and Conservation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 150.

⁶ Jaquenod de Zsögön, Silvia, *Derecho ambiental*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 21.

⁷ La clasificación que aquí presentamos es resultado de una serie de reflexiones científicas y ético-filosóficas elaboradas en años recientes, y que tuvieron como objeto primordial dotar de significado al concepto de crisis ambiental, al vocablo ambiente, y a la disciplina jurídica que se conoce con el nombre de derecho ambiental. Para una mejor comprensión sobre estas discusiones y debates, remitimos a Nava Escudero, César, *Ciencia, ambiente y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, *passim*.

- b) El medio construido, que comprende los procesos sociales o culturales, lo artificial o sintético, lo creado por el ser humano, las ciudades y mega-ciudades, etcétera.
- c) Los seres humanos, particularmente por lo que hace a su salud, bienestar y calidad de vida.
- d) Las relaciones de interdependencia recíproca que existen entre los propios seres humanos, y entre éstos y los medios natural y construido.

De aquí que se pueda afirmar que la protección ambiental en su dimensión normativa (esto es, el conjunto de normas jurídicas ambientales) deriva de un concepto que comprende las cuatro nociones arriba descritas. Bajo esta circunstancia, y para comprender el argumento que se esboza en el presente trabajo, partimos de la aseveración de que el ordenamiento jurídico ambiental relativo al régimen atmosférico debe proteger no sólo la salud, bienestar y calidad de vida de los seres humanos, sino también el medio natural.

Ahora bien, aunque parezca obvio, no está por demás enfatizar que la esencia de la regulación ambiental debe estar orientada a establecer normas jurídicas que estén a favor del ambiente, y esto no significa otra cosa más que elaborar legislación para *proteger* las cuatro nociones del contenido del concepto jurídico previamente aludido. Por supuesto que el alcance de la palabra *protección* en la legislación ambiental tiene ciertas semejanzas con el contenido y alcances de otros vocablos, pero todos ellos deben estar —o al menos deberían estarlo— encaminados a la defensa de su objeto de regulación.⁸ Se trata de expresiones tales como

⁸ Parecería un tanto innecesario tener que precisar que la esencia de una norma ambiental es la de proteger el ambiente y no la de desprotegerlo. Sin embargo, la realidad que se vive en nuestro país nos permite señalar que existen fenómenos a los que podemos llamar *paradojas de la legislación ambiental*, expresión que encierra la idea de que hay disposiciones ambientales anti-ambientales. Esto es, normas jurídicas que aparentan estar a favor del ambiente pero que en realidad están en su contra, provocando alteraciones, contaminación, destrucción o daño, tal y como sucedió con una norma oficial mexicana (la NOM-022-SEMARNAT-2003) en su especificación 4.43, relativa a los humedales costeros, a través de engañosas “medidas de compensación” para justificar su destrucción. El análisis de este tipo de paradojas lo desarrollamos en “Tres frases para la construcción de argumentos legales en la aplicación de la legislación ambiental”, en Nava Escudero, César (ed.), *Legislación ambiental en América del Norte / Environmental Legislation in North America*, México-Quebec, Canadá, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte, 2010, pp. 133-147.

las de conservación, preservación, mejoramiento, restauración, remediación, reparación, reconstrucción, vigilancia, inspección, custodia, etcétera. También las referentes a la prevención, combate y control de la contaminación.

Con base en esta explicación conceptual, se presentó en la línea de investigación institucional *Derechos, conflictos socio-ambientales y política* (espacio académico de discusión interdisciplinaria) una propuesta para discusión respecto a qué sucedería si el concepto jurídico de ambiente, tal y como lo hemos descrito, se amalgamara con ciertas nociones, específicamente con la de exclusión. Y esto fue lo que aconteció.

En principio se planteó la idea de que, independientemente de su significado, la combinación entre el concepto jurídico de ambiente y otras nociones provenientes de diversos campos del derecho y las ciencias sociales es analítica y conceptualmente viable. Por ejemplo, se discutió que al combinarlo con derechos permite la expresión *derechos ambientales*; con conflictos, la de *conflictos ambientales*, y con marginación, la de *marginación ambiental*. Por lo que ¿habría razón alguna para dudar sobre la fusión de este concepto con el de exclusión como parte de un proceso de enriquecimiento interdisciplinario, y así referirnos a la expresión *exclusión ambiental*?

Cuando se procedió a formular tal interrogante, resultó que si bien la propuesta de unión terminológica tuvo una halagadora recepción por el grupo de investigadores (titulares y asociados) y estudiantes (becarios, de pos-doctorado y de licenciatura) que conforman la línea de investigación, su significado comenzó a generar un arduo debate en dos sentidos. Primero, que la exclusión estaba ligada consustancialmente a lo social —de aquí el uso común de la expresión *exclusión social*—, por lo que una aleación como la propuesta sólo podía aceptar del concepto jurídico de ambiente lo relativo a los seres humanos. Segundo, que independientemente de que se pudiera “ampliar” la definición de exclusión a lo no social, debido a que la regulación ambiental comúnmente incluye la noción de medio natural, una disposición o un instrumento de aplicación que no la tomara en cuenta evidenciaría un fenómeno no de exclusión, sino de omisión u olvido de parte de autoridades y legisladores.

Sobre el primer punto del debate, estaba claro que la polémica radicaba en que la exclusión había sido concebida desde sus orígenes (allá por las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado) para describir

situaciones de individuos, comunidades o grupos humanos dentro y fuera de una sociedad: “la noción de ‘exclusión social’, en sus inicios estuvo ligada a un pequeño sector social que se encontraba ubicado *fuera del sistema social*”.⁹ Pero no así para referirse a grupos no humanos o a situaciones o fenómenos no sociales, como podría ser el medio natural. Por consiguiente, el equilibrio ecológico y otras formas de vida, como la flora y la fauna, no podrían constituirse como categorías o unidades de análisis del concepto mismo de exclusión ambiental.

En este sentido, las lecturas que se llevaron a cabo en nuestras reuniones académicas periódicas, consistentemente confirmaron que, en efecto, la idea de exclusión está ligada a especies humanas y sus relaciones en sociedad, y no a especies no humanas o a cualquier otro ente o cosa no humana. Por ejemplo, en una de esas lecturas, Fernando Cortés aborda y discute los dilemas que conlleva precisar el significado de dicho concepto, pero explicitando que sus reflexiones están vinculadas invariablemente a cuestiones sólo de tipo social, ya sean las personas, los procesos laborales o las relaciones de trabajo.

En los hechos, el concepto exclusión intenta describir el proceso a través del cual una serie de actores sociales que habían sido incluidos en los frutos del desarrollo y del bienestar en los años de bonanza económica, emergencia y consolidación del Estado benefactor son excluidos —especialmente del mercado laboral—, debido a los cambios inducidos directa o indirectamente por la globalización.

...

La categoría exclusión social no parece tener una clase de referencia claramente establecida, en efecto, en ocasiones se refiere a individuos; en otras, a procesos de trabajo, y a veces, a relaciones de trabajo.¹⁰

De modo que siempre fue sumamente controvertible argumentar que debía aceptarse que tanto políticas públicas como normas jurídicas ambientales pueden generar procesos de exclusión del medio natural o de otras formas de vida que no fueran humanas, como ilas iguanas!

⁹ Véase Enríquez, Pedro Gregorio, “De la marginalidad a la exclusión social: un mapa para recorrer sus conceptos y núcleos problemáticos”, *Fundamentos en Humanidades*, Argentina, año VIII, núm. I (15/2007), p. 75.

¹⁰ Cortés, Fernando, “Consideraciones sobre la marginación, la marginalidad, marginalidad económica y exclusión social”, *Papeles de Población*, México, núm. 047, enero-marzo de 2006, p. 78.

Con el paso del tiempo, entre opositores y adherentes, y ante mi insistencia —que no terquedad— sobre la posibilidad de construir y darle sentido a la expresión “exclusión ambiental” a partir del concepto jurídico de ambiente, se consiguió por lo menos que se admitiera y reconociera su existencia. Sin embargo, sobre su significado y alcances no se logró consenso alguno.

Así, la amalgama conceptual quedó explícitamente mencionada en el texto de uno de los trabajos publicados en esta obra colectiva: nos referimos al ensayo del doctor Mauricio Padrón.¹¹ En su estudio, a propósito de la descripción que realiza sobre lo que debe entenderse por exclusión social, se refiere de manera puntual a que existen, junto a ésta, dimensiones conceptuales más generales del pensamiento social contemporáneo, tales como la exclusión económica, política, de género, étnica, jurídica y, por supuesto, ambiental. Todas son, a decir del autor citado, “distintas formas, grados o tipos de exclusión”.

Respecto al segundo punto, es decir, por lo que corresponde a lo difícil de creer que la regulación ambiental no incluya al medio natural, y que si así fuera no sería exclusión sino omisión u olvido, se presentó como contraargumento el ejemplo del régimen atmosférico de protección ambiental, específicamente el caso del mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de México y su zona conurbada.¹² El análisis de este sector dentro del ordenamiento jurídico ambiental no sólo buscaría persuadir a mis colegas de la línea de investigación sobre la viabilidad de referirse a un concepto de exclusión ambiental con un alcance más allá de lo estrictamente social, sino que permitiría una explicación puntual sobre el hecho de que, en muchos sentidos, el régimen atmosférico para la capital del país ha excluido al medio natural.

Con este caso se puede demostrar que en el sector ambiental atmosférico existen ciertos mecanismos de aplicación dentro de programas y normas jurídicas que están orientados fundamentalmente a la protección de los seres humanos. Nos referimos, en específico, a las normas de calidad del aire (donde se establecen los límites máximos permisibles de

¹¹ Véase de este autor, en este mismo libro, el artículo intitulado “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes”.

¹² En ocasión de la *Semana de las Líneas de Investigación* realizada durante el mes de septiembre de 2011 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se presentó para su discusión y análisis la ponencia intitulada “Conflictos atmosféricos. Exclusión ambiental y grupos vulnerables”.

concentración de contaminantes atmosféricos), al índice de valores (que identifica la calidad del aire a través de números, colores y calificativos) y a los programas de contingencias atmosféricas ambientales (donde se informa sobre los riesgos por contaminación y acciones sugeridas). Si bien el medio natural, como noción del concepto jurídico de ambiente, se menciona expresamente en algunos cuerpos jurídicos y políticas públicas ambientales, no ha sido considerado para determinar ni los límites máximos permisibles ni el índice de valores, ni tampoco para formar parte de la activación de los planes de emergencias atmosféricas.

La razón de que esto haya sucedido así se debe a que el régimen atmosférico de protección ambiental ha sido edificado bajo una ética antropocéntrica. Esto significa que los seres humanos han sido el foco de atención y de regulación en dicho régimen.

III. LA ÉTICA ANTROPOCÉNTRICA

Dentro del pensamiento ambientalista han existido por tradición dos posturas ético-filosóficas que han tratado de explicar los orígenes y las alternativas de respuesta a la actual crisis ambiental: el antropocentrismo y el ecocentrismo.¹³ Aunque en ocasiones es posible detectar cierto tipo de convergencias entre ellas, cada una conserva sus propias y muy definidas características. Por un lado, la ética antropocéntrica postula que los seres humanos nos encontramos en el centro del universo y que la naturaleza (que no tiene valor intrínseco ni derechos) existe sólo para beneficio de nosotros mismos. Por el otro, la ética ecocéntrica sostiene que la naturaleza (que sí tiene valor intrínseco y derechos) es el centro del universo y existe para sí misma y para los propios seres humanos.

Tanto el antropocentrismo como el ecocentrismo están conformados por diferentes corrientes de pensamiento y se han elaborado diversas tipologías en torno a ello.¹⁴

¹³ A estas dos se han agregado recientemente el *ambiocentrismo*, que ha sido adoptado desde el pensamiento complejo y a partir de ello el uso de la expresión complejidad ambiental, y el de la *sabiduría ancestral-sagrada*, que se ha fundamentado en el pensamiento de grupos y comunidades ancestrales (o indígenas). Hacemos un recuento de éstas en Nava Escudero, César, *op. cit.*, nota 7, pp. 195-237.

¹⁴ Una tipología clásica se encuentra en O'Riordan, Timothy, "The Challenge for Environmentalism", en Peet, Richard y Thift, Nigel, *New Models in Geography*, Londres, Unwin, 1989, pp. 77-102.

Siguiendo a Guillermo Foladori,¹⁵ bajo la égida del antropocentrismo se identifican dos grandes grupos: primero, los *antropocentristas tecnocentristas*, cuyas corrientes de pensamiento incluyen a cornucopianos y ambientalistas moderados; segundo, los *antropocentristas críticos*, que abarcan a eco-desarrollistas, ecologistas sociales, y marxistas (véase tabla 1).

TABLA 1. EL PENSAMIENTO AMBIENTALISTA ANTROPOCÉNTRICO SEGÚN FOLADORI

Ética	Grupos	Causas de la crisis ambiental	Soluciones a la crisis ambiental
A N T R O P O C E N T R I S M O	<i>Tecnocentristas</i>	<p><i>Cornucopianos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - No hay crisis ambiental. - Problemas falsos o no graves. <p><i>Ambientalistas moderados:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Uso excesivo de recursos naturales por no ser propiedad privada y/o por precios inadecuados. - Pobreza y consumo de los ricos. 	<p><i>Cornucopianos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Libre mercado sin o muy limitada participación estatal. - Se encargan tecnología y mercado. <p><i>Ambientalistas moderados:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Políticas que internalicen costos. - Crecimiento económico. - Tecnologías eficientes y limpias. - Disminución de la pobreza.
	<i>Críticos</i>	<p><i>Ecodesarrollistas:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Producción y consumo impuesto por países hegemónicos en un mundo históricamente desigual. - Tecnologías inapropiadas. - Dominación cultural. <p><i>Ecologistas sociales:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Relaciones de dominación entre humanos y naturaleza. - Lógica de mercado. <p><i>Marxistas:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Relaciones sociales de producción y explotación a la naturaleza. - Relaciones capitalistas: producción ilimitada y desempleo. 	<p><i>Ecodesarrollistas:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Producción y consumo alternativo basado en recursos naturales locales, conocimiento y tecnologías locales, equilibrio e integración rural-urbana. <p><i>Ecologistas sociales:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Expandir comunidades auto-gerenciadas: producción a pequeña escala y relaciones de cooperación. <p><i>Marxistas:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Cambio de las relaciones de producción capitalistas por otras no clasistas y solidarias, basadas en propiedad y gestión social de medios de producción.

FUENTE: Adaptada de Foladori, G., "Una tipología del pensamiento ambientalista", *op. cit.*

¹⁵ Véase Foladori, Guillermo, "Una tipología del pensamiento ambientalista", en Foladori, Guillermo y Pierri, Naína (coords.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo*

En el caso del ecocentrismo, para Foladori existe un solo grupo: los ecocentristas. Éstos están conformados por dos corrientes de pensamiento que son los ecologistas profundos y los ecologistas verdes (tabla 2).

TABLA 2. EL PENSAMIENTO AMBIENTALISTA ECOCÉNTRICO SEGÚN FOLADORI

Ética	Grupo	Causas de la crisis ambiental	Soluciones a la crisis ambiental
E C O C E N T R I S M O	Ecocentristas	<i>Ecologistas profundos:</i> — Ética antropocéntrica. — Desarrollo tecnológico, industrial y urbano. — Explosión demográfica (neomalthusianismo).	<i>Ecologistas profundos:</i> — Igualitarismo biosférico. — Detener el crecimiento industrial, urbano y poblacional. — “Vuelta al campo”. — Preservar la naturaleza.
		<i>Ecologistas verdes:</i> — Industrialismo y crecimiento económico ilimitado: consumismo. — Crecimiento poblacional. — Tecnologías sucias. — Uso excesivo de recursos energéticos no renovables.	<i>Ecologistas verdes:</i> — Disminuir consumo. — Detener el crecimiento poblacional. — Tecnologías verdes. — Energías limpias con recursos renovables. — Conservar la naturaleza.

FUENTE: Adaptada de G. Foladori, *idem*.

Desde el punto de vista político-ideológico, y en términos muy generales, se vinculan a la ética antropocéntrica las izquierdas (con ciertas excepciones), los centros, y las derechas (incluyendo la extrema derecha). A la ética ecocéntrica se asocian posiciones político-ideológicas que no están ni a la izquierda (salvo algunos radicales) ni al centro ni a la derecha; su posición es estar al frente, esto es, constituir y buscar un nuevo paradigma ideológico.

Por lo anterior, es el antropocentrismo y no el ecocentrismo el que se ha caracterizado por tener el mayor número de seguidores en el discurso ambientalista. En él se encuentran prácticamente todos los gobiernos del planeta; los organismos internacionales (incluyendo a la ONU); una enor-

sustentable, México, Cámara de Diputados-Universidad Autónoma de Zacatecas-Miguel Ángel Porrúa, 2005, pp. 83-136.

me cantidad de científicos, académicos, intelectuales, burócratas, políticos y abogados; ciertas organizaciones no gubernamentales; los partidos políticos (excluyendo a la mayoría de los partidos verdes); las empresas privadas y las grandes transnacionales; los medios de comunicación *in genere* y, por último, las principales religiones del mundo (en especial las que provienen de la tradición judeo-cristiana, que incluye prácticamente a todas sus escisiones o ramificaciones).

Como los antropocentristas forman parte del grupo mayoritario y dominante en la toma de decisiones (a nivel social, político, gubernamental, jurídico, científico, filosófico, mediático, etcétera), es característico en ellos no buscar nuevos paradigmas ni reformas radicales. Es decir, defienden el *statu quo* y buscan *adaptarse* y *responder* a tal o cual problema u oportunidad ambiental. Mientras tanto, los ecocentristas, como grupo minoritario y reactivo al antropocentrismo, proponen cambios trascendentalísimos que confrontan los principios esenciales de la postura antropocéntrica y plantean con ello nuevos estilos de vida y concepciones vinculadas a un posible igualitarismo biosférico.¹⁶

No debemos perder de vista que adoptar una postura antropocéntrica deriva en admitir la existencia de cierta superioridad humana sobre la naturaleza, una naturaleza que en lo biótico y lo abiótico debe *dominarse* y *utilizarse* para un fin último que es el bienestar humano. Un árbol, una iguana, o la atmósfera (todos ellos sin valor intrínseco ni derechos) existen sólo para beneficio nuestro. Pero debe quedar claro que tal concepción universal no es *per se* una visión anti-ambientalista, puesto que los antropocentristas y su discurso ético-filosófico (con excepción de los cornucopianos) están a favor de proteger el ambiente.

Con esta brevísima explicación sobre la esencia de la ética antropocéntrica, corresponde ahora formularnos la siguiente interrogante: ¿pueden regir en el antropocentrismo las cuatro nociones que conforman el concepto jurídico de ambiente, particularmente la del medio natural? La

¹⁶ Es evidente que ni la ética antropocéntrica ni la ética ecocéntrica son puras, como tampoco lo son sus respectivas corrientes de pensamiento. Si bien existen claras diferencias de pensamiento entre unas y otras, también es posible detectar postulados que convergen y conducen a respuestas similares. Por ejemplo, tanto *antropocentristas ambientalistas moderados* como *ecocentristas verdes* coincidirían en enfrentar la crisis ambiental a través de tecnologías limpias, con la diferencia de que para éstos dichas tecnologías tendrían que ser de pequeña escala, y para aquéllos, independientemente de su escala, lo importante es que sean efectivas.

respuesta en este sentido es afirmativa. Es decir, es correcto aseverar que bajo la ética antropocéntrica la política pública y el ordenamiento jurídico ambientales, según la explicación conceptual que hemos venido desarrollando, tendrían que proteger tanto a los seres humanos (su salud, bienestar y calidad de vida) como al medio natural.

Sin embargo, debido a que tal objeto de protección ostenta el rasgo distintivo de que primero están los intereses humanos y luego los de la naturaleza,¹⁷ puede ocurrir que a ésta no se le tome en cuenta. Así, desde el momento en que algún sector de regulación ambiental no incluya al medio natural para su protección se configura el fenómeno de la exclusión ambiental.

El no tomar en consideración tal noción del concepto jurídico de ambiente significa que una política pública o una norma jurídica buscan *favorecer* primordialmente a los seres humanos. El argumento de que protegiendo a los humanos se protege a la naturaleza (al menos de manera indirecta) no tiene sentido alguno, puesto que no siempre es factible determinar si un programa o disposición en esta dirección conducirá (y en qué medida y bajo qué parámetros) a *beneficiar* aquello que compone el medio natural. De cualquier modo, proceder así constataría la preeminencia de una visión meramente antropocéntrica, y esto redundaría nuevamente en la presencia del fenómeno de exclusión ambiental.

El escenario anterior se presenta precisamente dentro del régimen sectorial ambiental atmosférico para el caso de la ciudad de México y su zona conurbada. Como se demostrará más adelante, el régimen atmosférico de protección ambiental (inmerso como lo está en la ética antropocéntrica) busca proteger la atmósfera o mejorar la calidad del aire, no por el valor intrínseco que pudiera tener la propia atmósfera como parte integrante del medio natural ni porque tenga derechos, ni tampoco por que se quiera con ello proteger todo lo que conforma el medio natural (*i. e.* flora y fauna, equilibrio ecológico, ecosistemas, etcétera). En realidad, se protege la atmósfera o se mejora la calidad del aire porque de esta manera se obtiene un beneficio para los seres humanos: disminuir el riesgo de la salud en una población determinada, en este caso, la que reside en la ZMVM.

¹⁷ Esto también supone que en caso de conflicto entre unos y otros, prevalecerán los intereses humanos.

Con esta reflexión podemos mencionar el ejemplo siguiente. La cubierta vegetal (*i. e.* bosques o áreas verdes) que se ubica dentro y fuera (alrededor) de un conglomerado urbano tiene importancia porque, para sus residentes, su existencia y conservación contribuye a mitigar la generación de ciertos contaminantes atmosféricos, específicamente las partículas, que son nocivas para la salud humana. Es decir, si se desarrollan políticas públicas y legislación ambiental para crear áreas con vegetación (a través de plantación de árboles) o proteger las ya existentes, no es necesariamente por razón de su valor intrínseco, belleza escénica, o debido a que otras especies necesiten de ellas para su subsistencia, sino porque en primerísimo lugar acarrearán beneficios de tipo atmosférico a sus habitantes. Y esta es la situación que prevalece en la ZMVM.

IV. LA CALIDAD DEL AIRE EN LA ZMVM

La Zona Metropolitana del Valle de México se refiere a una extensión territorial de 7,732 km² con un total de 19.7 millones de habitantes. Está conformada por 16 delegaciones del Distrito Federal —que es formalmente la ciudad de México, sede de los poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos— y por 59 municipios del Estado de México (véase tabla 3). Corresponden al Distrito Federal el 19% de dicha área geográfica, con una superficie de 1,495 km², así como el 45% de la población, con 8.8 millones de habitantes. Al Estado de México pertenecen el restante 81%, con una superficie de 6,237 km², y el 55% de la población, conformada por 10.9 millones de habitantes.

Para conocer los niveles de contaminación atmosférica en la ZMVM se han elaborado desde hace ya algunos años (específicamente a partir de 1972) instrumentos denominados *inventarios de emisiones*, que a su vez han sido utilizados para desarrollar programas para el mejoramiento de la calidad del aire.¹⁸ A través de estos inventarios (que desde 1998 se actualizan cada dos años) se presenta información que permite —entre otros— identificar las fuentes de emisión por categoría o sector (*i. e.* industria, transporte, etcétera); distinguir el tipo de contaminantes criterio, tóxicos, y recientemente de efecto invernadero; describir los niveles de

¹⁸ Véase, para mayor detalle, Secretaría de Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal, *Inventario de emisiones de contaminantes criterio de la ZMVM 2008*, México, SMA, 2010, pp. 15 y ss.

concentración y la distribución espacial y temporal de los principales contaminantes, y establecer las tendencias y comportamientos de las emisiones. Los datos y estadísticas sobre la situación atmosférica en la ciudad de México y su zona conurbada que se han utilizado para la elaboración del programa gubernamental más reciente, *i. e.*, el Programa para Mejorar la Calidad del Aire de la Zona Metropolitana del Valle de México 2011-2020 (en adelante, Proaire 2011-2020), provienen del Inventario de emisiones del año 2008.

TABLA 3. ZONA METROPOLITANA DEL VALLE DE MÉXICO

<i>Distrito Federal</i> Delegaciones: 16 Superficie: 1,495 kms ² Población: 8.8 millones	<i>Estado de México</i> Municipios conurbados: 59 Superficie: 6,237 kms ² Población: 10.9 millones	
Álvaro Obregón	Acolman	Melchor Ocampo
Azcapotzalco	Amecameca	Naucalpan de Juárez
Benito Juárez	Apaxco	Nextlalpan
Coyoacán	Atenco	Nezahualcóyotl
Cuajimalpa	Atizapán de Zaragoza	Nicolás Romero
Cuauhtémoc	Atlauta	Nopaltepec
Gustavo A. Madero	Axapusco	Otumba
Iztacalco	Ayapango	Ozumba
Iztapalapa	Coacalco de Berriozábal	Papalotla
Magdalena Contreras	Cocotitlán	San Martín de las Pirámides
Miguel Hidalgo	Coyotepec	Tecámac
Milpa Alta	Cuautitlán	Temamatla
Tláhuac	Cuautitlán Izcalli	Temsacalapa
Tlalpan	Chalco	Tenango del Aire
Venustiano Carranza	Chiautla	Teoloyucan
Xochimilco	Chicoloapan	Teotihuacan
	Chiconcuac	Tepetlaoxtoc
	Chimalhuacán	Tepetlixca
	Ecatepec de Morelos	Tepotzotlán

<i>Distrito Federal</i>	<i>Estado de México</i>	
	Ecatzingo	Tequixquiac
	Huehuetoca	Texcoco
	Hueyoxtla	Tezoyuca
	Huixquilucan	Tlamanalco
	Isidro Fabela	Tlalnepantla de Baz
	Ixtapaluca	Tonanitla
	Jaltenco	Tultepec
	Jilotzingo	Tultitlán
	Juchitepec	Valle de Chalco Solidaridad
	La Paz	Villa del Carbón
		Zumpango

FUENTE: Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, 2011.

Al indagar sobre la situación que guarda la calidad del aire en la ZMVM es indispensable referirnos a tres cuestiones muy específicas dentro del amplio régimen atmosférico de protección ambiental: a) la concentración máxima permisible de contaminantes; b) el índice de valores, y c) el programa de contingencias ambientales. Estos tres aspectos son, a su vez, mecanismos fundamentales para implementar tanto los objetivos diseñados en las políticas públicas como los mandatos establecidos en las normas jurídicas ambientales.

1. LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES DE CONCENTRACIÓN

Existe para ciertos contaminantes atmosféricos un nivel permisible o aceptable de concentración. Los límites máximos permitidos se plasman en lo que se conoce como *normas de calidad del aire* y que formalmente llamamos, según nuestra legislación, normas oficiales mexicanas (en adelante, NOMs). Hasta el momento se han expedido normas a nivel federal para ocho contaminantes atmosféricos, que son conocidos con el nombre de *contaminantes criterio*: plomo (Pb), bióxido de azufre (SO₂), monóxido de carbono (CO), bióxido de nitrógeno (NO₂), ozono (O₃), partículas menores a 10 micrómetros

(PM₁₀), partículas menores a 2.5 micrómetros (PM_{2.5}), y partículas suspendidas totales (PST).¹⁹

Todas estas NOMs han sido expedidas por el gobierno federal a través de la Secretaría de Salud con el objeto de establecer criterios para evaluar la calidad del aire. Se trata de valores normados para la concentración máxima (*i. e.*, límites permisibles de concentración) de cada uno de los contaminantes atmosféricos arriba señalados como medida de protección a la salud de la población.²⁰ Los límites permisibles pueden cambiar con el transcurso de los años según los niveles de tolerancia que establezcan las autoridades correspondientes.

Pongamos un par de ejemplos para comprender la esencia y desarrollo de estas normas. Primero, la anterior norma oficial mexicana relativa al SO₂ (*i. e.* la NOM-022-SSA1-1993) establecía en sus orígenes como nivel máximo permisible una concentración de 0.130 ppm promedio de 24 horas y de 0.030 ppm promedio anual, lo que se consideraba en su momento el límite máximo para la protección a la salud humana. Debido a que se reportó que durante el periodo 2003-2009 las concentraciones de este contaminante en la ZMVM no rebasaron dichos niveles —lo que significaba que, al menos por lo que hace al SO₂, se cumplía con los estándares normativos mexicanos— se “bajaron” los límites permisibles de concentración para proteger, aún más, la salud de la población. Así, la norma fue modificada por la vigente NOM-022-SSA1-2010 y se estableció un valor menos tolerante, en donde la concentración máxima no deberá rebasar de 0.110 ppm promedio en 24 horas y de 0.025 ppm promedio anual.²¹

¹⁹ Corrobórese en Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *Programa para Mejorar la Calidad del Aire de la Zona Metropolitana del Valle de México (2011-2020)*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales-Secretaría de Salud-Secretaría de Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal-Secretaría de Medio Ambiente del Gobierno del Estado de México, 2011, p. 61.

²⁰ Cabe señalar que el gobierno federal ha expedido desde hace algunos años a través de la hoy Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y paralelamente a las expedidas por la Secretaría de Salud, un número considerable de NOMs en materia atmosférica. Aunque algunas de estas normas se refieren a concentraciones y/o límites máximos permisibles de distintos contaminantes para fuentes fijas o fuentes móviles, calibración de equipos de medición, diversos procesos de producción, etcétera, ninguna de ellas se toma en cuenta como punto de referencia para establecer los niveles permisibles para la elaboración del índice de valores o el programa de contingencias que se aplican para la ZMVM. Más adelante abordaremos esta cuestión.

²¹ Esta norma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de septiembre de 2010.

Segundo, en el caso del O_3 , la norma oficial mexicana respectiva (*i. e.* la NOM-020-SSA1-1993) ha establecido un máximo de 0.110 ppm promedio de 1 hora y de 0.080 ppm promedio de 8 horas anual. Estos límites han sido superados cada año (con porcentajes diversos) desde que empezó el monitoreo sistemático de la contaminación atmosférica en el año de 1986.²² En consecuencia, y a diferencia de lo sucedido con el SO_2 , no se ha hecho modificación alguna a los límites máximos permisibles. Se considera que al estar los niveles de concentración constantemente violando dichos límites, la población ha estado expuesta a riesgos en su salud a lo largo de todos estos años.

De manera que el criterio principal que se utiliza para determinar la calidad del aire que se respira en la ZMVM (como en todo el país) se refiere a que los niveles de concentración de los contaminantes no rebasen los límites máximos establecidos. Y esto tiene un fin específicamente determinado: proteger la salud de la población. Hay que subrayar que no existen, en ninguna de estas normas, valores de concentración máxima permisible para la protección al medio natural.

2. ÍNDICE DE VALORES

Con el objeto de difundir entre la población de la ZMVM la información de los niveles de contaminación del aire se creó un índice de valores — conocido como Índice Metropolitano de la Calidad del Aire (en adelante, IMECA)—, en donde el límite permisible de concentración establecido en la norma tiene el equivalente a una escala de 100 puntos.²³ De esta manera, es fácil comprender que si tomamos el ejemplo del ozono, 100 puntos IMECA equivalen al límite máximo de 0.110 ppm en 1 hora según lo establecido por la NOM-020-SSA1-1993, relativa a ese contaminante en particular.

²² Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *op. cit.*, nota 19, pp. 61 y 62.

²³ Aunque el IMECA data de 1982 (su antecedente inmediato es el Índice Mexicano de Calidad del Aire o IMEXCA de 1977), no fue sino hasta noviembre de 2006 que se expidió por la Secretaría de Medio Ambiente del Distrito Federal una norma para definir su significado y utilidad, así como para establecer los lineamientos de su cumplimiento. Para mayor información véase Secretaría del Medio Ambiente, “Norma Ambiental para el Distrito Federal NADF-009-AIRE-2006, que establece los requisitos para elaborar el Índice Metropolitano de la Calidad del Aire”, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 29 de noviembre de 2006.

Si bien existen en la actualidad normas de calidad del aire (NOMs) para ocho contaminantes atmosféricos, sólo seis de ellos se utilizan para obtener el IMECA. Se trata de los contaminantes criterio siguientes: el O_3 , el CO, el SO_2 , el NO_2 , las PM_{10} y las $PM_{2.5}$. Para facilitar el entendimiento de las equivalencias mencionadas, los puntos IMECA se identifican de esta manera: a) con una escala de números que aumenta cada 50 puntos; b) por color, siendo el verde el más bajo y el morado el más alto, y c) por calificativos de la calidad del aire, en donde “buena” es la más baja y “extremadamente mala” es la más alta (véase tabla 4).

Son precisamente los calificativos de la calidad del aire el referente formal para describir el estado que guarda la atmósfera. Así, *stricto sensu*, la manera apropiada para referirse a la situación atmosférica en la ZMVM no es con el uso de vocablos tales como “limpia”, “saludable”, “sana” o “adecuada”, sino a través de dichos calificativos. De modo que es la calidad del aire —y no la atmósfera— la que puede ser buena, regular, mala, muy mala, o extremadamente mala.

TABLA 4. EL IMECA POR ESCALA, COLOR, CONTAMINANTE Y CALIFICATIVO

IMECA	Color	O_3 (ppm)	NO_2 (ppm)	SO_2 (ppm)	CO (ppm)	PM_{10} ($\mu g/m^3$)	$PM_{2.5}$ ($\mu g/m^3$)	Calificativo de la calidad del aire
50	Verde	0.055	0.105	0.065	5.50	60	15.4	Buena
100	Amarillo	0.110	0.210	0.130	11.00	120	40.4	Regular
150	Naranja	0.165	0.315	0.195	16.50	220	65.4	Mala
200	Rojo	0.220	0.420	0.260	22.00	320	150.4	Muy mala
>200	Morado	>0.220	>0.420	>0.260	>22.00	>320	>150.4	Extremadamente mala

FUENTE: Adaptado de Secretaría del Medio Ambiente, 2006.

TABLA 5. EL IMECA POR ESCALA Y CALIFICATIVO.
MENSAJES DE RIESGO Y ACCIONES

IMECA	Calificativo de la calidad del aire	Mensajes de riesgo / acciones sugeridas
0-50	Buena	— <i>Adecuada para llevar a cabo actividades al aire libre.</i>
50-100	Regular	— <i>Se pueden llevar a cabo actividades al aire libre. Posibles molestias en niños, adultos mayores y personas con enfermedades.</i>
100-150	Mala	— <i>Evite las actividades al aire libre, esté atento a la información de calidad del aire. “Acuda al médico si presenta síntomas respiratorios o cardíacos”.</i> Causante de efectos adversos a la salud en la población, en particular los niños y los adultos mayores con enfermedades cardiovasculares y/o respiratorias como el asma.
150-200	Muy mala	— <i>Evite salir de casa y mantenga las ventanas cerradas, esté atento a la información de la calidad del aire. “Acuda al médico si presenta síntomas respiratorios o cardíacos”.</i> Causante de mayores efectos adversos a la salud en la población en general, en particular los niños y los adultos mayores con enfermedades cardiovasculares y/o respiratorias como el asma.
>200	Extremadamente mala	— <i>Proteja su salud, evite salir de casa y mantenga las ventanas cerradas, esté atento a la información de la calidad del aire. “Acuda al médico si presenta síntomas respiratorios o cardíacos”. “No use el automóvil”.</i> Causante de efectos adversos a la salud de la población en general. Se pueden presentar complicaciones graves en los niños y los adultos mayores con enfermedades cardiovasculares y/o respiratorias como el asma.

FUENTE: Adaptado de Secretaría del Medio Ambiente, 2006.

El objeto fundamental de los calificativos de la calidad del aire tiene dos fines claramente identificables. Primero, determinar el riesgo que implica la concentración de un contaminante atmosférico para la población, lo que se produce a través de mensajes de riesgos. Segundo, especificar las actividades que la propia población puede llevar a cabo para su protección; se trata de acciones de prevención y protección (véase tabla 5).

La norma ambiental respectiva que establece los requisitos para elaborar el IMECA, esto es, la NADF-009-AIRE-2006 expedida por la Secre-

taría del Medio Ambiente del Distrito Federal, hace puntual referencia a estos dos fines al señalar que el propósito del índice de valores es el de “informar a la población de manera clara, oportuna y continua, sobre los niveles de contaminación atmosférica, los probables daños a la salud que ocasiona y las medidas de protección que puede tomar”.²⁴ Y puntualiza lo siguiente:

5.3.2 La difusión del IMECA por medio de un color y un calificativo deberá incorporar información sencilla de los riesgos a la salud humana y las acciones de prevención y protección que puede realizar la población. Los mensajes son breves y consideran que si un contaminante atmosférico criterio tiene concentraciones cuyo riesgo es bajo para la salud, no es necesario preocupar a la población; de lo contrario, es necesario señalarle que el contaminante atmosférico criterio puede ocasionar un efecto negativo a la salud, que esté pendiente y atenta a las recomendaciones sobre medidas de protección y que en su caso las adopte.²⁵

En suma, debemos subrayar que el IMECA tiene como propósito fundamental la protección de la población y no la del medio natural, puesto que el índice de valores se adapta a los límites de protección a la salud que establecen las NOMs expedidas por la Secretaría de Salud respecto de los contaminantes criterio arriba señalados.

3. PROGRAMA PARA CONTINGENCIAS AMBIENTALES ATMOSFÉRICAS

Cuando los niveles de concentración de un contaminante comienzan a rebasar los 100 puntos IMECA, se implementan *programas de emergencia o contingencia* con el objeto de llevar a cabo todas aquellas acciones de mitigación o reducción de las emisiones correspondientes. Como las normas ambientales y el índice de valores tienen como fin primordial la protección de la salud humana, tales programas están orientados a la prevención y alerta inmediata a la población en general, y particularmente a los grupos vulnerables, como niños, asmáticos, o personas con problemas respiratorios y cardiovasculares.

La ciudad de México y su zona conurbada han contado con este tipo de planes desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado, to-

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

dos con el propósito principal de proteger a los seres humanos a través de la activación de fases de precontingencia y contingencia.²⁶

El plan de emergencia para la ZMVM de 2008,²⁷ el *Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en el Distrito Federal* (en adelante, PCAA),²⁸ contempla, al igual que sus antecesores, disposiciones relativas a su activación (ya sea para precontingencia o contingencia en fases I y II) sólo respecto de dos contaminantes: el O₃ y las PM₁₀. Asimismo, establece la activación de la fase I del Programa por una combinación de ambos según sus niveles de concentración (véase tabla 6).

En un principio, la activación del Programa de contingencias por O₃ en su fase I, iniciaba cuando los niveles de concentración rebasaban los 250 puntos IMECA, y en su fase II, al rebasar los 350 puntos. Con el paso de los años la determinación para activar el Programa se fue modificando. Según el PCAA de 2008, a partir de julio de 2011, la fase I se pone en marcha cuando se rebasan los 180 puntos IMECA y la fase II cuando los

²⁶ Desde la creación del Programa de Contingencias Ambientales en 1988 se ha producido información sobre el número de veces en que se han activado las fases de precontingencia (a partir de 1998) y de contingencia para la reducción de emisiones y de prevención a la salud de la población. Ya hemos advertido en otras ocasiones sobre la confusión que generan los informes gubernamentales en este sentido, puesto que las cifras que se han manejado a lo largo de casi 25 años no siempre concuerdan. Para mayor información sobre este punto y sobre los niveles de activación a través de un cuadro comparado para el periodo 1988-2005, véase Nava Escudero, César, *Estudios ambientales*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 318 y ss. Para obtener datos respecto del periodo 1998-2011 sobre la activación de este programa —que por cierto tampoco concuerdan del todo con cifras publicadas en documentos gubernamentales anteriores— acúdase a la página web de la Secretaría de Medio Ambiente del Distrito Federal: www.sma.df.gob.mx.

²⁷ El artículo tercero transitorio del decreto que creó este Programa establece que quedan abrogados tanto el Decreto por el que se expidió el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en el Distrito Federal según *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de fecha 30 de octubre de 1998, así como los decretos respectivos que reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del mismo, publicadas en la propia *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de fechas 22 de diciembre de 1999 y 30 de agosto de 2006. Jefatura de Gobierno, “Decreto por el que se expide el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en el Distrito Federal”, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, de fecha 30 de junio de 2008.

²⁸ Alertamos al lector que el programa de 2008, al que habremos de referirnos en este trabajo, quedó abrogado por el Decreto que expide el Programa de Contingencias Ambientales Atmosféricas en el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 9 de agosto de 2012. Hacemos esta precisión porque el presente trabajo fue entregado para su revisión, discusión y posterior dictaminación unas semanas antes de que entrara en vigor el PCAA de 2012, razón por la cual no se incluye en esta ocasión para su análisis.

niveles son mayores a 230 puntos. La determinación para las precontingencias por este contaminante también se ajustó: en agosto de 2006 la fase de precontingencia se activaba al llegar a los 170 puntos IMECA, y ahora se hace cuando se alcanzan los 150 puntos.

TABLA 6. VALORES IMECA PARA LA ACTIVACIÓN Y DESACTIVACIÓN DEL PROGRAMA DE CONTINGENCIAS AMBIENTALES ATMOSFÉRICAS (A PARTIR DE JULIO DE 2011)

	<i>Precontingencia</i>	<i>Contingencia fase I</i>	<i>Contingencia fase II</i>
O ₃	Inicio: mayor a 150	Inicio: mayor a 180	Inicio: mayor a 230
	Suspensión: menor a 150	Suspensión: menor a 150	Suspensión: menor a 150
PM ₁₀	Inicio: mayor a 150	Inicio: mayor a 175	Inicio: mayor a 230
	Suspensión: menor a 150	Suspensión: menor a 150	Suspensión: menor a 150
O ₃ y PM ₁₀	No aplica	Inicio: O ₃ mayor a 160 y PM ₁₀ mayor a 125	No aplica
		Suspensión: menor a 150	

FUENTE: Adaptado de Jefatura de Gobierno, 2008.

Algo similar sucedió con las PM₁₀. La precontingencia se pone en marcha cuando se alcanzan los 150 puntos IMECA; la contingencia en su fase I al llegar a los 175, y la fase II a los 230. En agosto de 2006 la precontingencia se activaba a los 160 puntos IMECA; la fase I de contingencia a los 175, y la fase II a los 250.

Es interesante comentar que el decreto de 2008 por el que se expidió el PCAA establece lo que se entiende por precontingencia, contingencia, y contingencia combinada, y todos ellos se refieren a la afectación a la salud que pueda sufrir la población. Aunque en la definición de contingencia ambiental se hace mención a un posible riesgo ecológico o afectación al medio ambiente para la activación del PCAA, tal situación de emergencia se habría de declarar de acuerdo con las normas oficiales respectivas, las cuales, como ya señalamos anteriormente, sólo establecen límites

permisibles de concentración de ciertos contaminantes atmosféricos en relación con la protección a la salud humana.

¿Es la calidad del aire en la ZMVM buena, regular, mala, muy mala, extremadamente mala? Dado que el régimen atmosférico está orientado a la protección ambiental sólo de los seres humanos, ¿en verdad existe tal protección? Los resultados obtenidos en más de 25 años de gestión de la calidad del aire en la ZMVM (1986-2012) muestran que los niveles de contaminación atmosférica (por contaminante criterio) no son tan graves ni alarmantes como los observados durante finales de la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado. En efecto, contaminantes como el CO o el SO₂ son ejemplo claro de una tendencia descendente. Incluso, en el caso de contaminantes como el O₃, que continúan rebasando los límites permisibles establecidos por la NOM (según cifras oficiales, de 1986 a 2009 no se registró un solo año en que se cumpliera con dichos límites), los picos más altos de concentración han desaparecido.²⁹

Sin embargo, la calidad del aire está lejos de estar exenta de riesgos para la salud humana. Hay cuatro factores que no permiten escenarios autocomplacientes o demasiado optimistas, aunque la tendencia de los contaminantes sea la de ir a la baja. Primero, los límites máximos de concentración permitidos de ciertos contaminantes en las NOMs son todavía muy flexibles, particularmente cuando son comparados con estándares internacionales. Es decir, la norma mexicana establece límites que son altos frente a los valores que se utilizan o se recomiendan en otras partes del mundo, como los adoptados o sugeridos por la Unión Europea, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de América, o la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS). Por ejemplo, si comparamos los límites de las normas de calidad del aire mexicanas con las de la OMS para el caso del O₃, encontramos que mientras que en México se establece un máximo de 157 µg/m³ para un promedio diario de ocho horas (que significa 0.08 ppm),³⁰ las guías de valores de la OMS, según su última actualización,³¹ señalan un máximo de 100 µg/m³ para ese mismo promedio (que significa 0.05 ppm). Para el caso del material particulado,

²⁹ Los datos y estadísticas al detalle pueden obtenerse en Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *op. cit.*, nota 19, pp. 61 y ss.

³⁰ *Ibidem*, p. 31.

³¹ Organización Mundial de la Salud, *Guías de calidad del aire de la OMS relativas al*

específicamente para partículas menores a 10 micrómetros (o sea, las PM_{10}), existe también una diferencia importante. La norma mexicana establece $120 \mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio de 24 horas y $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio anual,³² en tanto que la OMS establece una guía de $50 \mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio de 24 horas y $20 \mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio anual, lo que permite advertir fácilmente lo flexible de la norma en nuestro país. Y así para otros casos más.³³

Segundo, y aunado a lo anterior, la activación del PCAA para la ZMVM no ha sido, tal y como tampoco lo fueron sus antecesores, lo estricto que se requería; por el contrario, ha sido *característicamente tolerante*. Dicho de otro modo, el PCAA debería ponerse en marcha —al menos para la activación de la precontingencia— cuando los niveles máximos de concentración tanto del O_3 como de las PM_{10} alcancen los 100 puntos IMECA; pero la activación del Programa se inicia cuando las concentraciones de estos dos contaminantes están todavía muy por encima de los límites máximos permitidos por las normas ambientales. Recordemos que si el PCAA se diseña para prevenir y proteger la salud, su activación a los 180 puntos IMECA para el caso del ozono y de 175 para las partículas menores a 10 micrómetros para la fase I, tolera demasiado riesgo para la población. Ya analizamos que de 100 a 150 puntos, que es cuando se activa la precontingencia, se tienen efectos adversos a los seres humanos (en su salud), específicamente a niños y adultos mayores con enfermedades cardiovasculares y/o respiratorias (véase tabla 5). Y peor aún, entre los 150 y los 200 puntos, que es cuando se activaba la fase I, los efectos adversos a la salud son ya mayores.

Tercero, el diseño político-jurídico para combatir la contaminación atmosférica en la ZMVM no parece cubrir en su totalidad la labor esencial de prevenir los riesgos a la salud humana. Esto porque las medidas para la activación del PCAA se enfocan sólo a dos contaminantes: el O_3 y las

materiales particulados, el ozono, el dióxido de nitrógeno y el dióxido de azufre. Actualización mundial 2005, Ginebra, OMS, 2006.

³² Secretaría de Salud, “Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-025-SSA1-1993, Salud ambiental. Criterios para evaluar el valor límite permisible para la concentración del material particulado. Valor límite permisible para la concentración de partículas suspendidas, totales PST, partículas menores a 10 micrómetros PM_{10} y partículas menores de 2.5 micrómetros $PM_{2.5}$ de la calidad del aire ambiente. Criterios para evaluar la calidad del aire”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 26 de septiembre de 2005.

³³ Mayores datos respecto a estos y otros contaminantes se pueden encontrar en Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *op. cit.*, nota 19, p. 31, y Organización Mundial de la Salud, *op. cit.*, nota 31, *passim*.

PM₁₀. Es necesario que se incluyan otros contaminantes (por lo menos aquellos que son de preocupación) que evidentemente también tienen consecuencias negativas.

Cuarto, las concentraciones de ciertos contaminantes siguen contribuyendo a un número estimado de muertes prematuras. Las cifras en este sentido son variables pero escandalosas.³⁴ En el más reciente de los Programas para mejorar la calidad del aire, el ya mencionado Proaire 2011-2020, se proporcionan datos sobre las muertes que se podrían evitar si se cumpliera con los límites que establece la NOM respectiva, que de cualquier manera es muy tolerante. Este documento gubernamental señala, incluso, las muertes que se evitarían si los límites máximos permisibles se ajustaran a estándares internacionales.

...si el promedio anual de PM₁₀ cumpliera cabalmente la norma actual mexicana de 50 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, se evitarían 400 muertes de corto plazo en la ZMVM. Si se cumpliera con la norma europea de 40 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ se evitarían cerca de 1,000 muertes en la ZMVM. Y, si la reducción de los contaminantes llegase hasta los niveles establecidos por la OMS y la EPA, esto es, a los 20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, se podrían evitar 2,300 muertes.³⁵

También se han hecho estimaciones para el O₃ con estudios epidemiológicos que presentan evidencia en la que se asocia a este contaminante con un incremento en las tasas de mortalidad. Si se redujera la concentración de O₃ a 50 ppm se evitarían cerca de 400 muertes en la ZMVM al año.³⁶

Estas consideraciones están vinculadas con la información sobre los riesgos que los niveles de concentración acarrearán para la salud humana, pero no para los riesgos o daños que se pudieran causar al medio natural. Como veremos a continuación, la protección ambiental y el control y reducción de emisiones de los niveles de contaminación atmosférica en la ZMVM están enfocados a políticas y normas que siempre se refieren a los seres humanos y ocasionalmente al medio natural. Precisando, los mecanismos que permiten la aplicación y operatividad de la regulación político-jurídica (*i. e.* los límites permisibles de concentración, el índice de

³⁴ Algunas referencias pueden consultarse en Nava Escudero, César, *op. cit.*, nota 26, pp. 312-322.

³⁵ Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *op. cit.*, nota 19, p. 19.

³⁶ *Ibidem*, pp. 24 y ss.

valores y el programa de contingencias) han sido confeccionados únicamente para nosotros los humanos y no para el medio natural.

V. RÉGIMEN ATMOSFÉRICO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL: ¿Y DÓNDE QUEDÓ EL MEDIO NATURAL?

Como señalamos en el primer apartado de este trabajo, el régimen atmosférico de protección ambiental (en cuanto a sus programas y normas jurídicas) parte de una ética antropocéntrica y, por lo tanto, su foco de atención han sido los seres humanos. Esto tiene una implicación de enorme trascendencia en relación con las cuatro nociones del concepto de ambiente, particularmente con la del medio natural. Simple y sencillamente, al ser la salud humana lo primordial, ha quedado excluido el medio natural de la protección ambiental.

La aseveración anterior no significa en lo absoluto que las políticas públicas y que las normas jurídicas hayan dejado de reconocer que la contaminación atmosférica tiene efectos adversos en el medio natural. En efecto, por un lado, los programas atmosféricos más importantes para la ZMVM se han referido a esta noción de manera puntual. El primer programa integral para la ZMVM, el *Programa Integral contra la Contaminación Atmosférica de la Zona Metropolitana de la Ciudad de México* (PICCA) de 1990, señaló en su momento que “los contaminantes presentes en el aire tienen distintos grados de toxicidad en el ser humano, los animales o vegetales. A la vez, y dependiendo de las condiciones de humedad, son agresivos a los materiales, edificaciones y monumentos de la ciudad”.³⁷ Algo semejante sucedió con el programa que lo sustituyó, el *Programa para Mejorar la Calidad del Aire en el Valle de México 1995-2000* (Proaire 1995-2000) de 1996, que estableció: “los contaminantes atmosféricos también causan daños en la vegetación... Hace más de diez años que se cuenta con evidencia científica sobre los daños causados por gases oxidantes, como el ozono a las coníferas y a otros tipos de vegetación en las zonas del Ajusco... y del Desierto de los Leones... al sur de la Ciudad de México”.³⁸

³⁷ Secretariado Técnico Intergubernamental, *Programa Integral contra la Contaminación Atmosférica de la Zona Metropolitana de la Ciudad de México*, México, Secretariado Técnico Intergubernamental, 1990, p. 16.

³⁸ Departamento del Distrito Federal et al., *Programa para Mejorar la Calidad del Aire*

Dos ejemplos más. Entrado el siglo XXI se expidió el *Programa para Mejorar la Calidad del Aire de la Zona Metropolitana del Valle de México 2002-2010* (Proaire 2002-2010) de 2002, y nuevamente incluyó al medio natural a propósito de la lluvia ácida: “entre más ácida es la lluvia, mayores daños ocasiona a los suelos, la vegetación, los cultivos, los cuerpos de agua superficial, los materiales de construcción y el mobiliario urbano”.³⁹ Y el vigente Proaire 2011-2020, que especificó respecto al medio natural que a veces las plantas no presentan síntomas visibles, y a veces es clara la evidencia de que son dañadas: “se han detectado en los últimos años efectos negativos de los gases oxidantes en algunos cultivos en parcelas experimentales y especies ornamentales en jardines, como soya, frijol, dalia... en la zona del Desierto de los Leones se han detectado daños por ozono en árboles de cereza negra”.⁴⁰

Por lo que hace a la normatividad, los cuerpos jurídicos más relevantes en materia ambiental vinculados a la calidad del aire también se han referido al medio natural. Así, en la parte relativa a la prevención y control de la contaminación atmosférica, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (en adelante, LGEEPA) se refiere a esta noción al comienzo del artículo 113, al establecer que “No deberán emitirse contaminantes a la atmósfera que ocasionen o puedan ocasionar desequilibrios ecológicos o daños al ambiente”.

El propio reglamento de esta ley (*i. e.*, el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Prevención y Control de la Contaminación de la Atmósfera de 1988) lo incluye como un criterio para la protección a la atmósfera:

Artículo 13. Para la protección a la atmósfera se considerarán los siguientes criterios:

I. La calidad del aire debe ser satisfactoria en todos los asentamientos humanos y las regiones del país; y

en el Valle de México 1995-2000, México, Departamento del Distrito Federal-Gobierno del Estado de México-Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca-Secretaría de Salud, marzo de 1996, p. 41.

³⁹ Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *Programa para Mejorar la Calidad del Aire de la Zona Metropolitana del Valle de México 2002-2010*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales-Secretaría de Salud-Gobierno del Distrito Federal-Gobierno del Estado de México, 2002, pp. 3-19.

⁴⁰ Comisión Ambiental Metropolitana *et al.*, *op. cit.*, nota 19, pp. 85 y 86.

II. Las emisiones de contaminantes a la atmósfera, sean de fuentes artificiales o naturales, fijas o móviles, deben ser reducidas o controladas, para asegurar una calidad del aire satisfactoria para el bienestar de la población y el equilibrio ecológico.

En el plano local, la Ley Ambiental para el Distrito Federal de 2000 previene criterios para la protección a la atmósfera semejantes a los del Reglamento de la LGEEPA arriba mencionado.

Artículo 131. Para la protección a la atmósfera se considerarán los siguientes criterios:

I. Las políticas y programas de las autoridades ambientales deberán estar dirigidas a garantizar que la calidad del aire sea satisfactoria en el Distrito Federal; y

II. Las emisiones de todo tipo de contaminantes a la atmósfera, sean de fuentes fijas o móviles, deben ser prevenidas, reguladas, reducidas y controladas, para asegurar una calidad del aire satisfactoria para la salud y bienestar de la población y el mantenimiento del equilibrio ecológico.

Entonces, si estos programas e instrumentos jurídicos hacen alusión al medio natural, ¿cómo es posible hablar de su exclusión en el régimen atmosférico de protección ambiental?

La respuesta está sustentada en el hecho de que si bien la regulación programático-jurídica atmosférica se ocupa de mencionarlo, el medio natural y todo aquello que lo conforma en realidad no ha sido considerado como un factor en la elaboración de *enunciados programáticos* y *normas de calidad del aire* para la implementación de dicha regulación. Los enunciados y normas a los que nos referimos son aquellos mecanismos que sirven para aplicar y hacer operativos —es decir, poner en marcha— los programas e instrumentos jurídicos. Estos mecanismos, a los que ya hemos hecho referencia en el apartado anterior, comprenden los límites permisibles de concentración establecidos en las NOMs, el índice de valores según lo establecido en el IMECA, y los mensajes de riesgos y acciones sugeridas contenidas en el PCAA. Todos ellos, habremos de repetir una vez más, están orientados sólo a proteger la salud humana.

El punto clave para corroborar lo anterior se encuentra plasmado precisamente en diversas disposiciones jurídicas que al efecto se han elabo-

rado y que sujetan la protección ambiental de la atmósfera a las normas de calidad del aire, *i. e.*, a las NOMs que expide la Secretaría de Salud. Éstas, a su vez, han sido diseñadas para establecer los niveles permisibles de concentración con el objeto de proteger a los seres humanos.

Así, cuando la LGEEPA se refiere a las facultades que a nivel federal tiene la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales en materia de prevención y control de la contaminación atmosférica, se hace hincapié en los valores máximos permisibles para la salud pública que determine la Secretaría de Salud.

Artículo 111. Para controlar, reducir o evitar la contaminación de la atmósfera, la Secretaría tendrá las siguientes facultades:

I. Expedir las normas oficiales mexicanas que establezcan la calidad ambiental de las distintas áreas, zonas o regiones del territorio nacional, con base en los valores de concentración máxima permisible para la salud pública de contaminantes en el ambiente, determinados por la Secretaría de Salud;

El Reglamento de la LGEEPA en esta materia, reitera la importancia de sujetar aquellas normas que al efecto se expidan para regular las emisiones de olores, gases y partículas a la atmósfera, a las normas previamente expedidas por la Secretaría de Salud según los valores de concentración máxima para los seres humanos. Lo anterior tanto para fuentes fijas como para fuentes móviles, según lo establecen respectivamente los artículos 16 y 28 del Reglamento en cuestión.

Artículo 16. Las emisiones de olores, gases, así como de partículas sólidas y líquidas a la atmósfera que se generen por fuentes fijas, no deberán exceder los niveles máximos permisibles de emisión e inmisión, por contaminantes y por fuentes de contaminación que se establezcan en las normas técnicas ecológicas que para tal efecto expida la Secretaría en coordinación con la Secretaría de Salud, con base en la determinación de los valores de concentración máxima permisible para el ser humano de contaminantes en el ambiente que esta última determina.

...

Artículo 28. Las emisiones de olores, gases, así como de partículas sólidas y líquidas a la atmósfera que se generen por fuentes móviles, no deberán exceder los niveles máximos permisibles de emisión que se establezcan en las normas técnicas ecológicas que expida la Secretaría

en coordinación con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y de Energía, Minas e Industria Paraestatal, tomando en cuenta los valores de concentración máxima permisible para el ser humano de contaminantes en el ambiente determinados por la Secretaría de Salud.

Dada la importancia que tienen las NOMs que ha expedido la Secretaría de Salud, hemos elaborado un cuadro comparativo con cada una de las normas de calidad del aire que hemos venido mencionando (véase tabla 7). En él se observa claramente que en el numeral relativo a las *Especificaciones* de cada una de ellas, lo que se protege es la población y no el medio natural.⁴¹ Recordemos que estas NOMs se refieren a contaminantes criterio que sirven de base para conocer los niveles máximos de concentración para el ser humano.

TABLA 7. ESPECIFICACIONES POR CONTAMINANTE
SEGÚN NORMA OFICIAL MEXICANA

NOM	<i>Especificaciones por contaminante</i>
NOM-020-SSA1-1993	4. Especificaciones. Para efectos de protección a la salud de la población más susceptible se establece una norma que contempla: la concentración de ozono como contaminante atmosférico debe ser menor o igual a 0.110 ppm, promedio horario, para no ser rebasado una vez al año.
NOM-021-SSA1-1993	4. Especificaciones. La concentración de monóxido de carbono como contaminante atmosférico no debe rebasar el valor permisible de 11.00 ppm o lo que es equivalente a 12,595 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ en promedio móvil de 8 hs una vez al año, como protección a la salud de la población susceptible.
NOM-022-SSA1-2010	4. Especificaciones. La concentración de dióxido de azufre como contaminante atmosférico no debe rebasar el límite máximo normado de 288 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ o 0,110 ppm promedio en 24 hs, una vez al año, para protección a la salud de la población.
NOM-023-SSA1-1993	4. Especificaciones. La concentración de bióxido de nitrógeno, como contaminante atmosférico, no debe rebasar el límite máximo normado de 0.21ppm o lo que es equivalente a 395 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, en una hora una vez al año, como protección a la salud de la población susceptible.

⁴¹ Sugerimos al lector revisar las NOMs que aquí presentamos para una información completa de su contenido. Esta tabla comprende algunas partes relativas a las Especificaciones de cada una.

NOM	Especificaciones por contaminante
NOM-025-SSA1-1993	5. Especificaciones. Para efectos de protección a la salud de la población más susceptible, se establecen los valores de concentración máxima para PST, PM ₁₀ y PM _{2.5} en el aire ambiente... Partículas Suspendidas Totales PST: 210 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio de 24 hs... Partículas menores a 10 micrómetros PM ₁₀ : 120 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio de 24 hs... Partículas menores a 2.5 micrómetros PM _{2.5} : 65 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ promedio de 24 hs.
NOM-026-SSA1-1993	4. Especificaciones. La concentración de plomo como contaminante atmosférico no debe rebasar el valor permisible de 1.5 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ en un periodo de tres meses promedio aritmético, como protección a la salud de la población susceptible.

FUENTE: adaptado de las normas oficiales mexicanas que se citan.

Como ya lo explicamos, las NOMs son el sustento para la elaboración del índice de valores, donde el límite permisible de concentración establecido en la norma tiene el equivalente a una escala de 100 puntos. El IMECA permite identificar si la calidad del aire a través de tal escala de puntos, y por color o con calificativos, es buena, regular, mala, muy mala, o extremadamente mala. La intención del IMECA no está orientada a determinar los posibles daños al medio natural de la ZMVM, y con ello conocer sobre la calidad del aire. En efecto, no hay que olvidar que en la ya referida norma NADF-009-AIRE-2006 relativa a los requisitos para elaborar el IMECA, se establece manifiestamente que el propósito de este índice de valores es informar a la población no sólo de los niveles de contaminación atmosférica sino también de los probables daños a la salud humana que ésta ocasiona y de las medidas de protección que se pueden tomar. Finalmente, el mecanismo que reafirma la idea de que la regulación atmosférica está edificada sólo para los seres humanos, aunque en ella se haga alusión al medio natural, es el propio Programa de contingencias ambientales. El objeto del PCAA de 2008 señalaba lo siguiente:

El presente Programa tiene por objeto determinar, atendiendo a la concentración de contaminantes atmosféricos en las 16 delegaciones del Distrito Federal, las fases de contingencia ambientales, las bases de la declaración respectiva, así como las medidas aplicables para prevenir

y controlar las emisiones contaminantes generadas por fuentes fijas y móviles, sus efectos en la salud de la población o en los ecosistemas.⁴²

¿Por qué sostenemos que sólo cuenta la salud de los humanos y no los ecosistemas, aunque éstos sean mencionados por el Programa? Porque la activación del PCAA está sujeta a valores o puntos IMECA (según se trate de O₃ y/o de las PM₁₀) cuyas equivalencias se obtienen de los límites máximos permisibles de concentración por contaminante según lo establecido en las NOMs. Y como ya precisamos, en las Especificaciones de estas normas de calidad del aire se deja en claro que el objeto principal en cada una de ellas es la protección de la población.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Dos cuestiones finales. Primero, a lo largo de este trabajo hemos tratado de demostrar que el régimen atmosférico para la ZMVM tiene un objetivo fundamental: proteger la salud de la población. Esto se debe a que los mecanismos que permiten la implementación de la regulación político-jurídica de protección ambiental para mejorar la calidad del aire están fundamentados en una ética antropocéntrica, lo que significa privilegiar a los seres humanos por encima del medio natural o de cualquiera de los factores que lo componen. Este razonamiento, a manera de hipótesis como parte de una línea de investigación propia, permite afirmar que semejante circunstancia bien podría configurar un fenómeno al que podemos denominar *exclusión ambiental*. Si queremos evitar que acontezcan este tipo de procesos excluyentes, es indispensable reflexionar sobre la necesidad de incluir al medio natural dentro de los mecanismos que permiten la aplicación de programas y normas jurídicas ambientales. Es tiempo ya de dejar de pensar sólo en los seres humanos y de buscar beneficios sólo para nosotros mismos; es menester proteger la naturaleza, el equilibrio ecológico, los ecosistemas, o la flora y la fauna, más allá del valor o utilidad que éstos tengan para el *Homo sapiens sapiens*.

Segundo, gracias a la posibilidad de debatir una serie de temas afines con colegas universitarios de diversas disciplinas al interior de una línea

⁴² Jefatura de Gobierno, “Decreto por el que se expide el Programa para Contingencias Ambientales Atmosféricas en el Distrito Federal”, *op. cit.*, nota 27.

de investigación institucional creada *ex profeso*, se han asimilado dos cosas fundamentales. Por un lado, que el desarrollo de la investigación científica y el crecimiento personal de cada académico se fortalece exponencialmente al compartir y discutir proyectos de investigación propios en contextos interdisciplinarios. Las posibilidades de expansión intelectuales en este sentido son infinitas. Por el otro, que espacios que permiten el debate abierto y plural de ideas y conceptos, aunque con ello no se llegue a consensos sobre la diversidad de temas explorados, representan la consolidación de los procesos de formación de recursos humanos, particularmente de investigadores jóvenes y de estudiantes de licenciatura y posgrado. ●

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

DIANA DÍAZ MONTIEL

Sumario

- I. Introducción
- II. Planteamiento del problema
- III. La protección del derecho a la libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos
- IV. El derecho a la libertad religiosa como un caso posible de exclusión legal o jurídica
- V. Una propuesta de inclusión de niñas y niños en su ámbito religioso
- VI. El derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en casos jurisdiccionales ¿Ejemplos de exclusión jurídica o legal?
- VII. A modo de reflexión
- VIII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Algunos derechos protegen libertades de elección, es decir la autonomía para decidir con quién asociarse, por quién votar, las creencias que se adopten y manifiesten, etcétera. Esta premisa dificulta su aplicación para aquellos titulares que no tienen esta autonomía. El derecho a la libertad religiosa plantea esta situación, pues es considerado como un derecho del cual toda persona es titular desde el momento en que nace. Sin embargo, su ejercicio se ha reservado para las personas mayores de edad. El argumento para ello es que con la edad se desarrollan las capacidades que permiten tomar una decisión y valorar las consecuencias de adoptar y manifestar alguna religión o creencia, en lugar de únicamente imitar actos religiosos.

Esta postura se encuentra ampliamente difundida, y bajo este razonamiento, niñas, niños y adolescentes han sido excluidos de las decisiones

que los involucren sobre la adopción de una religión o creencias y sobre sus manifestaciones, como cultos, ritos, prácticas y enseñanzas. Esto ha sido poco cuestionado. ¿Acaso esta exclusión se encuentra justificada, y por tanto niñas niños y adolescentes no pueden participar de las decisiones religiosas en su vida? O bien, ¿cómo podrían participar de estas decisiones a partir de sus propias características de personas en desarrollo? El presente trabajo busca ahondar en estas interrogantes.

Estas preguntas se abordarán contrastando el objeto de protección del derecho a la libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta regulación es palpable el cambio de la tutela de preferencias religiosas y sus manifestaciones, a un derecho que requiere guía para su ejercicio en el caso de niñas y niños.

A partir de ello, se señala cómo el derecho a la libertad religiosa tiene como premisa la autonomía de la persona, es decir, la facultad de tomar decisiones previendo sus consecuencias. Por tanto, quienes carecen de ésta quedan fuera de la protección que este derecho otorga. De esta manera se genera una exclusión legal o jurídica para estos titulares de derechos que en razón de ser personas en desarrollo no pueden acceder al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, ¿este argumento justifica reconocer el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños sin que puedan ejercerlo? O bien, ¿pueden ejercer este derecho no a partir de una autonomía plena, sino desde sus propias características?

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A lo largo de la niñez, las personas menores de edad se ven inmersas en diversos fenómenos relacionados con creencias religiosas, como su propia formación religiosa o moral, la adopción de creencias y prácticas de su entorno familiar y social, por ejemplo las prácticas de sus compañeros de clase que pueden ser distintas a las propias.

Un caso hipotético es un salón de clases de un kínder donde se acostumbre celebrar el cumpleaños de los alumnos con un pastel y un convivio; uno de los alumnos puede ser testigo de Jehová y por tanto no puede festejar ni su cumpleaños ni participar en las celebraciones de sus com-

pañeros de clase debido a sus creencias religiosas. Todos los compañeros deben decidir qué hacer cuando su compañero testigo de Jehová se aísla en los festejos y el día de su cumpleaños. En esta situación hay decisiones que los niños deben tomar: ¿lo invito a mi pastel?, ¿le doy una bolsita de dulces como a todos?, ¿lo felicito el día de su cumpleaños?, ¿le cantamos las mañanitas o el feliz cumpleaños? También el niño testigo de Jehová puede reflexionar sobre ¿por qué no puedo ir al pastel y convivir con mis compañeros?, ¿por qué debo permanecer aislado mientras los demás festejan?, ¿por qué a mí no me pueden celebrar mi cumpleaños como a los demás?

Ésta no es la única situación posible; las niñas y niños pueden preguntarse sobre la celebración de ritos, prácticas y sobre la enseñanza en general, ya sea la que reciben o bien la que observan en la familia y la sociedad en la que se encuentran inmersos. De igual manera puede ser que haya conflictos de intereses más complejos entre los niños y sus padres, o bien entre ambos padres y los hijos. Estos escenarios se encuentran latentes en todas las relaciones padres-hijos.

El derecho internacional de los derechos humanos a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño establece los derechos de padres e hijos en estas situaciones. Como todos los derechos, éstos pueden entrar en colisión. En estos casos es necesario ponderarlos e interpretarlos conforme a las herramientas que el mismo corpus jurídico internacional prevé con la finalidad de garantizarlos plenamente.

Algunos casos sobre estos conflictos que se han resuelto mediante la vía jurisdiccional han surgido de situaciones relativas a la guarda y custodia y al calendario de visitas de los padres con sus hijos tras el divorcio o separación de los padres. Cuando un matrimonio o una pareja con hijos se separa, surge la necesidad de establecer con quién vivirán los hijos (guarda y custodia) y el régimen de visitas y convivencias (días en los que el padre o la madre que no vive con los hijos convive con ellos).

Un tema que puede considerarse para tomar esta decisión es la formación religiosa o la adopción de creencias que los padres quieran que sus hijos tengan. Cuando los padres se separan, se visibilizan múltiples desacuerdos sobre la crianza de los hijos. Uno de éstos puede ser justamente la formación religiosa o la adopción de creencias de los hijos. Por ejemplo, que la madre desee que sus hijos reciban educación judía y el

padre quiera orientarlos a formarse en la religión católica. Dado que algunos padres consideran que la convivencia facilita la guía religiosa de la adopción de creencias, en algunos casos jurisdiccionales este tema ha sido relevante en las decisiones sobre guarda y custodia y el régimen de visitas y convivencias.

Las situaciones descritas invitan a reflexionar sobre la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes, es decir, la adopción de alguna religión o creencias y sus manifestaciones, mediante el culto, ritos, prácticas y enseñanza. Si bien ambos padres tienen el derecho de guiar este ámbito de sus hijos, ¿es únicamente una decisión de los padres, o en su caso tutores?, o bien ¿niñas, niños y adolescentes pueden participar de estas decisiones? En ocasiones, esto se ha entendido como algo que no amerita mayor reflexión. Sin embargo, estos casos permiten analizar la titularidad y particularmente el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. ¿Cuáles son los derechos de los padres?, y ¿cuáles los de niñas, niños y adolescentes?, ¿cómo interactúan estos dos derechos? Y ¿si niñas y niños se encuentran incluidos dentro de las decisiones de índole religiosa?

En el derecho internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18, establece que toda persona goza del derecho a la libertad religiosa pero parte de la premisa de la elección de tener o adoptar alguna religión o creencias y manifestarlas. Posteriormente, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño otorga la titularidad de este derecho a niñas y niños, y señala el derecho de los padres o tutores de guiar su ejercicio. Ambos tratados internacionales reconocen derechos para padres e hijos relacionados con la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes que pueden entrar en conflicto. ¿Cómo podrían aplicarse estos tratados internacionales de manera incluyente y participativa para niñas, niños y adolescentes?

1. SOBRE EL PROBLEMA QUE PLANTEA EL CONTRASTE ENTRE LOS DERECHOS DE ADULTOS Y DE NIÑAS Y NIÑOS

Los derechos de niñas, niños y adolescentes pueden plantear algunas interrogantes interesantes, principalmente en aquellos derechos que se basan en la autonomía de la persona, es decir, cuando un derecho protege la

libertad de elección. ¿Qué pasa cuando el titular de este derecho aún se encuentra en desarrollo y por tanto su criterio está en formación?

¿Todos los derechos son iguales para adultos y para niñas y niños? Algunos autores consideran que no. Joel Feinberg los divide en tres grupos: el primero consiste en aquellos derechos que son aplicables a adultos y niñas y niños (A-N); el segundo incluye únicamente a adultos (A), y el tercero a niñas y niños (N).¹

El primer grupo integra a los derechos que son comunes tanto a los adultos como a niñas y niños,² por ejemplo el derecho a la salud (A-N).

Hay otros derechos que son exclusivos de los adultos (A), que son derechos de autonomía y protegen libertades de elección, como el derecho al voto (pasivo y activo).

También hay derechos que son característicos de niñas y niños (N) y se pueden dividir en dos: los primeros derivan de la dependencia de estos titulares de derechos para cubrir ciertas necesidades como alimentación y refugio (estos derechos los comparten con incapaces), y el segundo subgrupo se refiere a los mismos derechos de los adultos (A), sólo que en el caso de niñas y niños, ellos no pueden tomar esta elección, pues están en desarrollo. Feinberg se refiere a ellos como *derechos en confianza*, y considera que cuando se atribuyen derechos de una autonomía sofisticada a niñas y niños, que claramente aún no son capaces de ejercer, éstos deben ser guardados hasta que se adquiera la mayoría de edad y en consecuencia hayan desarrollado esta autonomía.³

En esta clasificación, este último subgrupo contempla derechos que garantizan la posibilidad de que en el futuro, cuando niñas y niños sean adultos, puedan ejercer estos derechos. Sin embargo, mientras se encuentran en desarrollo no se visibiliza su ejercicio. Así, ser titular de estos derechos únicamente protege su futuro ejercicio. ¿Qué pasa mientras la niña o niño se convierte en adulto si no se contempla ningún ejercicio? ¿Se trata entonces de una titularidad vacía hasta alcanzar la adultez?

¹ Feinberg, Joel, "The Child's Right to an Open Future", en Alston, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 76.

² Para efectos del presente trabajo las niñas y niños se refieren a las personas menores de dieciocho años conforme al artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

³ Feinberg, Joel, *op. cit.*, nota 1, p. 76.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN DERECHO CARACTERÍSTICO DE LOS ADULTOS, BASADO EN LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA

Dentro de los derechos característicos de los adultos (A), el filósofo norteamericano ejemplifica estos derechos con el libre ejercicio de la religión de la persona, que presupone que ésta tiene convicciones religiosas o preferencias en primer lugar. Adicionalmente, para este autor, cuando este derecho se aplica a niñas y niños tiene el efecto de salvaguardar su ejercicio en el futuro a partir de la adquisición de la mayoría de edad en razón de encontrarse en desarrollo. Cuando los padres eligen llevar a su hijo a alguna observancia religiosa están ejerciendo sus derechos religiosos, no (o no por el momento) los de la niña o niño.⁴

El derecho a la libertad religiosa “se ha configurado siempre, primordialmente, como un derecho de la persona”.⁵ Si bien algunos doctrinarios han considerado que toda persona es titular de este derecho desde su nacimiento, limitan el ejercicio de este derecho al desarrollo de un *nivel de autoconciencia* que permita una decisión libre al respecto. Si bien no queda claro qué se entiende por decisión libre ni por nivel de autoconciencia, esta postura afirma la falta de aplicabilidad de este derecho a lo largo de la niñez. Por lo que excluye a niñas y niños de todas las decisiones relacionadas con este tema.

El derecho a la libertad religiosa ejemplifica la diferencia entre el ejercicio de algunos derechos entre adultos y niñas y niños. Así permite abordar el problema de si los derechos basados en la autonomía tienen o deben tener alguna aplicación a lo largo de la niñez. Es decir, ¿la titularidad de estos derechos de las personas menores de edad debe y puede ejercerse, a partir de sus propias características de personas en desarrollo, antes de alcanzar la mayoría de edad? O como sugiere Feinberg, ¿el único efecto de que niñas y niños sean titulares de derechos es garantizar que al cumplir esta edad puedan ejercerlos?

Si bien niñas y niños están en desarrollo, se encuentran inmersos en una sociedad donde se dan fenómenos religiosos que los pueden involucrar, como la formación religiosa, las manifestaciones de distintas confesiones, los ritos, etcétera. Si se considera que niñas y niños no ejercen su

⁴ *Idem.*

⁵ Mantecón, Joaquín, “La libertad religiosa como derecho humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994, p. 123.

derecho a la libertad religiosa hasta alcanzar la adultez, sin que participen de alguna manera, desde sus propias características, se les excluye de diversas decisiones que los involucran y concederles la titularidad del derecho a la libertad religiosa no tiene ningún sentido siendo niños.

Estos planteamientos en la doctrina sostienen la titularidad del derecho a la libertad religiosa en la niñez; sin embargo, reservan y protegen su ejercicio hasta la adultez sin preguntarse qué sucede con las decisiones que involucran a niñas y niños en fenómenos religiosos como la formación religiosa, la convivencia con compañeros de escuela de distintas creencias y la práctica de rituales, entre otros.

Adicionalmente, este derecho se basa en la autonomía y en la posibilidad de tener preferencias y elegir respecto a las creencias que se adopten y manifiesten. Por lo que la única forma de ejercicio es a partir de esta autonomía, dejando fuera de éste a personas que no la tengan.

III. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los cuestionamientos en la doctrina visibilizan un problema de accesibilidad de las personas menores de edad al derecho a la libertad religiosa. Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos, como *corpus iuris*, ha regulado los derechos relacionados con la situación planteada. Los tratados internacionales que se refieren a estos derechos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

1. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) reconoce el derecho a la libertad religiosa en los siguientes términos:

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto

en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En el primer párrafo, este artículo establece las conductas protegidas por este derecho: tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección y manifestarlas tanto de manera pública como privada mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y la enseñanza.⁶

El párrafo 4 del artículo 18 impone a los Estados parte la obligación de respetar la *libertad de los padres* para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral acorde a las convicciones de los padres.

El PIDCP establece como titular del derecho a la libertad religiosa a toda persona sin distinción alguna. Asimismo, reconoce el derecho de los padres de formar a sus hijos, religiosa y moralmente, conforme a sus convicciones, de manera que concede la facultad de tomar este tipo de decisiones a los padres. Así, respecto de la formación y educación religiosa de niñas y niños se establece que son los padres quienes pueden decidir. Sin embargo, ello no implica que este artículo pueda interpretarse de manera restrictiva, pues en ningún momento el artículo es limitativo respecto del reconocimiento de derechos. De manera que este artículo establece dos derechos: el de los hijos como titulares del derecho a la libertad religiosa y el de los padres de formar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y morales.

⁶ Cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el derecho a la libertad religiosa también protege intentar convencer a otras personas a que cambien de religión, pues ello garantiza la posibilidad de cambiar o adoptar otra religión o creencia. Véase Caso *Kokkinakis c. Grecia*, Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 25 de mayo de 1993, párrafo 31.

Los tratados internacionales son generales y el derecho internacional de los derechos humanos se interpreta de manera amplia y garantista de los derechos humanos; la forma en que se aplica a niñas y niños no es del todo clara. El PIDCP protege las conductas de tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección y manifestarlas tanto de manera pública como privada mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y la enseñanza. Así establece la tutela de conductas que expresan decisiones. Como contraste, la enseñanza religiosa y moral de los hijos se establece como un derecho de los padres. Si bien los derechos de los padres no anulan el derecho de niñas y niños, tenemos dos derechos en juego: el derecho de niñas y niños a la libertad religiosa, y el derecho de los padres de formar a sus hijos religiosa y moralmente conforme a sus convicciones.

Por otra parte, dado que las conductas que tutela el derecho a la libertad religiosa en el PIDCP se basan en la elección de la persona, resulta poco claro el objeto de protección de este derecho para niñas y niños. ¿Puede ser el mismo que el de los adultos? Lopatka argumenta que el mencionado artículo

...dice que los Estados parte del Pacto se deben comprometer a hacer respetar la libertad de los padres y, cuando sea aplicable, de los custodios legales para asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus propias convicciones. El mismo artículo, como podemos ver, especifica que todos deben tener esta libertad, pero al mismo tiempo dice que esto no se aplica a niñas y niños, pues deja la decisión —a la religión y moralidad en la que el niño se desenvolverá— a los padres.⁷

En opinión de Adam Lopatka, las conductas protegidas en el Pacto por este derecho no son aplicables a niños y adolescentes, pues concede la facultad de decidir sobre la religión y la moralidad de niñas, niños y adolescentes, a los padres o tutores.

En sentido contrario, Sylvie Langlaude establece que la interpretación de Lopatka parece estar equivocada.⁸ “El artículo 18 aplica a todos y el artículo 18 (4) simplemente significa que los padres tienen derechos fren-

⁷ Lopatka, Adam, “Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, thought, Conscience and Religion”, en Verhellen, Eugeen (ed.), *Monitoring Children’s Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 289.

⁸ Langlaude, Sylvie, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 91.

te al Estado, el cual no puede interferir con su decisión discrecional y en la forma en como decidan asegurar la educación moral y religiosa de sus hijos en conformidad con sus propias convicciones”.⁹ De esta manera, Langlaude interpreta que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no restringe los derechos de niñas y niños, sino que reconoce el derecho de los padres frente al cual el Estado no puede oponerse.

Si bien el PIDCP, como tratado de derechos humanos inmerso en un cuerpo de documentos en la materia, no puede interpretarse de manera limitativa, sí deja una interrogante sobre la manera en que niñas y niños participan en las decisiones de su ámbito religioso. Si bien la titularidad se establece para toda persona, ¿cómo se integran las niñas y niños a estas decisiones, cuando este artículo protege conductas que expresan una preferencia?

Como se ha señalado, este derecho protege la posibilidad de tener o adoptar una religión o creencias y manifestarlas conforme a una decisión. Cuándo el titular de este derecho es una niña o niño, ¿pueden tutelarse estas conductas de la misma manera? Es decir, ¿un niño podría elegir adoptar una religión y manifestarla mediante cultos, ritos, prácticas y enseñanzas? Cabe destacar que niñas y niños tienen una característica propia que los diferencia de los adultos, y es que se encuentran en desarrollo, el cual aumenta progresivamente. Por lo que su pensamiento madura con el tiempo. Así, estamos ante un sujeto de derechos cuyas capacidades se encuentran en evolución y cuyas habilidades cognitivas son distintas a las de los adultos. De manera que las decisiones respecto a la adopción y manifestación de creencias entre un adulto y niñas y niños representan una comprensión distinta sobre las consecuencias de éstas.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) ha sido considerada como un instrumento emblemático para los derechos de niñas, niños y adolescentes, más allá de un carácter estrictamente jurídico. Ello se debe a que la CDN marca un cambio radical de considerar al “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto

⁹ *Idem.*

pleno de derechos”.¹⁰ Este cambio de perspectiva que marca la aprobación y ratificación de la Convención implica el reconocimiento de los derechos del niño, entendiendo al niño como un sujeto pleno de derechos.

La Convención reconoce el derecho a las libertades de pensamiento, conciencia y religión a niñas y niños¹¹ de la siguiente manera:

Artículo 14

1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Este instrumento concede la titularidad del derecho a la libertad religiosa a niñas, niños y adolescentes y reconoce el derecho y deber de los padres o representantes legales de *guiar*¹² el ejercicio de este derecho conforme a la evolución de las facultades de sus hijos.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El PIDCP también establece dos derechos, a saber: el derecho a la libertad religiosa de toda persona y los derechos de los padres de garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

¹⁰ García Méndez, Emilio, *Infancia y adolescencia, de los derechos y la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, p. 77.

¹¹ En términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, niño es quien aún no tiene 18 años, o bien que alcanza la mayoría de edad por virtud de una ley aplicable (artículo 1o.). La Convención no hace la distinción entre niños y adolescentes.

¹² Las versiones originales de la CDN en español y francés hablan de una *guía*, sin embargo la versión original en inglés usa el verbo *dirección*.

Por su parte, la CDN establece dos derechos: el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños, y el derecho de los padres y representantes legales de guiar este derecho.

De esta manera, hay un cambio significativo en el derecho de los padres sobre la formación religiosa o moral de los hijos del PIDCP a la CDN. Si bien ambos reconocen el derecho de niñas y niños a la libertad religiosa, en el primero se da un derecho muy amplio a los padres y tutores (de formar religiosa y moralmente a sus hijos conforme a sus convicciones), y la CDN únicamente les da el derecho de guiar el ejercicio de sus hijos. Así se modifica el derecho de los padres de formar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas a únicamente guiar el ejercicio del derecho de niñas y niños. ¿Qué impacto tiene esto en los derechos de niñas y niños? En el primer caso se visibiliza el derecho de decidir sobre la formación religiosa y moral de sus hijos, mientras que la convención limita el derecho de los padres de una facultad plena a únicamente guiar el ejercicio del derecho de la persona menor de edad; es decir, hay un cambio de decidir a proveer dirección conforme a la evolución de niñas y niños.

El reconocimiento del derecho a la libertad religiosa para niñas y niños en la CDN “es un paso extraordinario al respeto de la personalidad del niño..., pues los padres al proveer dirección tienen una obligación de respetar las capacidades en evolución del niño”.¹³ Así, este tratado internacional, vinculante para México, establece que la dirección que den los padres debe ser conforme a las capacidades en evolución de niñas y niños y no sólo de manera discrecional conforme a sus convicciones.

Sobre este punto, Lopatka señala que la Convención “establece *expressis verbis* que el derecho es aplicable también al niño. Es una novedad, ciertamente, que marca gran progreso. Al mismo tiempo, sin embargo, la Convención establece claros límites al rango de aplicabilidad del derecho a un niño”. También aclara la relación que se da entre la titularidad del derecho de los hijos y el derecho de los padres de guiar estos derechos; mediante la guía de los padres se da un papel persuasivo al rol que desempeñan padres o representantes legales.¹⁴

La CDN da un paso hacia adelante para los derechos de niñas, niños y adolescentes y limita los derechos de los padres a la guía del ejercicio

¹³ Lopatka, Adam, *op. cit.*, nota 15, p. 291.

¹⁴ *Ibidem*, p. 290.

del derecho de los hijos. También plantea situaciones donde confluyen dos derechos: un derecho que corresponde al niño, y otro a los padres o representantes legales. Ambos conviven cotidianamente y no tienen jerarquía, sino que como todo derecho que puede llegar a entrar en conflicto con otros derechos, se encuentra sujeto a su ponderación ante casos concretos.

4. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL PIDCP Y EN LA CDN

Ahora bien, ¿qué protege el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños en la CDN? El PIDCP protege las conductas concretas de tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección y manifestarlas mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y mediante la enseñanza. En contraste, “el derecho del niño a la libertad religiosa es el derecho de todo niño de desarrollarse sin obstáculos para ser un actor autónomo independiente en la matriz de los padres, la comunidad religiosa y la sociedad”.¹⁵ De esta manera, hay un cambio entre la tutela de conductas producto de una decisión y el desarrollo autónomo en su entorno. La CDN no regula el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños mediante las conductas especificadas en el PIDCP ni establece de manera expresa que el niño tenga el derecho a decidir sobre estas conductas; por el contrario, indica que el ejercicio del derecho del niño requiere de una guía (ya sea de los padres o representantes legales).

Así, la protección del derecho a la libertad religiosa tiene diferencias en el PIDCP y en la CDN. La primera de ellas consiste en que el PIDCP protege la conducta de tener o adoptar una religión o creencias conforme a la propia elección y las manifestaciones que deriven de esta decisión; en cambio, la CDN, al señalar que niñas y niños tienen el derecho a la libertad religiosa, no enumera las conductas que protege, sino más bien tutela un estado de desarrollo autónomo en la matriz de la familia y de la sociedad sobre este tema. La segunda diferencia es que el PIDCP parte del supuesto de que la persona tiene preferencias y ha decidido adoptar y manifestar ciertas creencias; por el contrario, en la CDN claramente se

¹⁵ *Idem*.

señala que los hijos, titulares del derecho, requieren de guía para el ejercicio del derecho.

Con estos elementos se observa que el derecho a la libertad religiosa tiene contenidos distintos en el caso de los adultos con respecto al caso de niñas y niños. ¿Es el mismo derecho?

El derecho a la libertad religiosa de las personas menores de edad implica desarrollar la libertad religiosa conforme a la evolución de las capacidades de niñas y niños, de manera participativa y muy vinculado al derecho a ser escuchado establecido en el artículo 12 de la Convención,¹⁶ y con la evolución de sus facultades reconocida en el artículo 5o. de este instrumento del derecho internacional de los derechos humanos.

5. ALGUNAS SITUACIONES DE COLISIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LOS PADRES Y DE LOS HIJOS EN EL ÁMBITO RELIGIOSO DE NIÑAS Y NIÑOS

Como se ha mencionado, en las decisiones relacionadas con la adopción de alguna religión o creencias y sus manifestaciones por parte de niñas, niños y adolescentes hay dos derechos: de los hijos y de los padres. Estas situaciones de colisión de derechos pueden agruparse de la siguiente manera:

A. Conflictos entre los intereses de la madre y el padre

Este supuesto se da cuando el padre tiene intereses distintos a los de la madre de la persona menor de edad sobre la adopción de una religión o creencias del hijo, o bien sobre las manifestaciones que éste llevará a cabo como actividades de culto, celebración de ritos, de prácticas y respecto a la enseñanza sobre este tema. En estos casos hay tres derechos: el derecho de la niña o niño a la libertad religiosa; el derecho del padre de guiar el ejercicio de su hijo, y el de la madre en el mismo sentido que el de este último.

¹⁶ El artículo 12 de la Convención señala:

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

B. Conflictos entre los intereses de los padres y los hijos

En esta hipótesis el conflicto de intereses se da entre los deseos de los padres y el de la hija o hijo, es decir, las personas menores de edad desean adoptar alguna religión o creencias, o bien manifestarse mediante alguna actividad de culto, celebrar algún rito, práctica o estudiar alguna enseñanza relacionada con dicha religión o creencias, distinta a la voluntad de los padres. En este supuesto también se presentan los tres derechos mencionados en el inciso anterior, sólo que los intereses se agrupan de manera distinta.

C. Conflictos de intereses entre el padre, la madre y el hijo

En este caso también se encuentran los tres derechos ya enunciados, sólo que los intereses del padre, la madre y el hijo no coinciden en dos titulares de derechos. Por ejemplo, que la madre quiera guiar a su hijo o hija en la religión católica, el padre en la religión judía y el hijo quisiera practicar algunos ritos musulmanes.

D. Conflictos de intereses entre los padres e hijos frente al Estado

En este caso no hay conflicto entre los intereses de los padres y de los hijos, sino que éstos son distintos a las disposiciones del Estado. Por ejemplo, cuando padres e hijos quieren portar alguna vestimenta distintiva de alguna religión conforme a sus creencias en colegios del Estado y esto se encuentre prohibido por alguna ley o reglamento.

IV. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN CASO POSIBLE DE EXCLUSIÓN LEGAL O JURÍDICA

La exclusión jurídica o legal se refiere a una vinculación parcial o deficiente de la persona con los mecanismos institucionales para garantizar un derecho, y ello inhibe su participación. Las niñas y niños, en razón de que se encuentran en desarrollo y por tanto cuentan con una autonomía progresiva, no pueden ejercer de igual manera que las personas mayores de edad el

derecho a la libertad religiosa. Incluso se ha considerado, como mencionaba Feinberg, que este derecho se guarda hasta que niñas y niños adquieran la mayoría de edad. De manera que reconocer que las personas menores de edad son titulares del derecho únicamente salvaguarda un ejercicio futuro, dejando vacío este derecho en el presente. Por lo que este sujeto pleno de derechos no se vincula de manera alguna ni participa de todas las decisiones relacionadas con la adopción de una religión o creencia o simplemente con manifestaciones de culto, celebración de rituales, de prácticas y enseñanza. Cuando se da esta situación, niñas y niños se encuentran excluidos de todas estas situaciones que integran su esfera religiosa.

Para evitar esta exclusión es necesario que niñas y niños participen conforme a sus capacidades en todas estas decisiones. De lo contrario se excluye a niñas y niños en su esfera religiosa, y al no ejercer el derecho hay una titularidad vacía sin efecto alguno.

La CDN permite que niñas y niños sean entendidos como un sujeto pleno de derechos y no como un objeto de protección del derecho; sin embargo, en el caso del derecho a la libertad religiosa, el mero reconocimiento de la titularidad no logra incluir a niñas, niños y adolescentes en las decisiones relacionadas con tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección, y manifestarlas mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y enseñanza.

En tanto que niñas y niños no participen, a partir de sus propias características, en estas decisiones continuarán siendo excluidos de este ámbito. Ello debido a que si bien se otorga a los padres y tutores la facultad de guiar y orientar el derecho de los hijos, no se delinea una forma de ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, y por tanto la manera en que niñas y niños participan en estas decisiones. Por lo que se da un derecho del cual se es titular pleno, pero que no tiene una forma de ejercicio clara, generándose así un fenómeno de exclusión legal.¹⁷

El mero reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa en el caso de niñas, niños y adolescentes no permite por sí mismo incluirlos en las decisiones sobre la adopción de una religión o creencias. Aún más, no es identificable cómo se ejerce este derecho.

¹⁷ Padrón Inamnorato, Mauricio, "Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes", incluido en este volumen.

El concepto de exclusión es un punto que permite determinar quién está incluido en una diversidad de situaciones, como familia, educación, pertenencia comunitaria, etcétera.¹⁸ Sin embargo, en el caso concreto del derecho a la libertad religiosa, niñas y niños se encuentran excluidos de la esfera religiosa sin que por ello se les excluya de otros derechos u otras esferas.

V. UNA PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS EN SU ÁMBITO RELIGIOSO

Tradicionalmente el derecho a la libertad religiosa parte de la base de la autonomía para decidir sobre la adopción de alguna religión o las creencias que se quieran tener y manifestar. Por el contrario, en el caso de niñas y niños este derecho protege el desarrollo de estas creencias de manera autónoma en la matriz de la sociedad y de la familia. Así, cuando el titular es un adulto este derecho tutela conductas específicas, mientras que en el caso de niñas y niños protege un estado que permita el desarrollo en el ámbito religioso. Esto tiene un impacto directo sobre la forma de ejercicio y de garantía de este derecho. Las niñas y niños pueden ejercer su derecho a la libertad religiosa a partir de sus propias características conforme a sus capacidades en desarrollo. Esto no implica concederles necesariamente el mismo grado de autonomía que un adulto ni anular los derechos de los padres. Por el contrario, conlleva que las personas menores de edad expresen su opinión en todas las decisiones relacionadas con la adopción y manifestación de alguna religión o creencias que los involucren, y que su participación sea valorada y tomada en cuenta en función de su madurez. Por lo que la opinión de niñas y niños no necesariamente decide la situación, sino que los involucra en la toma de las decisiones.

1. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

Si bien niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y por tanto titulares de derechos, hay una paradoja sobre su ejercicio, pues al no

¹⁸ Minujin, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, en Bustelo, Eduardo y Minujin, Alberto (eds.), *Todos entran, propuesta para sociedades incluyentes*, Buenos Aires, UNICEF-Santillana, 1998, p. 171.

tener autonomía plena, tampoco se les reconoce un ejercicio pleno.¹⁹ Ello encuentra su explicación en las capacidades en desarrollo, característica propia de niñas, niños y adolescentes. Así, se da una titularidad de derechos que no puede ejercerse.

Como se ha mencionado, la CDN marca una nueva concepción de derechos de niñas, niños y adolescentes que cambia el enfoque de niñas y niños como objeto de protección del derecho dada su *incapacidad jurídica*, y los entiende como sujetos plenos de derechos. Ello implica que en lugar de basarse en las carencias que tienen niñas y niños respecto de los adultos, niñas y niños son sujetos de derechos a partir de sus características. “La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica”.²⁰

Si bien niñas, niños y adolescentes se encuentran en desarrollo y por tanto carecen de autonomía plena, ello no implica que no puedan participar en las decisiones que les conciernen conforme a sus capacidades.

La CDN establece en el artículo 5o. que el ejercicio de los derechos se dará en consonancia con la evolución de sus facultades de la siguiente manera:

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.²¹

¹⁹ Para profundizar en este planteamiento véase Peña, C., “El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos”, en Medina, C. y Mera, J. (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Chile, J. Editores, Universidad Diego Portales, 1996, p. 625.

²⁰ Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, núm. 234, 1997, p. 4.

²¹ Artículo 5o. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El enfoque de la CDN implica que el grado de ejercicio de los derechos aumentará progresivamente conforme al desarrollo de las capacidades de niñas, niños y adolescentes. “Estamos en consecuencia ante un sujeto de derecho, que en *consonancia con la evolución* de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos”.²² El grado de autonomía es relevante para el ejercicio de todos los derechos del niño. Por ello, el artículo 5o. de la CDN es aplicable a todos los artículos de este tratado internacional,²³ incluyendo al artículo 14 que reconoce los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de las personas menores de edad.

Este concepto implica que las decisiones de los padres con respecto a sus hijos deben tener la finalidad de fomentar su autonomía. Las facultades de los padres no son absolutas, sino, por el contrario, dirigen o guían el ejercicio de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.

El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene *derecho* a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía.²⁴

La autonomía progresiva reconoce que niñas y niños se encuentran en desarrollo y que con base en éste tienen y adquieren diversas capacidades que les permiten ejercer evolutivamente sus derechos. Por tanto, “en consonancia con la evolución de dichas facultades, se requiere de una dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos; dirección y orientación que va disminuyendo a medida que los niños van adquiriendo mayores competencias, y, por lo tanto, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan a su vida”.²⁵

²² Pérez Manrique, Ricardo C., “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, núm. 9, agosto de 2007, p. 253.

²³ Eekelaar, John, “Importance of Thinking that Children Have Rights”, en Alston, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 232.

²⁴ Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *op. cit.*, p. 6.

²⁵ Liebel, Manfred, “Entre protección y participación”, en Liebel, Manfred y Martínez

El concepto de autonomía progresiva permite entender a niñas, niños y adolescentes como personas que se encuentran en desarrollo y que en virtud de éste pueden ejercer sus derechos en el presente y de manera progresiva, por lo que las formas de ejercicio aumentarán paulatinamente conforme a su propio desarrollo. Ello es relevante porque con este concepto se visibiliza el ejercicio de los derechos de personas menores de edad que aún no cuentan con autonomía plena, pero que son titulares de derechos y que los ejercen progresivamente. Así es tangible cómo niñas y niños ejercen su derecho a la libertad religiosa a partir de sus propias características.

Dado que cada niña, niño y adolescente se desarrolla conforme a su situación concreta, “se necesitan varios niveles de protección, participación y oportunidades, a fin de tomar decisiones autónomamente en los diferentes contextos que los rodean y en los distintos ámbitos de la toma de decisiones”.²⁶

2. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS

El derecho a ser escuchado protege que el niño forme su propio juicio en los asuntos que le confieran, por lo que el niño debe ser escuchado en todos sus asuntos, y su participación debe ser realmente tomada en cuenta. El Comité de los Derechos de los Niños examina el progreso del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención.²⁷ También puede emitir observaciones generales para facilitar el cumplimiento de éstas.²⁸

La Observación General núm. 12 del Comité se pronuncia sobre el derecho del niño a ser escuchado. Así establece que:

1. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“la Convención”) es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que,

Muñoz, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagonista*, Perú, Ifejant, 2009, p. 71.

²⁶ Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005, p. 9.

²⁷ Artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁸ Artículo 45 (d), *ibidem*.

por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.²⁹

Posteriormente, el Comité también aclara que el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio es un valor fundamental de la Convención, por lo que el Comité encuentra que este derecho es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño. Por ello, considera que el artículo 12 no es únicamente un derecho, sino también es una manera de interpretar toda la Convención y así los derechos establecidos por este instrumento.³⁰

Conforme a la Observación General núm. 12, el derecho a la libertad religiosa al interpretarse debería incluir la participación de niñas y niños en las decisiones que les atañan dentro de su esfera religiosa, y su participación sería tomada en cuenta para tomar las mencionadas decisiones. Este instrumento establece que la edad no limita el derecho de participación y que niñas y niños se expresarán a partir de su propio lenguaje como los dibujos, el canto y el cuento, etcétera. Así, niñas y niños podrían desarrollar su juicio propio conforme a su edad y madurez. De esta manera, al ser escuchados y tomados realmente en cuenta, niñas y niños estarían incluidos en las decisiones relativas a su esfera religiosa. Ello no desahoga todas las interrogantes, pues el grado de participación de niñas y niños en función de su edad y desarrollo tiene particularidades en cada niño. Por otra parte, en ocasiones los padres no están de acuerdo entre sí en la manera de guiar a su hijo, por lo que esta guía se torna más compleja.

²⁹ Observación General del Comité sobre los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, párrafo 1.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 2.

VI. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CASOS JURISDICCIONALES. ¿EJEMPLOS DE EXCLUSIÓN JURÍDICA O LEGAL?

1. CASO AKTAS VS. FRANCIA Y CASO LAUTSI Y OTROS VS. ITALIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó el uso del *hiyab* en el caso de las mujeres y del *keski* en el caso de los hombres en escuelas estatales de Francia. El *hiyab* es un velo que cubre la cabeza hasta el cuello, y el *keski* es un turbante que usan los Sikhs. Estas niñas y niños fueron expulsados de los colegios públicos por infringir la legislación francesa de 2004 que prohíbe usar vestimentas o cualquier otro símbolo que manifieste alguna preferencia religiosa.

Los padres de niñas y niños presentaron el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹ alegando que se había violentado el artículo 9o. del Convenio Europeo que protege los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros artículos.

La Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la inadmisibilidad³² de estas demandas. Este cuerpo colegiado decidió examinar este caso únicamente conforme al artículo 9o. del Convenio por violaciones al derecho a la libertad religiosa. La Cámara de la Corte resolvió que la demanda era improcedente. En su argumentación, este Tribunal estableció que en todos los casos la prohibición del uso de estas prendas con un significado religioso constituye una restricción a la libertad de manifestar sus creencias religiosas. Esta prohibición se encuentra en el artículo L. 141-5-1 del Código de Educación y tiene el propósito legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, así como el orden público.

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizó este caso a la luz de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, no abordó la situación con base en los derechos de las niñas y ni-

³¹ Esta decisión de la Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra en la nota de prensa de la Secretaría del Tribunal 584, de fecha 17 de julio de 2009.

³² La admisibilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un paso anterior a la resolución de fondo del asunto. Esta determinación se lleva a cabo ante una de las salas del Tribunal, y en este procedimiento se determina si la demanda procede o se desecha. Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 88.

ños que usaban vestimentas religiosas. Por el contrario, lo analizó a partir del papel del Estado como un organizador neutral del ejercicio de distintas religiones, credos y creencias. Por lo que el tema de los derechos de los niños ni siquiera formó parte de la argumentación de la resolución del TEDH. Adicionalmente, debido a que este caso se declaró inadmisibile, el Tribunal no entró propiamente al fondo del caso.

Posteriormente, en 2011 el TEDH analizó el caso *Lautsi y otros vs. Italia*,³³ referido a la presencia de crucifijos en los salones de clase de las escuelas del Estado italiano a la luz del derecho de los padres de asegurar la formación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. El TEDH estableció que este caso versaba sobre la presencia de los crucifijos en los salones de las escuelas italianas del Estado conforme al artículo 2o. del Protocolo núm. 1 y del artículo 9o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.³⁴

Por esta razón, este caso no versa sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes en relación con el derecho a la libertad religiosa, pues la presencia de los crucifijos se analiza a la luz del artículo 2o. del Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Protocolo núm. 1)³⁵ que establece el *derecho a la educación*.

El Tribunal de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo considera que si bien un crucifijo es un símbolo del cristianismo, también es un símbolo del desarrollo de la historia italiana. Como tal, se justifica su presencia en los salones de clase, pues el crucifijo (entendido como un símbolo del desarrollo de la historia italiana) representa los principios y valores que fundamentan la democracia y la civilización occidental.³⁶

Así, nuevamente una argumentación que incorpore la perspectiva de los derechos de niñas y niños es inexistente, por lo que no sólo se les excluye de la decisión sobre la presencia de crucifijos en sus salones de clase, sino que sus derechos quedan inadvertidos en esta sentencia.

³³ Sentencia del 18 de marzo de 2011.

³⁴ Caso *Lautsi y otros c. Italia* (aplicación núm. 30814/06), sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de marzo de 2011, párrafo 57.

³⁵ A saber, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales cuenta con 14 protocolos.

³⁶ Párrafo 67.

2. SENTENCIA AL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 502/2007, analiza si en la decisión sobre el régimen de visitas y convivencias de una niña de 5 años con su padre puede considerarse el tema religioso. Ello debido a la petición del padre de que se le señalen como días de convivencia los días de festividades y celebraciones judías, para poder inculcarle esta religión a su hija. En esta sentencia, la Primera Sala resuelve que este factor sí puede tomarse en cuenta para determinar las fechas en que la niña convivirá con su padre. Sin embargo, cabe destacar que no determina si la niña es o no titular del derecho a la libertad religiosa. Tampoco garantiza la participación de la niña, pues deja como facultad discrecional del juez llamar o no a la niña a la audiencia donde se decidirá sobre los días en que convivirá con su padre.

En este caso, es palpable cómo la niña queda totalmente fuera de las decisiones sobre su esfera religiosa. Si bien la finalidad del padre es convivir con su hija los días de celebraciones y fiestas judías para poder educar a su hija en esta religión, la niña no participa en ninguna de las decisiones al respecto. En la sentencia se recapitula todo del procedimiento judicial, sin encontrar que la niña participe activamente en el proceso. Finalmente, cuando el caso llega a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante un amparo directo en revisión, este tribunal no señala de forma alguna que la niña deba incluirse en las decisiones sobre su esfera religiosa.

3. SENTENCIA 141/2001 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional español decide justamente lo contrario a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, donde también se analiza el régimen de visitas y convivencias de dos niños de 5 y 12 años con su padre, en virtud de que su madre consideraba que las manifestaciones religiosas de la religión a la que el padre se había convertido podían ser dañinas para sus hijos. En esta sentencia, el TCE establece la titularidad del derecho a la libertad religiosa de los niños, el cual es un límite al derecho de los padres. Este derecho

de las personas menores de edad implica la posibilidad de tener creencias religiosas distintas a las de sus padres, más aún cuando su integridad esté en juego. El criterio jurisprudencial es el siguiente:

Desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 CC o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (artículos 15 y 16.1 CE en relación con el artículo 39 CE).

Esta sentencia reconoce que niñas y niños tienen el derecho a la libertad religiosa y da un paso más al señalar que el derecho a la libertad religiosa del niño constituye un límite al derecho a la libertad religiosa del padre, señalando que en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, el niño puede

no compartir las convicciones religiosas, o bien que éstas sean distintas a las de sus padres, particularmente cuando las convicciones religiosas de los padres pongan en riesgo el sano desarrollo del niño. Por lo que da contenido al ejercicio del derecho de los hijos. Sin embargo, no establece mecanismos de participación como la plática con el juez para que éste tenga estos elementos para resolver el caso.

4. SENTENCIA 154/2002 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Este criterio se reitera por el Tribunal Constitucional en el caso 154/2002, donde se le reconoce a un niño de 13 años la autonomía para decidir no recibir una transfusión sanguínea (tratamiento único para salvar su vida tras un accidente en bicicleta), en razón de su religión. Debido a que el niño no recibe la transfusión y muere, los padres son juzgados penalmente por homicidio. En esta sentencia del TCE, sobre responsabilidad penal, se garantiza la titularidad del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes y precisa que en su ejercicio pueden disentir de las creencias religiosas de sus padres o tutores. Si bien no establece un catálogo largo de las formas de ejercicio de este derecho, sí garantiza su ejercicio. Por ejemplo, reconociendo que el niño de 13 años, al negarse a recibir la transfusión en virtud de sus creencias religiosas, se manifestó en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. En este caso, el niño estuvo totalmente incluido en su ámbito religioso, pues fue partícipe pleno de la decisión.

VII. A MODO DE REFLEXIÓN

El derecho a la libertad religiosa tiene como premisa la facultad de la persona de elegir adoptar alguna religión o creencias y manifestarlas. Si bien niñas y niños son titulares de este derecho, no es del todo claro cómo pueden ejercerlo en virtud de que se encuentran en desarrollo y tienen una autonomía progresiva en lugar de una autonomía plena característica de los adultos. Dado que las personas menores de edad carecen de autonomía plena, que implica la posibilidad de prever las consecuencias de sus decisiones, se justifica que el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños no proteja las conductas tuteladas para los adultos, a saber: adoptar

una religión o creencias y manifestarlas mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y enseñanzas. Sin embargo, esta ausencia de autonomía no justifica que se les excluya de todas las decisiones sobre su ámbito religioso. Como se ha mencionado, las personas menores de edad se encuentran en desarrollo y sus capacidades evolucionan progresivamente, de manera que pueden participar en estas decisiones conforme a éste. De tal manera que su participación se incrementa proporcionalmente conforme a la evolución de sus facultades. De igual forma, en la medida de este crecimiento, disminuye el ámbito de actuación de los derechos de los padres, hasta dar el paso de la guía del ejercicio del derecho a proporcionar información.

Por otra parte, el contenido del derecho a la libertad religiosa *in genere* parece ser distinto del derecho que concede la Convención sobre los Derechos del Niño, pues en este último caso, el derecho es guiado por padres o representantes legales. Así, este derecho en la Convención ya no protege conductas sino el estado de desarrollo del ámbito religioso de niñas y niños. ¿Por qué dos contenidos distintos para el mismo derecho?, ¿se trata del mismo derecho?, o ¿podría pensarse que más bien, en el caso de las personas menores de edad, se trata del derecho a desarrollar el ámbito religioso?

El derecho examinado en este trabajo se ha construido a partir de las características de los adultos, particularmente de la autonomía plena. De ahí que los sujetos que carecen de ésta no pueden vincularse con éste y los demás derechos que comparten la misma premisa. De ahí la exclusión de niñas y niños en las decisiones relacionadas con la adopción de alguna religión o creencias y de sus manifestaciones a través del culto, celebración de ritos, prácticas y enseñanzas. En éstas, la participación de estos titulares de derechos se ha nulificado y, en todo caso, su ejercicio se ha condicionado a la adquisición de la mayoría de edad. No obstante, como se ha mencionado, esta ausencia de inclusión no se encuentra justificada, pues niñas y niños sí pueden participar de estas decisiones conforme a su autonomía progresiva. Así, si bien su opinión no necesariamente es la única para tomar la decisión, ésta debe ser considerada en serio y ser incluida para la deliberación final. Asimismo, las niñas y niños participan a partir de su propio lenguaje, por ejemplo mediante el cuento, los dibujos, los cantos, etcétera.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, núm. 234, 1997.
- EKELAAR, John, “Importance of Thinking that Children Have Rights”, en ALSTON, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992.
- FEINBERG, Joel, “The Child’s Right to an Open Future”, en ALSTON, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia y adolescencia, de los derechos y la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara.
- LANGLAUDE, Sylvie, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- LANSDOWN, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005.
- LIEBEL, Manfred, “Entre protección y participación”, en LIEBEL, Manfred y MARTÍNEZ MUÑOZ, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Perú, Ifejant, 2009.
- LOPATKA, Adam, “Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, thought, Conscience and Religion”, en VERHELLEN, Eugeen (ed.), *Monitoring Children’s Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- MANTECÓN, Joaquín, “La libertad religiosa como derecho humano”, *Tratado de derecho eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994.
- MINUJIN, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, en BUSTELO, Eduardo y MINUJIN, Alberto (eds.), *Todos entran, propuesta para sociedades incluyentes*, Buenos Aires, UNICEF-Santillana, 1998.
- PEÑA, C., “El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos”, en MEDINA, C. y MERA, J. (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Chile, J. Editores, Universidad Diego Portales, 1996.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, núm. 9, agosto de 2007. ●

**V. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN UN CONTEXTO DE EXCLUSIÓN
Y VULNERABILIDAD**

EL DERECHO AL DESARROLLO Y A LOS RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DE MÉXICO EN UN CONTEXTO DE DISCRIMINACIÓN Y EXCLUSIÓN

MARISOL ANGLÉS HERNÁNDEZ*

Lo que el movimiento indígena realmente pretende es que la palabra «indígena» “se haga persona y ciudadano y compense 500 años no sólo de marginación, sino de explotación en sus más variadas formas”.¹

Sumario

I. Introducción

II. Discriminación y exclusión étnica

III. ¿Autonomía de los pueblos sobre sus recursos naturales y derecho al desarrollo? Entre los lineamientos internacionales y la realidad nacional

IV. Reflexiones finales

V. Bibliografía consultada

I. INTRODUCCIÓN

Habitualmente los trabajos realizados en torno al derecho al desarrollo acaban imbricados, fundamentalmente, con la cooperación internacional y las políticas de desarrollo económico;² sin embargo, visto como metaderecho que requiere de políticas públicas para su implementación,³ atenta, por

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (*marisol_angles@yahoo.com.mx*).

¹ Cfr. Díaz Solís, I., “Cuándo entenderemos todos”, *Boletini*, México, núm. 20, septiembre-octubre de 1998, p. 25.

² Ello se puede constatar en los diversos informes sobre el derecho al desarrollo: E/CN.4/1999/WG.18/2; A/55/306; E/CN.4/2001/WG.18/2; E/CN.4/2002/WG.18/2; E/CN.4/2002/WG.18/6; E/CN.4/2002/WG.18/6; E/CN.4/2004/WG.18/2 y E/CN.4/2005/WG.18/2 y E/CN.4/2006/WG.18/3.

³ Sen, A., “The Right Not to be Hungry”, en Alston. P y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 79.

regla general, contra el derecho en sí mismo, le desdibuja, pues se mira supeditado a decisiones tomadas externamente; a acciones asistenciales que ignoran las necesidades propias de los beneficiarios, que reproducen los niveles de pobreza, erosionan la cohesión social y mantienen las desigualdades injustificadas; lo cual exige un replanteamiento del ejercicio del derecho al desarrollo, fundado realmente con una mirada pluricultural que garantice el acceso a los recursos a través de la participación efectiva de los pueblos en el diseño, seguimiento e implementación de las políticas públicas. Ejemplo de la violación al derecho en cuestión ha sido la explotación del petróleo en nuestro país, dada al amparo del desarrollo nacional en un gran porcentaje, en municipios con una fuerte presencia de comunidades y pueblos originarios (Campeche, Tabasco y Chiapas),⁴ mas la riqueza generada ha sido a costa de la afectación a sus tierras, territorios, recursos naturales e, inclusive, de su desplazamiento y destrucción del tejido social;⁵ sin la menor consideración del ejercicio del derecho al desarrollo ni beneficio directo de quienes se vieron implicados. Algo similar sucede con la explotación minera:⁶ se lleva a cabo sin que medie consulta alguna y mucho menos un reparto equitativo de beneficios entre comunidades y pueblos originarios, infringiendo el derecho de estos colectivos a decidir el tipo de desarrollo que desean alcanzar.

A los actos señalados podrían sumarse otros de igual magnitud debido a que el 90% de la población originaria se encuentra asentada en las regiones biogeográficas más ricas de nuestro país,⁷ muchas de las cuales han sido declaradas áreas naturales protegidas por la autoridad ambiental a efecto de lograr su protección y preservación, limitándose las actividades económicas en ellas, en algunos casos sin alternativa para los

⁴ Datos estadísticos revelan que el 93.6% de los municipios indígenas del país tiene grado de marginación alto o muy alto. *Cfr. Índice de marginación por entidad federativa y municipio 2010*, México, Conapo, 2011, p. 53.

⁵ *Cfr. Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012*, México, CDI, 2010, p. 22.

⁶ La vulneración de derechos se exagera si consideramos que muchos de ellos son municipios con un muy alto grado de marginación, muestra del nulo beneficio para ellos de la actividad minera; tan solo los municipios de Guazapares y Urique, en Chihuahua, aportan la décima parte de la producción estatal de oro; el municipio de Huajicori, en Nayarit, produce el 89% de plomo del estado, el 97% de cobre y el 68% de oro. Embriz Osorio, A., "Indicadores socioeconómicos de la riqueza de los pueblos indígenas de México", *Tlahui-Polític*, Quebec, núm. 2, 1996; *Índice de marginación...*, *cit.*

⁷ *Cfr. Programa para el Desarrollo de los Pueblos...*, *cit.*, p. 27.

pueblos,⁸ por lo que se institucionaliza la discriminación y se motiva la acción de los excluidos⁹ “para tornar reconocibles sus demandas y evitar que el poder político siga decidiendo de un modo parcial, miope”.¹⁰

Como se muestra, la historia del desarrollo de nuestro país es, paradójicamente, la historia de la transgresión del derecho al desarrollo y, por ende, de los grandes atropellos a los pueblos originarios: autoritarismo, discriminación, desplazamiento, expropiación, exclusión, deterioro ambiental y, como corolario, conflictividad social; todo ello al amparo de un modelo que ha acentuado su inserción asimétrica y marginal¹¹ en la economía mexicana, el cual ya no se justifica única y “válidamente” en el interés público, sino que da cabida a proyectos destinados eminentemente al usufructo privado.¹² Por lo que esta etapa de incipiente democratización en la que nos encontramos como país, se vive y desarrolla en condiciones de extrema contradicción: por un lado el esfuerzo y discurso por ensanchar las libertades públicas, el bienestar social, el acceso a la justicia y, entre otros, la garantía de los derechos humanos y, por el otro, la permanencia y recrudescimiento de la pobreza, discriminación, desigualdad, exclusión y violencia; situaciones que nos obligan a replantear el rumbo hacia la justicia social,¹³ sobre todo desde la alteridad.

⁸ Cfr. Anglés Hernández, M., “La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucapá”, en Ordóñez Cifuentes, J. E. R. y Anglés Hernández, M. (coords.), *Primera memoria del Seminario itinerante internacional “La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 79.

⁹ Aquellos que son desconocidos y desvalorados, “casi siempre mediante representaciones simbólicas y culturales permeadas por estigmas y estereotipos que se encarnan en las más variadas instituciones”. Cfr. Sojo, A., “El sentido de pertenencia como prisma de la cohesión social en América Latina”, en Mallo, T. y Sanahuja, J. A. (coords.), *Las relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe*, Madrid, Fundación Carolina-Siglo XXI de España Editores, 2011, p. 192.

¹⁰ Véase Gargarella, R., *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 62.

¹¹ La marginación como fenómeno estructural expresa la dificultad para propagar el progreso en el conjunto de la estructura productiva, pues excluye a ciertos grupos sociales del goce de beneficios que otorga el proceso de desarrollo. Su reversión requiere del concurso activo de los agentes públicos, privados y sociales. Cfr. *Índice de marginación...*, cit., p. 11.

¹² En 24 estados de la República se han otorgado concesiones mineras a empresas de capital extranjero, sobre todo canadienses (73%). *Panorama de las empresas con participación de capital extranjero en la industria minera mexicana*, México, Secretaría de Economía, 2012.

¹³ Coincidimos con Fraser al referirse a la necesidad de una “concepción bidimensional

A partir de esta premisa, el artículo analiza la evolución y el reconocimiento internacional del derecho humano al desarrollo y del acceso a los recursos naturales de pueblos originarios, y cuestiona su eficacia instrumental frente a los megaproyectos,¹⁴ pues la normatividad para garantizarles su derecho al desarrollo es la misma que le hace nugatorio, pues está orientada por los mecanismos de mercado que simulan y legitiman los procedimientos mediante reuniones informativas dadas en contextos de participación ciudadana que están muy lejos de cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos,¹⁵ siguiéndose el camino hacia la homogeneización cultural, violentándose, por su interdependencia, varios derechos de los pueblos, colocándolos en una condición de vulnerabilidad; alejándonos con ello de una verdadera transformación social, mucho más plural que efectivamente garantice a estos colectivos el ejercicio de su derecho a elegir su modelo de desarrollo y la forma de obtenerlo.

A tales fines, nos referimos a algunas categorías analizadas en las discusiones de la línea de investigación en la que se enmarca este trabajo, entre ellas: “exclusión social”, como concepto multidimensional que “indica la existencia de una mala vinculación, o de una vinculación parcial —deficitaria—, a la comunidad de valores que identifican a una sociedad, en el sentido más genérico de lo social, o a la disposición de medios que aseguran una adecuada calidad de vida”;¹⁶ “discriminación

de la justicia que pueda integrar tanto las reivindicaciones defendibles de igualdad social como las del reconocimiento de la diferencia”. Cfr. Fraser, N. y Honneth, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata-Fundación Paideia Galiza, 2006, p. 19.

¹⁴ Un “gran proyecto de desarrollo” es aquel creado para la construcción o mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas, la explotación en gran escala de los recursos naturales, incluidos los del subsuelo, y la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares. Cfr. Stavenhagen, R., *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párrafo 6.

¹⁵ La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente cuenta con un procedimiento de consulta pública para determinadas obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables, pero es totalmente discrecional, arbitrario y carece de fuerza vinculante, por lo que resulta inoperante para la tutela de los derechos de los pueblos originarios. Véanse los artículos 28 a 35.

¹⁶ En cuyo caso puede hablarse también de exclusión económica, política, de género, étnica y ambiental. Cfr. Sojo, C., “Dinámica sociopolítica y cultural de la exclusión social”,

estructural”,¹⁷ como expresión secular de los prejuicios o estigmas que limita, coarta o suspende derechos y libertades fundamentales y, por ende, provoca la exclusión de los pueblos indígenas de los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para convivir en condiciones de equidad con el resto de la población¹⁸ y, por último, “vulnerabilidad social”, vista como el resultado de los impactos provocados por el libre mercado global y el adelgazamiento del Estado, que se manifiesta en la incapacidad de los grupos más débiles de la sociedad para enfrentarlos, neutralizarlos u obtener beneficios de ellos.¹⁹ A lo largo del trabajo veremos cómo estas tres categorías se trastocan e implican en alguna de sus dimensiones, mostrando impactos en el derecho al desarrollo y otros derechos colectivos de los pueblos, ello en virtud de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

Partimos de la base de que el término “pueblos originarios” cobra sentido desde la invasión de los europeos de lo que ahora conocemos como continente americano; a su llegada, los colonizadores colocaron dentro de la misma categoría (la de indio) a todos los habitantes previos, lo que generó la conciencia de la diferencia e identificación de la desigualdad.²⁰ Ha quedado más que demostrado que a raíz de la conquista la población originaria se vio mermada por la masacre de las luchas, las epidemias y, entre otras, el suicidio por el yugo del sometimiento.²¹ Mientras que los sobrevivientes han sido despojados de sus tierras, recursos natu-

en Gacitúa, E. et al. (eds.), *Exclusión social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe*, Costa Rica, FLACSO-Banco Mundial, 2000, pp. 52 y 53. Para quien la exclusión tiene que ver con la existencia de determinadas instituciones que gobiernan la posibilidad de inclusión para algunos y de exclusión para otros.

¹⁷ Un efecto de la discriminación estructural por motivos de raza es la discriminación legal que se expresa en “la omisión en las leyes de los enunciados favorables al pleno disfrute, por los pueblos indígenas, de todos sus derechos humanos”. Cfr. Stavenhagen, R., *Informe del relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003, párrafos 16 y 18.

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 20.

¹⁹ Cfr. Pizarro, R., *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, Santiago, CEPAL, 2001, p. 11.

²⁰ Cfr. Bonfil Batalla, G., *Pensar nuestra cultura. Ensayos*, México, Alianza Editorial, 1996, pp. 75 y 77.

²¹ Cfr. Rionda Ramírez, J. I., “Exclusión indígena en México (historia económica en retrospectiva)”, *Tecsisistecatl. Revista Electrónica de Ciencias Sociales*, núm. 7, enero de 2010, p. 7.

rales y forma de vida; discriminados y excluidos de la vida social, política y económica del país; expuestos a la pobreza, migración, pérdida de su cultura e identidad, lo que los coloca en una situación de vulnerabilidad y marginación que exacerba los abusos señalados.

Paradójicamente, es a partir de esta consideración de vulnerabilidad que se desarrollan programas de asistencia social²² orientados a asegurar la subsistencia de estos colectivos, aunque con una escasa o nula participación de ellos, muestra de las relaciones asimétricas que reprimen la elección de su propio modelo de desarrollo. Claramente, desde los años noventa, la cuestión discursiva y programática desplegada para cambiar la situación de vulnerabilidad y exclusión²³ se frenó para continuar con el proceso desintegrador y aniquilador que actualmente responde a los intereses sórdidos de los capitales nacionales e internacionales vinculados a la extracción de recursos naturales y explotación de los sectores más vulnerables, con las consecuentes implicaciones en tierras, territorios, recursos y culturas de los pueblos y comunidades originarios.

II. DISCRIMINACIÓN Y EXCLUSIÓN ÉTNICA

Al tratar de establecer el lazo que une los esfuerzos de Naciones Unidas con la protección de los pueblos originarios, nos remontamos a los años setenta, con un estudio que identifica que el clima social en que vivía gran parte de esos pueblos estaba enmarcado en un contexto de discriminación, opresión y explotación en diversos ámbitos, lo cual se traduce en limitaciones de acceso a la salud, al empleo, a los servicios públicos, a la justicia y a la vida política. Años después, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas (CERD), consciente de que en muchas regiones del mundo continúa la discriminación y privación a los pueblos originarios de sus derechos humanos y libertades fundamentales y, concretamente, que los colonizadores, las empresas privadas y públicas les

²² Estas acciones develan la falta de inclusión y justicia social, es decir, “la no-realización del derecho al desarrollo para un porcentaje determinado de la población”. Cfr. Artigas, C., *Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales*, Santiago, CEPAL, 2005, p. 11.

²³ La complejidad multidimensional del binomio vulnerabilidad-exclusión puede encontrarse en esta obra, en el trabajo de Padrón Innamorato, M., “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes”.

arrebatan sus tierras, territorios y recursos, amenazando su cultura e identidad histórica, exhorta a los Estados parte a que, entre otras, garanticen a los miembros de estos colectivos que sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en su origen o identidad, y que les proporcionen las condiciones para un desarrollo económico y social sostenible,²⁴ compatible con sus características culturales.²⁵

Entre los esfuerzos realizados destaca el de la Organización Internacional del Trabajo, ya que a través del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169), se dio un salto cualitativo al reconocer los derechos humanos desde una perspectiva colectiva, pidiéndose a los Estados parte la adopción de medidas especiales para proteger las instituciones, propiedades, culturas y el medio ambiente de estos colectivos.²⁶ Este avance se reforzó en las instancias del sistema internacional de los derechos humanos, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,²⁷ la cual reconoce que “los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación”.

En el contexto americano, la Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas identifica pautas de discriminación a es-

²⁴ A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, el derecho al desarrollo integra la dimensión de sostenibilidad, por lo que debe garantizarse no sólo la satisfacción de las necesidades y el bienestar de las generaciones presentes, sino también el de las generaciones futuras. En el contexto interno de los Estados, el desarrollo sostenible debe asumirse a través de las políticas públicas orientadas a lograr el equilibrio entre el desarrollo, la tutela ambiental y el abatimiento de la pobreza, ya que estos elementos son fundamentales para asegurar un desarrollo humano con una mejor calidad de vida, siempre que se visualice ésta bajo la idea de crecimiento espiritual y humano y no solamente en función del aspecto cuantitativo y material en el que la economía es el factor prioritario. Cfr. Anglés Hernández, M., “El desarrollo sostenible al centro de la tríada: pobreza, medio ambiente y desarrollo”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, año 13, núm. 50, abril-junio de 2008, pp. 306 y 307.

²⁵ *Los derechos de los pueblos indígenas, CERD Recomendación general No. XXIII*, Ginebra, ACNUDH, 1997, A/52/18, anexo V.

²⁶ Artículo 3o., OIT, *Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un manual*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2003, pp. 13 y 14. El trabajo previo de las Naciones Unidas se enmarca en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

²⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, artículos 1o. y 2o., respectivamente.

tos colectivos y declara que, por razones históricas y principios morales y humanitarios, proteger especialmente a las poblaciones indígenas es un compromiso sagrado de los Estados;²⁸ mientras que la Carta Democrática Interamericana afirma que la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.²⁹

Por lo que respecta a nuestro país, datos oficiales colocan a la vista de todos, la discriminación y exclusión en diferentes ámbitos que viven los pueblos originarios en pleno siglo XXI. De las 15.7 millones de personas que se consideran indígenas en México, 6.6 millones hablan alguna lengua indígena, de las cuales 980,894 no habla español, es monolingüe;³⁰ y 9.1 millones se reconocen indígenas, aunque no hablen alguna lengua.³¹ Tres de cada cuatro personas hablantes de lengua indígena se ubican en la categoría de pobres multidimensionales (75.7%);³² más de la mitad de la población indígena pobre, vive en pobreza multidimensional extrema.³³ La pobreza indígena abarca tanto los aspectos mensurables como los no mensurables de la vida de los pueblos, y se han reportado lazos profundos entre pobreza indígena y discriminación étnico-racial.³⁴ “En tales circunstancias, la ley y los derechos pueden verse como una farsa, una disputa

²⁸ *Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial*, OEA/Ser.L/V/II.29 Doc. 41 rev. 2, 13 de marzo de 1973.

²⁹ Artículo 9o., Organización de los Estados Americanos, *Carta Democrática Interamericana*, Lima, AG/doc.8 (XXVIII-01), 11 de septiembre de 2001.

³⁰ *Censo de población y vivienda 2010*, Cuestionario Básico, consulta interactiva de datos, México, INEGI, 2011, disponible en: <http://www.inegi.org.mx>.

³¹ *Principales resultados del censo de población y vivienda 2010*, México, INEGI, 2011, p. 67.

³² Según el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), “una persona se encuentra en pobreza multidimensional si no tiene garantizado el ejercicio de al menos uno de sus derechos para el desarrollo social, y si sus ingresos son insuficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades”. *Cfr. Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, México, Coneval, 2009, p. 20.

³³ *Cfr. Informe de pobreza multidimensional en México 2008*, México, Coneval, 2010, p. 38.

³⁴ *Cfr. Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas en México. El reto de*

de poder entre los pocos afortunados que negocian los términos de los excluidos”.³⁵ Además, la pobreza es muestra clara de la vulneración del derecho al desarrollo, y por su integralidad e interdependencia, a los derechos económicos, sociales y culturales, así como civiles y políticos de los pueblos.

III. ¿AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES Y DERECHO AL DESARROLLO? ENTRE LOS LINEAMIENTOS INTERNACIONALES Y LA REALIDAD NACIONAL

El derecho a la libre determinación de los pueblos originarios se erige en el derecho instrumental que les permite decidir el tipo de desarrollo económico, social y cultural que deseen alcanzar y la forma de lograrlo, así como “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”.³⁶ Al respecto, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) señaló que:

[México] debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida, permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se deben tomar medidas adecuadas para incrementar su participación activa, libre y significativa en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación.³⁷

Pero las diversas observaciones y recomendaciones internacionales no han provocado cambios fundamentales al interior del país; lo que realmente detonó la acción del Estado mexicano en materia indígena fue el movimiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el cual pugnó

la desigualdad de oportunidades, México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010, p. 49.

³⁵ Cfr. Vilhena Vieira, O., “Desigualdad estructural y Estado de derecho”, en Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 25 y 37.

³⁶ Artículo 1o., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁷ Cfr. *Observaciones del Comité de Derechos Humanos: México*, Nueva York, Comité de Derechos Humanos, 1999, CCPR/C/79/Add.109, 27 de julio de 1999, párrafo 19.

por el reconocimiento de sus derechos, como el de acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales y, entre otros, por “reglamentar un orden de preferencia que privilegie a las comunidades indígenas en el otorgamiento de concesiones para obtener los beneficios de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales”.³⁸ Sin embargo, la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 se limitó a admitir la composición pluricultural de la nación, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas; a quienes reconoció el derecho a la libre determinación, el cual quedó constreñido a un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Además dispuso que la autonomía indígena permita a pueblos y comunidades originarios, entre otras, decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; conservar y mejorar el hábitat, y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la Constitución.³⁹

A todas luces, la reforma en cuestión formalizó la exclusión de pueblos y comunidades originarios, pues los derechos a la autonomía y libre determinación, planteados en la Ley de la Comisión de Concordia y Pacificación (Ley Cocopa), que fue resultado de las negociaciones entre el EZLN y el gobierno federal, quedaron sujetos a la decisión de las legislaturas locales, quienes definirán a través de sus Constituciones y leyes el alcance de la autonomía; esto significa que la autonomía indígena en este país podría tener más de 31 contenidos.⁴⁰ Ante esta situación anómala, el CERD realizó observaciones al Estado mexicano sobre el cumplimiento e implementación de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, entre las que destaca la preocupación sobre los asuntos que afectan a los pueblos indígenas dentro de la legislación mexicana, en virtud de que ella varía mucho de una entidad federativa a otra. Por ello recomendó armonizar la legislación y normatividad a nivel nacional con la Convención. Este Comité indicó que a pesar de que el Estado mexicano tiene una institucionalidad muy desarrollada para combatir la discriminación racial, ésta

³⁸ Véase Hernández Navarro, L. y Vera Herrera, R. (comps.), *Acuerdos de San Andrés*, México, Era, 2004, pp. 65 y 71.

³⁹ Artículo 2o., apartado A, fracciones I y V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 14 de agosto de 2001.

⁴⁰ Artículo 2º, apartado A, fracción VIII, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 14 de agosto de 2001.

sigue siendo una realidad estructural.⁴¹ Muestra de ello es la omisión a los pueblos indígenas, desde la misma reforma constitucional en comento, de titularidad de sujetos de derecho público, como estaba planteado en la Ley Cocopa, colocándolos en la categoría de entidades de interés público, por lo que carecen de instrumentos y recursos propios para ejercer su autonomía y decidir la forma de desarrollo que pretenden alcanzar, quedando subordinados a la estructura gubernamental de asistencia social.

El contenido a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y sus comunidades se definió en la Ley General de Desarrollo Social como sigue:

Reconocimiento en el marco constitucional a las formas internas de convivencia y de organización; ámbito de aplicación de sus propios sistemas normativos; elección de sus autoridades o representantes; medios para preservar y enriquecer sus lenguas y cultura; medios para conservar y mejorar su hábitat; acceso preferente a sus recursos naturales; elección de representantes ante los ayuntamientos y acceso pleno a la jurisdicción del Estado.⁴²

Lo que diluye el contenido del precepto es la expresión “en el marco constitucional”, por lo que todo lo que viene después debe quedar reconducido a las formas previas reconocidas por la Constitución federal, por lo que el ejercicio de la libre determinación de los pueblos originarios podrá ejercerse siempre que no colisione con derechos de corte liberal de marcado carácter individualista y patrimonial, como el derecho de propiedad, que sí advierte una clara tutela por parte del Estado, aunque admite la imposición de modalidades con base en el interés público. Por lo que hace a la propiedad agraria, como uno de los elementos vinculados con el derecho al desarrollo, si bien la misma Constitución mandata que “la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”, la Ley Agraria de 1992 dispone que dicha protección se hará “en los términos de la ley que reglamente el artículo

⁴¹ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD (aprobadas el 6 de marzo de 2012), tras el examen de los informes periódicos decimosexto y decimoséptimo presentados por México (CERD/C/MEX/16-17), sustentados los días 14 y 15 de febrero, en conformidad con el artículo 9o. de la Convención. 80º periodo de sesiones de la CERD, del 13 de febrero al 9 de marzo de 2012.

⁴² Artículo 3o., fracción VIII, *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 1o. de junio de 2012.

4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional”,⁴³ instrumento inexistente a la fecha. ¿Qué justifica el retraso de más de veinte años en la expedición de una norma fundamental para los pueblos?, ¿será que hay otras prioridades nacionales o que el legislador ha estado muy ocupado?

Para cerrar, el acceso preferente de pueblos y comunidades originarios al uso y disfrute de los recursos naturales, aludido en la reforma constitucional y primordial en el ejercicio de su derecho al desarrollo, quedó descontextualizado de la noción de territorio y se limita a las formas de tenencia de la tierra existente, a los intereses de terceros y a los lugares que habitan u ocupan, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de la Constitución.⁴⁴ Ello significa la anulación del supuesto derecho de acceso reconocido, lo que contraría las disposiciones del Convenio 169 y hace de difícil aplicación las disposiciones sobre acceso y reparto equitativo de beneficios contenidos en instrumentos vinculantes, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya.

Sin duda, la libre determinación tiene un fuerte componente político y cultural,⁴⁵ ello explica que sea uno de los elementos que fundamentan el resurgimiento del movimiento de los pueblos originarios en contra del modelo del Estado, en tanto expresión hegemónica de organización y funcionamiento de los integrantes de la sociedad, contraria a la pluriculturalidad que nos caracteriza y excluyente de las identidades particulares. Indudablemente, si se limitan derechos fundamentales de los pueblos originarios, como el de libre determinación, automáticamente se coarta su derecho al desarrollo,⁴⁶ entendido como “un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están fa-

⁴³ Artículo 106, Ley Agraria, *Diario Oficial de la Federación*, México, 26 de febrero de 1992.

⁴⁴ Artículo 2o., apartado A, fracción VI, reforma constitucional del 14 de agosto de 2001. Sobre el particular, Nava Escudero sostuvo que “el legislador privilegió lo ya otorgado”. *Cfr. Estudios ambientales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 388.

⁴⁵ *Cfr.* De Sousa Santos, B., *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, Buenos Aires, Waldhuter Editores, 2009, p. 37.

⁴⁶ El estudio sobre las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano, solicitado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, formalizó su abordaje internacional en 1977. Dos años después se reitera que el derecho al desarrollo es un derecho humano y que la igualdad de oportunidades es una prerrogativa

cultados a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”.⁴⁷ Para lo cual “deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional” (artículo 10).

Si bien es cierto que la noción de desarrollo históricamente encuentra su origen en el discurso liberal y economicista para tratar de diferenciar a los países desarrollados de los no desarrollados, y que la globalización económica determina la aplicación de políticas neoliberales impulsadas por instituciones financieras internacionales, cuyo norte se rige por la hegemonía de las fuerzas del mercado, impactando directamente el ejercicio del derecho al desarrollo, también lo es que los pueblos originarios, como titulares del derecho en cuestión, luchan por ejercer este derecho humano de naturaleza individual y colectiva, como uno de los derechos que les permite su existencia política, cultural, social y económica desde una perspectiva más humana que implica integridad y dignidad.

No obstante, en las últimas décadas las políticas de desarrollo nacional han violentado el derecho al desarrollo de los pueblos y han provocado la destrucción de sus culturas, así como la pérdida de territorios, recursos y desaparición y/o desestructuración social y económica.⁴⁸ Por ello, su participación directa y consentimiento en las decisiones que afectan sus propios territorios y recursos son esenciales para garantizar su derecho al desarrollo.⁴⁹ A tales fines, los Estados deben, bajo los principios de universalidad, no discriminación y equidad, garantizar la total y libre participación de las poblaciones originarias en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan, así como tomar acciones positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a

tanto de las naciones como de los individuos que las forman. Cfr. Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución 5 (XXXV)*, del 5 de marzo de 1979.

⁴⁷ *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Naciones Unidas, resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986, artículo 10.

⁴⁸ Cfr. González Pazos, J., “Cooperación internacional con los pueblos indígenas”, en Berraondo, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 207.

⁴⁹ Naciones Unidas, *Global Consultation on the Right to Development as a Human Right* (E/CN.4/1990/9/Rev.1), párrafo 157.

fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos originarios, sobre la base de la igualdad y la no discriminación.⁵⁰

Como resultado del fortalecimiento de comunidades y pueblos originarios, en tanto sujetos sociales en el escenario internacional, se han posicionado diversos derechos colectivos que respetan sus prácticas culturales y tradicionales; en tal sentido, el Convenio 169 establece que en materia de derecho al desarrollo, los pueblos originarios tienen el derecho a decidir sus prioridades en cuanto al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, “deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7.1).

Por su parte, la ya referida Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 20, dispone que éstos tienen “derecho a desarrollar” sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales.

Ello ha motivado la articulación de acciones en diversos sentidos: por un lado, la lucha por la reivindicación de los derechos y, por el otro, el impulso de la democracia participativa, que constantemente se ve empañada ante un halo de ficción y legitimación estatal contra el que, también reiteradamente, se despliegan esfuerzos desde los titulares del derecho para retomar el rumbo. En este contexto, los pueblos luchan por el ejercicio de sus derechos a la no discriminación, libre determinación, a su tierra, sus territorios, sus recursos naturales, y a su desarrollo. Sin embargo, en paralelo a su lucha se contraponen los intereses del Estado con una orientación muy diversa, ya que la mayoría de los proyectos a gran escala,⁵¹

⁵⁰ Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, y Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, A/CONF.157/23, párrafos 20 y 31.

⁵¹ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor dentro del territorio indígena, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino de obtener el consentimiento libre, informado y previo de los indígenas, según sus costumbres y tradiciones. Véase Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28

como vimos, buscan su justificación en la promoción del desarrollo económico nacional, pasando por alto los derechos de éstos y otros colectivos.

Respecto al binomio derecho al desarrollo y pueblos originarios, el Convenio 169 señala que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.
- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (artículo 2o.).

De especial importancia es el derecho a la consulta, uno de los principios medulares del Convenio 169, relacionado estrechamente con el derecho al desarrollo, que obliga a los gobiernos a: “consultar a los pueblos interesados” respecto de las “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, y a establecer los medios a través de los cuales los “pueblos interesados puedan participar libremente” en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernan. Dichas consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6o.).

Sobre estos temas, vale señalar que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ha manifestado su preocupación ante la ausencia de un proceso de consultas con miras a buscar el consentimiento previo, libre e informado de las comuni-

de noviembre de 2007, párrafo 134. Para profundizar véase, en esta misma obra, Ruiz Cervantes, S., “Consulta y consentimiento: caso Saramaka vs. Surinam”.

dades y los pueblos para la explotación de los recursos naturales de sus territorios; los malos tratos, amenazas y hostigamiento de que habrían sido objeto con ocasión de protestas⁵² contra la construcción de obras de infraestructura hidroeléctrica o de explotación minera o turística en sus territorios, y el no reconocimiento de un estatus especial a las comunidades y los pueblos originarios que no se encuentran dentro de una comarca.⁵³

Por su parte, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiriéndose al artículo 1o. del PIDESC, “observa con preocupación los efectos adversos que las actividades económicas relacionadas con la explotación de los recursos naturales, especialmente las operaciones mineras realizadas en territorios de pueblos originarios, siguen teniendo sobre el derecho de estos colectivos a sus dominios y tierras ancestrales y sus recursos naturales”.⁵⁴

Por lo que toca a México, el CERD expresó su inquietud por las crecientes tensiones entre actores externos y pueblos indígenas asociados a la explotación de sus recursos naturales, especialmente los mineros. Así como porque el derecho de los pueblos a ser consultados antes de proceder a la explotación de los recursos naturales en sus territorios no se respeta.⁵⁵

La omisión a las disposiciones internacionales señaladas obedece a su relación directa con los intereses empresariales y estatales en constante aumento para realizar proyectos de desarrollo en tierras y territorios indígenas, relacionados con el aprovechamiento y la explotación de recursos naturales, lo que implica el desplazamiento de los pueblos originarios y la destrucción de su cultura, sin que exista beneficio alguno para estos colectivos por la ejecución del proyecto en cuestión.

Por lo que el Convenio 169 afirma que los gobiernos deberán velar, siempre que haya lugar, por la realización de estudios, en cooperación con los pueblos interesados, para evaluar la incidencia social, espiritual y cul-

⁵² Véase, en esta misma obra, la aportación de Capdevielle, P., “Superar la exclusión: ¿se vale resistir?”, sobre la criminalización de la protesta.

⁵³ Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3*, Nueva York, Naciones Unidas, 4 de abril de 2008, p. 5, párrafo 21.

⁵⁴ Cfr. Consejo Económico y Social, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Filipinas, E/C.12/PHL/CO/4*, Nueva York, Naciones Unidas, 2 de diciembre de 2008, p. 4, párrafo 16.

⁵⁵ *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, México*, Naciones Unidas, CERD, CERD/C/MEX/CO/16-17, 9 de marzo de 2012, pp. 4 y 5.

tural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos; asimismo, deberán tomar “medidas, en cooperación con los pueblos interesados”, a fin de proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan (artículo 7o., incisos 3 y 4). En definitiva, se trata de garantizar el derecho de las comunidades y los pueblos originarios a que se realicen estudios previos sobre el impacto de los grandes proyectos de desarrollo en las tierras y los territorios que ocupan, y a que tomen parte en las decisiones en atención a sus necesidades, buscando el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la protección ambiental en armonía con su derecho al desarrollo.

Respecto al derecho a los recursos naturales, el Convenio 169 dispone que deberá protegerse especialmente, en relación con los existentes en las tierras de los pueblos originarios. Este derecho implica, a su vez, el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15).

Es un hecho que en nuestro país, el Estado no sólo incumple con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos colectivos, como el derecho al desarrollo; además, criminaliza⁵⁶ las resistencias de los pueblos y comunidades que encaran, en ocasiones con la vida misma,⁵⁷ la

⁵⁶ La criminalización se presenta en varios niveles: 1) acciones de las fuerzas de seguridad a la protesta social; 2) aplicación o interpretación “a modo” de la legislación por autoridades administrativas y por la judicatura, y 3) creación o reformas legales que responden a intereses económicos. Se caracteriza también por un contexto más amplio de represión, falta de respeto al debido proceso, violaciones a los derechos humanos, acoso y militarización. Cfr. Chérrez, C. et al. (comps.), *Cuando tiemblan los derechos: extractivismo y criminalización en América Latina*, Quito, Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, 2011, p. 18.

⁵⁷ Al respecto existe documentación de los varios asesinatos: Enciso, A., “Muerte y persecución enfrentan activistas ambientales en el país”, *La Jornada*, México, 31 de diciembre

imposición de proyectos que responden a la presión del capital extranjero y nacional, orientada a prácticas hegemónicas que pasan por alto la diversidad y el aprovechamiento racional de los recursos naturales, así como el reparto equitativo de los beneficios entre los actores involucrados.

Otro aspecto muy importante para los pueblos y su derecho al desarrollo abordado por el Convenio 169 es el relativo a la economía tradicional, la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia, como la caza, la pesca y la recolección, la cuales deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con su participación y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por el fortalecimiento y fomento de dichas actividades (artículo 23.1). En los pueblos originarios estas actividades son resultado de un conocimiento detallado del medio ambiente, fruto de la experiencia de generaciones consagradas a la utilización de sus tierras y recursos, y constituyen la base de su supervivencia económica⁵⁸ y cultural.

Así, como parte de su derecho a la libre determinación, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho a participar “en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos” (artículo 18). Específicamente, el artículo 23 dispone que:

Los pueblos indígenas tienen “derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo”. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Todo ello en aras de garantizar la participación y el empoderamiento de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que les afectan.⁵⁹

de 2009, p. 25; Ramón, R. y Chávez, S., “Ocho asesinados en este sexenio por defender el medio ambiente: Cemda”, *La Jornada*, México, 29 de mayo de 2010, p. 31, y Gómez, M., “El quinto poder: transnacionales mineras”, *La Jornada*, México, 27 de marzo de 2012.

⁵⁸ OIT, *Convenio número 169 sobre Pueblos...*, cit., p. 48.

⁵⁹ Stavenhagen, R., *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles,*

La Declaración también reconoce que los pueblos originarios tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido; en consonancia con ello, a utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. A tales fines, los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (artículo 26).

De forma complementaria, los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos originarios interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente sus leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra, para reconocer y adjudicar sus derechos en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos originarios tendrán derecho a participar en este proceso (artículo 27). A través de estas disposiciones se reconoce el derecho al usufructo de la tierra y los recursos naturales de los lugares que han habitado y habitan estos colectivos.

En lo que respecta directamente a su derecho al desarrollo, los pueblos indígenas tienen “derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”. Ahora bien, si el Estado pretende llevar a cabo algún proyecto que pueda afectar tierras, territorios y otros recursos de los pueblos originarios, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, tiene que celebrar consultas y cooperar de buena fe, por conducto de sus instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobarlo (artículo 32).

Existen otros instrumentos internacionales que incorporan disposiciones que se relacionan con el derecho al desarrollo de los pueblos originarios, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB),⁶⁰ que aborda el

políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007, p. 12.

⁶⁰ Artículo 8o., inciso j. Adoptado en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo,

vínculo entre acceso a recursos genéticos y el derecho al desarrollo de pueblos y comunidades originarios a través de la figura del consentimiento fundamentado previo (CFP), el cual debe darse por estos últimos como resultado de un proceso consultivo incluyente, en un lenguaje adecuado, previo al inicio de cualquier proyecto y una vez que hayan recibido toda la información relativa a la propuesta de la actividad, con especial énfasis en el reparto equitativo de beneficios. Sin embargo, estamos otra vez ante motivaciones contrapuestas: las de los pueblos y comunidades detentadoras de conocimientos y prácticas tradicionales asociados a los recursos naturales y su utilización sostenible, frente a las de las grandes empresas multinacionales, especialmente de las industrias alimentaria y farmacéutica, cuyo acceso a dichos conocimientos y prácticas supone un ahorro económico en investigación de los principios activos de los recursos genéticos; ello, a su vez, acorta el tiempo destinado a la bioprospección, y todo en conjunto disminuye los costos de inversión, por lo que maximiza la recuperación de ésta.⁶¹

En el contexto americano, existe un proyecto de Declaración en el que los Estados reconocen el derecho de los pueblos originarios a decidir democráticamente respecto a los valores, objetivos, prioridades y estrategias que presidirán y orientarán su desarrollo, aunque los mismos sean distintos a los adoptados por el Estado nacional o por otros segmentos de la sociedad. Los pueblos originarios tendrán derecho sin discriminación alguna a obtener medios adecuados para su propio desarrollo de acuerdo a sus preferencias y valores, y de contribuir a través de sus formas propias, como sociedades distintivas, al desarrollo nacional y a la cooperación internacional.⁶²

celebrada en Río de Janeiro en 1992, en vigor a partir del 29 de diciembre de 1993, y ratificado por México el 11 de marzo de 1993. En el contexto nacional, la Ley de Desarrollo Rural Sustentable dispone que los núcleos agrarios, los pueblos indígenas y los propietarios “podrán realizar las acciones” que se admitan en los términos de la presente Ley, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, de la Ley General de Vida Silvestre y de toda la normatividad aplicable “sobre el uso, extracción, aprovechamiento y apropiación de la biodiversidad y los recursos genéticos”.

⁶¹ Cfr. Anglés Hernández, M., “La ciudadanía étnica ambiental”, en Ordóñez Cifuentes, J. E. R. y Bautista Cruz, S. (coords.), *XIX Jornadas Lascasianas Internacionales. La enseñanza de los contextos étnicos-nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 74 y 75.

⁶² Artículo XXI. Cfr. Organización de los Estados Americanos, *Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los*

Evidentemente, la política económica de los últimos tiempos, enmarcada en el contexto de la globalización, ha provocado una reasignación de las relaciones de propiedad, de manera que hay un impulso a la entrada de inversión extranjera que violenta los derechos fundamentales de los pueblos originarios a sus tierras, territorios y recursos naturales.⁶³

Por lo expuesto, concordamos con Stavenhagen, quien sostiene que nuestro país no ha tenido en cuenta los derechos e intereses de los pueblos originarios al elaborar los grandes proyectos de desarrollo. Ello se materializa por el aparato estatal que ignora sus derechos a la libre determinación, al desarrollo, a la consulta, derechos estrechamente relacionados con la implementación de proyectos en sus tierras y territorios, los que arguyen un “interés nacional” preponderante que en el fondo protege e impulsa intereses de mercado con beneficios para determinados sectores o grupos, entre los que no se hallan los pueblos originarios.

Esta realidad genera un enfrentamiento de intereses y políticas, pues justamente sobre los recursos naturales recae la mayor presión de las empresas transnacionales para su explotación. En este escenario, podemos referirnos a grandes proyectos, como la presa “La Parota”, que implica el desplazamiento de la población nahua de Guerrero; la de “Paso de la Reina”, en Oaxaca, que avanza pese a la fuerte oposición de los pueblos chatinos, mixtecos de la costa, afroamericanos y campesinos mestizos de la Costa Chica; el de energía eoloeléctrica en la zona sur del Istmo de Tehuantepec, con fuerte inversión de capital español. Además, las 550 concesiones de exploración y explotación mineras sobre 1,583,928 hectáreas del territorio nacional y otro megaproyecto del Grupo Acerero del Norte para la extracción de hierro de una gran veta que atraviesa 11 municipios indígenas de alta marginación (chatinos, mixtecos, zapotecos y chontales), en el modelo de minería a cielo abierto en Salina del Marqués, Oaxaca; una ferrovía y un muelle como salida exportadora al Pacífico en el Puerto de Salina Cruz, también en Oaxaca.⁶⁴ ¿Algo más?

Ciertamente, ante este panorama, pueblos y comunidades originarios viven, resisten y recrean sus formas de vida, a la vez que experimentan la

Pueblos Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 22, 1o. de marzo de 2001.

⁶³ Reformas al artículo 27, fracción VII, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 6 de enero de 1992.

⁶⁴ Véase Wessendorf, K. (comp.), *El mundo indígena 2011*, Copenhague, IWGIA, 2011, p. 80.

pérdida paulatina de su integridad y del control de sus territorios. Como se ha dicho, la falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir condiciones de miseria para los pueblos originarios, pues ello limita su abastecimiento de los bienes necesarios para su subsistencia, el desarrollo de sus actividades tradicionales,⁶⁵ el acceso a sus sistemas de salud, y otras funciones socioculturales cruciales para su desarrollo y subsistencia.

Si el Estado mexicano realmente pretende construir una nación pluricultural incluyente, debe garantizar a los pueblos originarios el ejercicio de todos sus derechos, fundamentalmente los de naturaleza colectiva, para que verdaderamente se consideren sus percepciones y aspiraciones propias en la determinación de su desarrollo como pueblos.

En atención a estos postulados y a la realidad de la diversidad de nuestros pueblos originarios, el ejercicio del derecho al desarrollo debe considerar el aspecto histórico-contextual que involucra una multiplicidad de aspectos: políticos, sociales, culturales, axiológicos, cosmogónicos, identitarios y ambientales que dan sentido a esta posibilidad de elegir y determinar el modelo de desarrollo que se desea echar a andar, así como la manera de alcanzarlo.

IV. REFLEXIONES FINALES

Superar la exclusión social que afecta a pueblos y comunidades originarios requiere acallar los prejuicios y acciones discriminatorias para tener la apertura de escuchar saberes diversos que han estado en estrecha relación con su entorno, y que ahora luchan incansablemente por hacer efectivos sus derechos.

Estamos en una nueva etapa en la que el reclamo por los derechos humanos se alza también, y con mucha fuerza y arrojo, desde la perspectiva colectiva, en la que comunidades y pueblos originarios exigen, en el ejercicio de su libre determinación, que el Estado mexicano y sus instituciones respeten sus compromisos internacionales y no limiten más sus derechos humanos colectivos.

La materialización del derecho al desarrollo exige el respeto a la diversidad cultural, la adopción de políticas públicas orientadas por las necesi-

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005.

dades de los pueblos originarios a través de su participación efectiva, y la congruencia entre la práctica discursiva del Estado mexicano respecto de la justicia social y el ejercicio de las facultades de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en igual sentido, condición para acabar con la exclusión y discriminación históricas de la que han sido y son objeto.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “El desarrollo sostenible al centro de la tríada: pobreza, medio ambiente y desarrollo”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, año 13, núm. 50, abril-junio de 2008.

———, “La ciudadanía étnica ambiental”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. y BAUTISTA CRUZ, S. (coords.), *XIX Jornadas Lascasianas Internacionales. La enseñanza de los contextos étnicos-nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

———, “La garantía del derecho de acceso, uso y disfrute preferente de los indígenas a los recursos naturales. Caso Cucapá”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. y ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coords.), *Primera Memoria del Seminario itinerante internacional “La cuestión agraria: tierras, territorios, medio ambiente, recursos naturales, migrantes, derechos sociales y colectivos de los pueblos”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

ARTIGAS, C., *Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales*, Santiago, CEPAL, 2005.

BONFIL BATALLA, G., *Pensar nuestra cultura. Ensayos*, México, Alianza Editorial, 1996.

Censo de población y vivienda 2010, Cuestionario básico, consulta interactiva de datos, México, INEGI, 2011, disponible en: <http://www.inegi.org.mx>.

CHÉRREZ, C. et al. (comps.), *Cuando tiemblan los derechos: extractivismo y criminalización en América Latina*, Quito, Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005.

———, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

- DE SOUSA SANTOS, B., *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*, Buenos Aires, Waldhuter Editores, 2009.
- DÍAZ SOLÍS, I., “Cuándo entenderemos todos”, *Boletini*, México, núm. 20, septiembre-octubre de 1998.
- EMBRIZ OSORIO, A., “Indicadores socioeconómicos de la riqueza de los pueblos indígenas de México”, *Tlahui-Politic*, Quebec, núm. 2, 1996.
- ENCISO, A., “Muerte y persecución enfrentan activistas ambientales en el país”, *La Jornada*, México, 31 de diciembre de 2009.
- FRASER, N. y HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata-Fundación Paideia Galiza, 2006.
- GARGARELLA, R., *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- GÓMEZ, M., “El quinto poder: transnacionales mineras”, *La Jornada*, México, 27 de marzo de 2012.
- GONZÁLEZ PAZOS, J., “Cooperación internacional con los pueblos indígenas”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- HERNÁNDEZ NAVARRO, L. y VERA HERRERA, R. (comps.), *Acuerdos de San Andrés*, México, Era, 2004.
- Índice de marginación por entidad federativa y municipio 2010*, México, Conapo, 2011.
- Informe de pobreza multidimensional en México 2008*, México, Coneval, 2010.
- Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas en México. El reto de la desigualdad de oportunidades*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010.
- Los derechos de los pueblos indígenas, CERD Recomendación general No. XXIII*, Ginebra, ACNUDH, 1997, A/52/18, anexo V.
- Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, México, Coneval, 2009.
- NAVA ESCUDERO, C., *Estudios ambientales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 22, 1o. de marzo de 2001.

Panorama de las empresas con participación de capital extranjero en la industria minera mexicana, México, Secretaría de Economía, 2012.

PIZARRO, R., *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, Santiago, CEPAL, 2001.

Principales resultados del censo de población y vivienda 2010, México, INEGI, 2011.

Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012, México, CDI, 2010.

RAMÓN, R. y CHÁVEZ, S., “Ocho asesinados en este sexenio por defender el medio ambiente: Cemda”, *La Jornada*, México, 29 de mayo de 2010.

RIONDA RAMÍREZ, J. I., “Exclusión indígena en México (historia económica en retrospectiva)”, *Tecnistecatl. Revista Electrónica de Ciencias Sociales*, núm. 7, enero de 2010.

SEN, A., “The Right Not to Be Hungry”, en ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds.), *The Right to Food*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

SOJO, A., “El sentido de pertenencia como prisma de la cohesión social en América Latina”, en MALLO, T. y SANAHUJA, J. A. (coords.), *Las relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe*, Madrid, Fundación Carolina-Siglo XXI de España Editores, 2011.

SOJO, C., “Dinámica sociopolítica y cultural de la exclusión social”, en GACITÚA, E. et al. (eds.), *Exclusión social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe*, Costa Rica, FLACSO-Banco Mundial, 2000.

STAVENHAGEN, R., *Informe del relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 10 de febrero de 2003, E/CN.4/2003/90/Add.2.

———, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.

———, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007.

VILHENA VIEIRA, O., “Desigualdad estructural y Estado de derecho”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

WESSENDORF, K. (comp.), *El mundo indígena 2011*, Copenhague, IWGIA, 2011. ●

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO: CASO SARAMAKA VS. SURINAM

SILVIA GABRIELA RUIZ CERVANTES*

Sumario

- I. Introducción
- II. El concepto de desarrollo
- III. Derecho a la consulta
- IV. Presentación del caso
- V. Sentencia Saramaka vs. Surinam
- VI. Conclusión
- VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual del capitalismo moderno, se han gestado problemas con los pueblos indígenas en relación con su territorio y recursos naturales frente a proyectos de desarrollo.¹

Los proyectos, por la forma como se implantan (que por lo general es de una manera arbitraria), sobre los territorios de los pueblos indígenas se ven en conflicto porque se genera una devastación ambiental inmensa y una violación de derechos humanos.

Las actividades que realizan dichos proyectos en territorios de los pueblos ocasionan una serie de dificultades sociales vinculadas a la falta de

* Facultad de Derecho, UNAM. Integrante del Proyecto Papiit IN302311, “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas frente a los megaproyectos de inversión en México”.

¹ Un proyecto de desarrollo es un “proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional, para la creación o mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad de la misma, la explotación a gran escala de los recursos naturales, incluidos los recursos del subsuelo, y la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares”. Stavenhagen, Rodolfo, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 21 de enero de 2003, párrafo 6.

comprensión sobre el contenido de los derechos y las violaciones que ocasionan con su implantación.²

Los pueblos se encuentran perturbados en posesión de sus recursos naturales y territorio como resultado de las actividades realizadas por empresas con fines de lucro.

El problema surge cuando se quiere expropiar los territorios de los pueblos indígenas y desplazarlos de su lugar de origen, teniendo como consecuencia la pérdida tanto de su cultura como de sus medios de subsistencia.

La imposición de nueva tecnología en su territorio suele traer resultados desfavorables que aumentan la desigualdad y pobreza en los pueblos que históricamente han sido susceptibles de discriminación.

Aunado a ello, los pueblos son discriminados desde el momento en el que no se toma en cuenta su opinión, no se recogen sus necesidades y expectativas frente a las actividades del Estado y/o empresas privadas, donde siempre predomina el interés económico, es decir, la maximización de productividad por encima de los intereses del pueblo,³ no respetan las diferencias entre grupos y los obligan a tomar formas de desarrollo que destruyen su vida cotidiana.

Muchos de estos proyectos se imponen de forma violenta sobre los pueblos, viéndose amenazados sus recursos naturales, territorio y cultura; los mismos pueden implicar como la construcción de presas, minas, carreteras o aeropuertos, traen aparejados desalojos forzados,⁴ migración, hambre, discriminación, cambios culturales, sociales, políticos y medioambientales.

Ante la constante violación de derechos humanos, los pueblos se resisten frente a esos procesos, para crear cierto impacto en la sociedad y se evidencie el problema al que se enfrentan.⁵

² Anaya, James, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 19 de julio de 2010. A/HRC/15/37.

³ Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, México, UNESCO, 2009, p. 50.

⁴ El término “desalojos forzados” se define como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 7: El derecho a una vivienda adecuada.

⁵ Anaya, James, *op. cit.*, p. 53.

Estos proyectos de desarrollo economicistas están destruyendo la forma de vida de los pueblos, y es en ese contexto donde el consentimiento libre, previo e informado y la consulta juegan un papel relevante para la defensa de sus derechos.

El caso *Saramaka vs. Surinam*, resuelto ya por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2007 (que iré desarrollando a lo largo de este trabajo), es un caso paradigmático sobre la consulta previa y el consentimiento como los derechos que nos van abriendo camino para su defensa a favor de los pueblos. La sentencia a la que llegó nos proporciona criterios para el freno de los proyectos de desarrollo en aras de proteger y hacer efectivos los derechos de los pueblos que se vean afectados por los mismos.

El objetivo en este trabajo es posicionar la importancia del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para que no sean discriminados y lograr que éstos sean incluidos cuando se traten de hacer planes de desarrollo que pongan en peligro su integridad cultural, territorio y recursos naturales.

II. EL CONCEPTO DE DESARROLLO

El modelo de desarrollo capitalista como patrón de poder mundial está destruyendo la vida colectiva y espiritual de los pueblos indígenas por la intensificación de la apropiación y extracción de recursos naturales, traducidos en megaproyectos que se han expandido con mayor fuerza desde el siglo XXI, construyendo relaciones de poder y dominación social.

Este juego de poder y dominación tiene una relación histórica con las concepciones coloniales que se impusieron en América desde la llegada de los españoles. Desde entonces, la construcción política, social y cultural de la relación entre ambos mundos se basó en la idea de que los pueblos son una raza inferior, arcaica y primitiva que debe entrar en la dinámica del capitalismo para poder desarrollarse y salir de la pobreza y de ese mundo atrasado en el que viven.⁶

El racismo persiste con mucha fuerza; este patrón de clasificación social que aportó la colonialidad dio origen a identidades nuevas en Amé-

⁶ Stavenhagen, Rodolfo, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 15 de noviembre de 2007. A/HRC/6/15.

rica como los indios, negros o mestizos, y se estableció una jerarquía de identidades,⁷ colocando a éstos en un nivel inferior de subordinación.

Con la nueva creación de clasificación social y con tratos injustificados hacia ciertos grupos surgió el principio de no discriminación (una manifestación del principio de igualdad). En donde se quiere combatir con esas relaciones sociales el que un grupo domine a otro grupo, poniéndolo en una situación de desigualdad e inferioridad.⁸ Reconociendo las diferencias entre culturas que supone un trato igual a los iguales y desigual a los diferentes, siempre y cuando este último sea necesario, ello para poder llegar a una sociedad más igualitaria.

Esto es importante señalarlo, porque los pueblos indígenas han sido un grupo excluido, desplazado y discriminado que por lo tanto necesita de un trato especial y diferente que el resto de la población, requiriendo de medidas especiales para poder garantizar sus derechos, y así lograr una equiparación social, logrando una buena convivencia.

Sin embargo, uno de los planteamientos clave de la modernidad capitalista es introducir megaobras en los territorios de los pueblos y comunidades, alegando la necesidad y conveniencia de cambios socioeconómicos para solucionar sus problemas de pobreza, generando violaciones de derechos humanos que les afectan para seguir viviendo, aumentando la discriminación social y generando la exclusión del grupo.⁹

Siguiendo estas ideas, el capitalismo y la dependencia en la que vivimos actualmente aumenta en gran medida la desigualdad y discriminación social.

En muchas ocasiones se producen resistencias que no son contra el progreso, sino para proteger lo que les pertenece y poder subsistir frente a la mercantilización de su territorio.

Lamentablemente, ante esta situación, en vez de que el Estado ofrezca soluciones justas acordes con los derechos humanos, los criminaliza por proteger sus territorios sagrados frente a planes de desarrollo, violando de manera masiva sus derechos.

⁷ Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, p. 202.

⁸ Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, Conapred-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 64.

⁹ *Op. cit.*, nota 6.

Ante ello, los pueblos han colocado en el debate público que el desarrollo economicista no es la única vía para lograr una transformación y conseguir una mejor calidad de vida. De acuerdo con su posición, que ha sido recogida por el derecho internacional de los derechos humanos, contenida en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, pueden existir tantas nociones de desarrollo como tantos pueblos existan; la pregunta aquí sería: ¿qué tipo de desarrollo propio quieren?

Es por esto que el procedimiento de la consulta es un factor clave en estas importantes discusiones, por lo que ha sido reconocido en diversos documentos internacionales.

De acuerdo con ellos, el Estado debe realizar la consulta respetando sus costumbres y tradiciones, reconociendo el concepto que dichos pueblos y comunidades puedan tener.

En el artículo 7o.¹⁰ del Convenio 169 de la OIT se establece el derecho a decidir la forma de desarrollo que más les ajuste. Indica que los pueblos afectados podrán decidir el tipo de desarrollo propio que más les convenga para satisfacer sus necesidades básicas.

En todo momento ellos deben poder participar activamente en la formulación y aplicación del proyecto de acuerdo a sus necesidades y no a las de las empresas o del Estado, respetando sus tradiciones e instituciones de representación.

¹⁰ "Artículo 7o.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan".

En ese sentido, hay que señalar que los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía y a su libre autodeterminación,¹¹ por lo que se debe asegurar que sean titulares activos en la participación y construcción de su propia forma de desarrollo.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se encuentra regulada la libre determinación de los pueblos indígenas.

En el artículo 1.1 tanto del PIDCP como del PIDESC¹² se señala que el titular del derecho a la libre determinación lo son todos los pueblos. Vinculado a ese derecho, ellos pueden establecer su condición política, social, cultural y decidir qué desarrollo se acomoda más a sus necesidades.

El artículo 27 del PIDCP menciona que “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde... a gozar de su propia cultura que consiste en una vida fuertemente asociada al territorio y uso de recursos naturales”.¹³

Durante el 20º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas se reafirmó su derecho a la libre determinación como condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos, mediante el cual pueden participar en los procesos de toma de decisiones sobre temas que pudieran afectarles.¹⁴

La libre determinación, como se demuestra, juega un papel esencial para la defensa de los pueblos indígenas, permitiéndoles decidir qué desarrollo alternativo quieren.

En la celebración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, efectuada en Johannesburgo en 2006, se consensó la interdependencia entre el desarrollo y los derechos humanos.¹⁵

¹¹ Artículo 1o., *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2007.

¹² “Artículo 1o.

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

¹³ ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General núm. 23: Los derechos de las minorías (artículo 27), agosto de 1994, párrafos 1 y 3.2.

¹⁴ Informe del 20º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (E/CN.4/Sub.2/2002/24), párrafo 26.

¹⁵ Para más información acerca del tema de desarrollo con un enfoque hacia los derechos humanos véanse las propuestas que se posicionaron en la Cumbre.

Esta forma de desarrollo en relación con los derechos humanos es la que ha apoyado el ámbito internacional para que se implemente. Se trata de colocar a los derechos humanos como el objetivo del desarrollo.

Este desarrollo basado en el respeto de estos derechos, nos dice el campo internacional, trae como resultado altos niveles de vida, protección al medio ambiente y acceso a necesidades básicas.

Pero para llegar a ese punto de tener como objeto de desarrollo a los derechos humanos se requiere una transformación tanto en el discurso de la noción de desarrollo como en las instituciones y en el sistema económico, ya que siempre ha existido una fuerte tensión entre el capitalismo y los derechos humanos, obligando al Estado a implementar políticas públicas para respetar y proteger los derechos básicos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, este cambio no se ha reflejado porque no es tan fácil armonizar las concepciones colonizadoras de desarrollo con los derechos humanos, además de que se encuentran en juego varios intereses sociales, políticos y económicos por parte de los poderes fácticos.

Siendo éste —la noción de desarrollo capitalista— la base generadora de conflictos sociales, políticos, económicos, culturales y medioambientales que ocasionan más discriminación y pobreza en vez de disminuirla.

III. DERECHO A LA CONSULTA

El derecho a la consulta es un instrumento a través del cual los pueblos pueden tener incidencia en la toma de decisiones frente a proyectos de desarrollo que puedan afectar de forma negativa, o en su caso positiva, el ejercicio de sus derechos.

Este derecho tiene como propósito informar, establecer un diálogo y obtener el consentimiento de los pueblos afectados en relación con los proyectos de desarrollo o modificaciones legislativas que tendrán un impacto en ellos.

La consulta hace posible la participación en conjunto para decidir los cambios que estén por presentarse, frenar y/o ejercer presión ante dichos proyectos, y así hacer efectivos los derechos de los pueblos sobre los recursos naturales y territorio; siendo también una herramienta útil para frenar la discriminación constante hacia los pueblos indígenas que ha existido por grupos históricamente dominantes.

Ésta se basa en los derechos de autodeterminación, no discriminación e identidad cultural,¹⁶ por lo que si no son respetados esos derechos la consulta carecería de sentido, convirtiéndose en un derecho procedimental de mero trámite.

Hay que articular la consulta junto con estos derechos para que sea un argumento que vaya con mayor fuerza, capaz de hacerlo efectivo, y no sólo a la consulta, sino a todos los demás derechos vinculados: vivienda, salud, trabajo, agua, alimentación, territorio, educación y medio ambiente.

Por ello, la consulta se puede convertir en un instrumento eficaz para demandar y hacer exigibles otros derechos necesarios para la supervivencia del pueblo.¹⁷

El primer instrumento internacional que regula la consulta y la participación es el Convenio 169 de la OIT, en los artículos 6o. y 15, siendo ésta la piedra angular del Convenio.

El artículo 6o. exige que los gobiernos realicen consultas a los pueblos interesados, mediante procedimientos adecuados y de buena fe, cada vez que se piense impulsar medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarlos, con el fin de obtener un acuerdo o el consentimiento libre, previo e informado.

Por su parte, el artículo 15 señala que la consulta debe llevarse a cabo cuando el Estado tenga planes de explotación de recursos naturales en áreas pertenecientes a pueblos indígenas. Es ahí donde el Estado tiene la obligación de realizar la consulta oportunamente, respetando las tradiciones y tiempos del pueblo para la participación y toma de decisiones.¹⁸

El actual relator de pueblos indígenas, James Anaya, nos dice que las singularidades en el procedimiento de la consulta varían, ya que cada caso y comunidad es distinta. Lo que no varía es el hecho de que se tenga que consultar a dichos pueblos y comunidades siguiendo la normativa que la regula a nivel internacional.

Las partes involucradas deben entablar un diálogo significativo en un ámbito de respeto mutuo, para así llegar a soluciones adecuadas, consti-

¹⁶ Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, p. 235.

¹⁷ Pólit Montes de Oca, Berenice, *La consulta previa*, Ecuador, Cevallos, 2010, p. 102.

¹⁸ Anaya, James, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34.

tuyendo una consulta real y no quedándose en una mera reunión informativa, la cual no se considerará como consulta.¹⁹

James Anaya ha subrayado que las consultas no sólo consisten en informar, sino que deben ser diseñadas para que los pueblos indígenas tengan oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afecten sus intereses.²⁰

Dicha consulta, por tanto, no puede convertirse en un trámite formal que haya que superar. Los pueblos tienen el derecho de participar en las decisiones que se tomen en cuanto al proyecto, pudiendo oponerse al mismo si éste les ocasiona algún tipo de afectación a sus derechos o cuando los daños sean mayores que los beneficios.

El derecho a la consulta tampoco puede ser utilizado como un mero proceso informativo donde las autoridades exponen la decisión previamente ya adoptada, ni debe ser entendido como instrumento para legitimar cualquier decisión o actividad del Estado y empresa, cumpliendo con el requisito formal de consulta.²¹

El artículo 6o. del Convenio marca que la consulta tiene la finalidad de que los participantes en ella puedan llegar a un acuerdo, dejando a las comunidades la oportunidad de participar en las políticas y programas que les afecten, o bien obtener su consentimiento para las medidas que se tomarán.

Ahora bien, como lo señala el artículo, también se requiere obtener el consentimiento de los pueblos como finalidad de la consulta; esto no es menor, porque desde que se creó el Convenio en 1989 empieza a colocar que no sólo el objetivo de la consulta es abrir el diálogo para llegar a acuerdos, sino que se debe obtener el consentimiento del pueblo.

Este primer pilar que nos da el Convenio de la obtención del consentimiento de los pueblos se va a ir reforzando en los distintos instrumentos y documentos internacionales creados con posterioridad, a medida que se va teniendo la necesidad de hacer efectivos sus derechos ante el latente peligro que conlleva el sistema capitalista en sus territorios.

¹⁹ Véase <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm> (consultada: 5 de junio de 2012).

²⁰ *Op. cit.*, nota 18.

²¹ *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, p. 24.

Uno de ellos, que costó varios años de construcción, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Es un instrumento que va más allá (en cuestión de la consulta y consentimiento) que el Convenio 169 de la OIT.

En su artículo 19²² indica que la consulta se debe llevar a cabo de buena fe, a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los afectados.

De nuevo destaca que el fin de la consulta es obtener el consentimiento para la toma de decisiones en relación con los impactos que provocará la construcción del proyecto de desarrollo, con la diferencia de que nos proporciona elementos que debe contener el consentimiento.

Por esta razón, antes de seguir analizando la Declaración, hay que señalar que el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha desarrollado para su mejor interpretación y aplicación el consentimiento libre, previo e informado, que consiste en:

- a) No debe haber coerción, intimidación ni manipulación.
- b) Debe tratar de obtenerse el consentimiento con suficiente antelación.
- c) Debe proporcionarse información como zonas que se verán afectadas, evaluación del impacto económico, social, cultural y ambiental.
- d) La información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible.
- e) Las consultas deben celebrarse de buena fe. Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa.

Con estos elementos que proporciona el Foro adquirimos más instrumentos para situar el razonamiento de que dentro de la participación existe la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado, haciendo a la consulta un procedimiento significativo en la toma de decisiones.

Ahora sí, continuando con los artículos de la Declaración (y con esto me refiero a que va más allá que el Convenio 169 de la OIT), encontra-

²² “Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

mos tres supuestos en los cuales si no se obtiene el consentimiento libre, previo e informado no se llevará a cabo ningún proyecto de desarrollo que quiera plantarse en territorios de indígenas:

a) *Desplazamientos forzosos:*

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

b) *Almacenamiento de materiales peligrosos en el territorio:*

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. *Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.*

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

c) *Utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo:*

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado*

antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

En los tres supuestos, el consentimiento se vuelve vinculante en el momento en que una de las finalidades del derecho a la consulta es obtenerlo para poder realizar cualquier actividad por parte de los agentes que quieran ocasionar algún impacto negativo dentro del territorio de los pueblos.

Aunado a lo dicho, el ex relator especial sobre pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en su informe de 2003 mencionó: “Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de sus derechos humanos”.

Afirma que es esencial obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos afectados, porque tras el proyecto sufrirán cambios sociales, económicos, políticos y culturales profundos como la pérdida del territorio que han ocupado tradicionalmente, desalojos forzosos, migración, agotamiento de recursos, contaminación del ambiente, y en algunos casos abusos y violencia.²³

Encontramos también que a nivel internacional existe el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que en su Recomendación General núm. 23, sobre derechos de los pueblos indígenas, establece: “El respeto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde relación directa con sus derechos o intereses sin su *consentimiento*”.

Por lo que recomienda que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades.²⁴

De la información dogmática que se ha vaciado podemos concluir los siguientes tres puntos importantes:

²³ *Op. cit.*, nota 6.

²⁴ Consideraciones de los informes presentados por los Estados partes conforme al artículo 9o. de la Convención. Observaciones finales respecto al Ecuador, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003.

- 1) Una de las finalidades de la consulta es la obtención del consentimiento libre e informado.
- 2) En la Declaración existen tres supuestos de los cuales si no se obtiene el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos no se hará el proyecto de desarrollo.
- 3) El ex relator Stavenhagen señala la necesidad de la obtención del consentimiento libre, previo e informado cuando un proyecto a gran escala quiera ubicarse en territorio de los pueblos.

Por tanto, es necesario repetir que el objeto último de la consulta es llegar a un consentimiento libre, previo e informado, que esté reflejado en los acuerdos que se realicen y se cumplan.

Siendo éste fundamental para llegar a frenar planes de desarrollo, respetando la autodeterminación de los pueblos, pudiendo evitar una inmensa violación de derechos y con ello su no desaparición.

El caso *Saramaka vs. Surinam*, el cual desarrollaré en los siguientes apartados, es significativo porque establece criterios muy importantes para determinar cuándo el consentimiento de los pueblos es obligatorio y vinculante para que el proyecto pueda desarrollarse.

A continuación hablaré de la problemática que ha vivido el pueblo Saramaka frente a las concesiones que el Estado ha otorgado a empresas para extraer recursos naturales que les pertenecen, sin haber realizado consultas previas, y cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto el caso a favor del pueblo, extrayendo de la sentencia las conclusiones que nos interesan referentes a la consulta y consentimiento libre, previo e informado.

IV. PRESENTACIÓN DEL CASO

Saramaka es uno de los seis grupos maroon de Surinam, cuyos ancestros —africanos esclavos— fueron trasladados a dicho territorio por la fuerza, durante la colonización europea en el siglo XVII. Muchos de ellos lograron escapar y establecieron comunidades autónomas, surgiendo distintos grupos de maroons.

La sociedad Saramaka se organiza en doce clanes de linaje materno, sus integrantes no son nativos de la región por las migraciones que ocu-

rrieron en la colonización, pero conforman un pueblo tribal con características culturales específicas, una identidad con relaciones espirituales con el territorio y una estructura jurídica propia.²⁵

Su población va de 25,000 a 34,000 miembros, quienes se dividen en 63 comunidades situadas en la región del Río Surinam y algunas regiones desplazadas, ubicadas al oeste de dicha región.

Saramaka ha vivido una violación de derechos humanos tras las autorizaciones de concesiones madereras y mineras por parte del Estado dentro de su territorio. Frente a ello se ha visto obligado a levantar la voz, para que sea reconocido y respetado como pueblo ante las instancias internacionales como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Es por ello que el 23 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en representación del pueblo Saramaka, presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra del Estado de Surinam, con objeto de que se le declare internacionalmente responsable por no adoptar medidas que reconozcan su derecho de propiedad comunal sobre las tierras que han usado tradicionalmente, ya que se conciben como un pueblo propietario de las tierras y no como miembros propietarios individuales, por la violación del derecho a la consulta y por el no reconocimiento de su personalidad jurídica como pueblo.²⁶

V. SENTENCIA SARAMAKA VS. SURINAM

La forma de vida de Saramaka se constituye a partir de la relación entre los recursos naturales y el territorio,²⁷ que son vistos como un elemento

²⁵ Por ello la Corte concluyó que el pueblo Saramaka es un grupo sujeto a medidas especiales de derecho internacional que protegen el uso y goce de la propiedad comunal en su artículo 21 para su subsistencia física y cultural. Y el Estado debe tomar medidas para reconocer, respetar y proteger esta propiedad comunal (párrafo 96).

²⁶ Cabe señalar que éstos no son los únicos problemas que aborda la sentencia, se encuentra también como el acceso a la justicia que no toca, porque el objetivo del artículo sólo es marcar la importancia de la consulta y el consentimiento.

²⁷ La definición de territorio se encuentra en el Convenio 169 de la OIT en el artículo 13: “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”. Para la Corte, el territorio es la totalidad de tierra y recursos que los saramakas han utilizado tradicionalmente... el territorio Saramaka pertenece de

integrante de cosmovisión, religiosidad que les da su identidad cultural.²⁸ Su subsistencia cultural depende de esa conexión espiritual y ancestral con la que llevan a cabo su vida cotidiana. Por lo que se torna relevante la titularidad y el goce de ambos, porque sin ellos la existencia del pueblo se pone en peligro.

Frente a ello, la relación con el territorio y recursos no es una cuestión sólo de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual para preservar su cultura y transmitirla a generaciones futuras.

En el sistema jurídico nacional de Surinam, los intereses económicos pesan más que la vulneración de derechos humanos que se ocasiona cuando se les despoja a los saramakas de sus tierras ancestrales y recursos naturales que han usado tradicionalmente.

El no reconocimiento de la propiedad comunal del pueblo Saramaka por parte del Estado viola el artículo 21²⁹ de la Convención Americana, que protege la propiedad comunal de los pueblos indígenas del territorio que han ocupado tradicionalmente, ejerciendo libremente su propio desarrollo social, cultural y económico.³⁰

Al respecto, Rodolfo Stavenhagen señala que el problema que encontramos es cuando el sistema jurídico nacional convierte la posesión comunal en propiedad privada individual por intereses económicos, motivo de negociaciones, litigios y conflictos.³¹

Esto provoca que el tema del reconocimiento de la propiedad comunal se vuelva un tema culminante motivo de grandes movilizaciones y litigios.

manera colectiva a los miembros del pueblo, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka”.

²⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Yakye Axa*, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 135.

²⁹ “Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

³⁰ Corte IDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 95.

³¹ *La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Nota del secretario general (12 de agosto de 2004). A/59/258.

La extracción de madera forma parte de la estructura económica del pueblo Saramaka. Este recurso ha sido utilizado tradicionalmente por los saramakas para la construcción de botes, canoas y techos para sus hogares; además obtienen frutos y aceites y los comercializan.

Las empresas madereras concesionadas dentro del territorio tradicional Saramaka, según los testimonios de los integrantes del pueblo, eran altamente destructivas y produjeron un daño masivo en un área sustancial del bosque del pueblo y en las funciones ecológicas y culturales que éste proporcionaba:

“Destruyeron nuestro bosque e inutilizaron parte de nuestra tierra porque bloquearon los arroyos y dejaron que el agua sentara sobre la tierra... Quedó inutilizable y los espíritus están totalmente ofendidos”.³²

Esto demuestra que el pueblo Saramaka ha utilizado la madera tradicionalmente para su subsistencia. Sin embargo, estos recursos los han ido disminuyendo o destruyendo empresas concesionarias madereras porque el Estado ha otorgado concesiones a terceros para dichas actividades en la zona del Río Surinam Superior y dentro de su territorio.

También el Estado otorgó concesiones a empresas mineras dentro del territorio Saramaka. Pero en este caso, los saramakas no han utilizado el oro como parte de su identidad cultural, sin embargo la Corte ha dicho que aunque el oro no es utilizado tradicionalmente por el pueblo, la simple extracción de minerales afectará indudablemente a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia del pueblo.³³

La Corte en este aspecto ha dicho que el derecho a la propiedad carecería de sentido en cuanto no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran en los territorios. El territorio debe ser comprendido como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación.

Esto no quiere decir que en un principio se esté en contra del desarrollo o de los proyectos a gran escala; de hecho, la Corte ha dicho que la protección de la propiedad comunal regulada en el artículo 21 de la Convención tiene límites.

El Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que:

³² Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, párrafo 150.

³³ *Ibidem*, párrafo 155.

- 1) Hayan sido previamente establecidos por la ley.
- 2) Sean necesarias.
- 3) Proporcionales.
- 4) Que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.³⁴

Pero hay que subrayar que estas restricciones se pueden no aplicar en caso de que impliquen una denegación de las tradiciones de forma que pongan en riesgo la subsistencia del pueblo.

Para que no implique una denegación se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Asegurar la participación efectiva del pueblo conforme a sus costumbres.
- b) Debe garantizar que el pueblo se beneficie del plan de desarrollo.
- c) El Estado no emitirá ninguna concesión a menos que se realice un estudio de impacto ambiental y social.³⁵

Sin embargo, a pesar de las restricciones y los límites a las mismas, podemos percatarnos de que la extracción de recursos naturales muy probablemente afecte los recursos necesarios para la supervivencia de los sarakas y de pueblos que se encuentren en la misma situación.

El Estado no debió tomar la decisión unilateralmente con relación a la construcción de proyectos, necesitó haber realizado consultas al pueblo Saramaka, justo para evitar esta imposición de voluntad de una parte sobre la otra y de llegar a un consenso sobre cuestiones que les afecten.³⁶

Lo que trata la sentencia en relación con la consulta lo toma de los instrumentos internacionales que ya se han desarrollado en el apartado III de este trabajo.

La Corte ha manifestado al respecto que al garantizar la participación efectiva del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultarlos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 127.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 129.

³⁶ *Op. cit.*, nota 18.

Para la realización de la consulta, la Corte ha señalado los siguientes aspectos a seguir:³⁷

- 1) Los procedimientos deben ser de buena fe.
- 2) El aviso debe ser previo, para que haya una discusión interna en las comunidades y poder tener una respuesta adecuada al Estado.
- 3) Se debe llegar a un acuerdo sin violencia ni manipulaciones.
- 4) Se les debe brindar información clara y entendible para que tengan conocimiento de los posibles riesgos y vayan tomando una postura frente a la problemática.

En este sentido, el Estado no debió otorgar concesiones a empresas madereras y mineras sin antes haber realizado la consulta previa vinculada a la participación efectiva y evaluaciones de impacto ambiental que señalara las decisiones y/u opiniones del pueblo y los impactos causados por las actividades de dichas empresas.

Asimismo, la Corte tomó una decisión relevante que hay que subrayar, cuestión que hace que el caso sea paradigmático, porque es el pase para que sean anulados los proyectos de desarrollo:³⁸

*La Corte considera que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.*³⁹

Siguiendo lo dicho, en el momento en que nos encontremos frente a un plan de desarrollo o de inversión a gran escala, como es el caso Saramaka, el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los saramakas para llevarlo a cabo.

Por ello, las actividades realizadas, ya sea la planeación, extracción, exploración y explotación, por parte de las empresas madereras y mineras

³⁷ *Op. cit.*, nota 30, párrafo 133.

³⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, define lo que es un plan de desarrollo: cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

³⁹ *Op. cit.*, nota 30, párrafo 134.

concesionadas por el Estado, son ilegales por no haber realizado consultas y con ellas obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo.

Con lo dicho por la Corte se tiene la posibilidad de exigir el freno de los proyectos de desarrollo que afecten a los pueblos o comunidades que se encuentren amenazados por ellos.

Esto es de gran impacto, porque claramente ha posicionado que además de ser consultados se debe obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos afectados para aceptar o rechazar el proyecto, y porque la sentencia nos brinda una herramienta vinculante muy poderosa para la protección y el ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos frente al capital demoleedor que se está viviendo en la actualidad.

VI. CONCLUSIÓN

Para concluir, la apuesta aquí es lograr garantizar los derechos de los pueblos indígenas en defensa de sus territorios y cultura, a través del derecho a la consulta, con su participación activa en la toma de decisiones sobre los planes de desarrollo que los puedan afectar directamente.

El caso *Saramaka vs. Surinam* es una experiencia que obtuvo resultados positivos en el ámbito internacional, aportando la posibilidad de frenar los proyectos de desarrollo que están emergiendo constantemente, teniendo como uno de los ejes para la protección de sus derechos, el reconocimiento a las diferencias, reforzando así el principio de no discriminación.

Se adicionan también los criterios de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que robustecen lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que lo aludido por Rodolfo Stavenhagen.

Es de la mayor relevancia que el tema de los pueblos indígenas se está visibilizando y ha ido ganando espacios en el ámbito internacional; de ser grupos que no se habían tomado en cuenta, ahora se están posicionado de tal manera que se han podido obtener sentencias favorables para garantizar sus derechos como grupos diferentes reconocidos que necesitan de protección especial.

En el trabajo sólo me referí a un caso en particular, pero existen muchos más casos similares en todo el planeta, que reflejan una problemáti-

ca que se está dando con mayor impulso y va devastando a comunidades enteras por la mercantilización de su territorio, y que hoy se ve reflejada en las luchas que se han ido formando a lo largo de la historia por la defensa de sus derechos.

Esto nos da la pauta para seguir luchando por la reivindicación del territorio y la defensa de sus derechos contra los intereses de un mundo neoliberal desenfrenado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, James, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 19 de julio de 2010. A/HRC/15/37.

———, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34.

———, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los doce clanes del Pueblo Saramaka (caso 12.338) contra la República de Surinam, 23 de junio de 2006.

Consideraciones de los informes presentados por los Estados partes conforme al artículo 9o. de la Convención. Observaciones finales respecto al Ecuador, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad Yakye Axa*, sentencia del 17 de junio de 2005.

———, *Caso Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Nota del secretario general, 12 de agosto de 2004. A/59/258.

LANDER, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

ONU-COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comentario General núm. 23: Los derechos de las minorías (artículo 27), agosto de 1994.

PÓLIT MONTES DE OCA, Berenice, *La consulta previa*, Ecuador, Cevallos, 2010.

QUIJANO, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en SALAZAR, Pedro y GUTIÉRREZ, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*, México, Conapred-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 15 de noviembre de 2007. A/HRC/6/15.

———, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, México, UNESCO 2009. ●

Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual, se terminó de imprimir el 12 de febrero de 2014 en los talleres de Formación Gráfica, S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, Ciudad Nezahualcóyotl, 57630 Estado de México. Se utilizó tipo *FrnkGothITC Bk BT* en 8.5, 9.5 y 10.5 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros. El tiraje es de 500 ejemplares (*impresión offset*).