

// Año I, Número 1. Noviembre 2018

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho

// Año I, Número 1. Noviembre 2018

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho



Revista EL CONSTITUYENTE

Revista Anual

Editada por Investigaciones y Estudios Superiores de Querétaro, SC.
Distribuida por la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro

Editor responsable: Dr. Ricardo del Río Trejo. *Director de la Facultad de Derecho*
ricardo.delrio@anahuac.mx.

Contacto: Dr. Jorge Vargas Morgado. *Investigador de la propia Facultad*
jorge.vargasm@anahuac.mx

Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Nombre
expedido por el INDAUTOR número 04-2018-032217291400-102

Impreso en Printor Technology. Dirección: José Frontera No. 9 Col. Mercurio.
C.P. 76040 Querétaro, Qro.

La opiniones, datos, fuentes y contenidos de los artículos publicados son entera y exclusiva responsabilidad de quien los ha escrito y se publican con entero respeto a la libertad de expresión y la libre investigación.

Prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados o del diseño editorial. Se podrán hacer libremente citas académicas cubriendo la referencia correspondiente.



UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO

Rector

Mtro. Luis Eduardo Alverde Montemayor

Vicerrector Académico

Mtro. Jaime Durán Lomelí

Vicerrector de Administración y Finanzas

Mtro. Pablo Galindo Vega

Vicerrector de Formación Integral

Dr. Ricardo Virués Macías

Director de Comunicación y Desarrollo

Mtro. Carlos E. Bárcena Ayala

Director de la Facultad de Derecho

Dr. Ricardo del Río Trejo



**FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO EDITORIAL**

CONSEJERO PRESIDENTE
DR. RICARDO DEL RÍO TREJO

CONSEJERO COORDINADOR
DR. JORGE VARGAS MORGADO

CONSEJEROS

INTERNOS

DR. SALVADOR IGNACIO ESCOBAR VILLANUEVA
DR. BERNARDO GARCÍA CAMINO
DR. CARLOS IGNACIO MUÑOZ ROCHA

EXTERNOS

DRA. ERÉNDIRA SALGADO LEDESMA
UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO - UNAM

DR. CARLOS BURGOA TOLEDO
UNAM CIUDAD UNIVERSITARIA

DR. FRANCISCO JAVIER COQUIS VELASCO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM



ÍNDICE

Artículos de Fondo

Condiciones De Posibilidad De Una Ciudadanía Suramericana. <i>Daniela Mésquita Leutchuk de Cademartori y Sergio Cademartori</i>	9
La Dualidad De La Justicia: Cómic De Superhéroes, Derecho Y Justicia. <i>Eddy María de la Guerra Zúñiga</i>	31
Un Acercamiento A Las Instituciones (No Clásicas) De Derecho Procesal Constitucional Mexicano. <i>Bernardo García Camino</i>	49
El Derecho Urbanístico Y Su Estrecho Vínculo Con Otros Derechos Humanos. <i>Francisco Javier Coquis Velasco</i>	59
Los Medios de Impugnación en Materia de Transparencia en México. <i>Otero Salas, Filiberto</i>	95

Artículos de Opinión

Una Pugna En Pro Del Diálogo Interreligioso En México. <i>Bernardo Perera Calzada</i>	110
--	-----

Ponencia

Derecho Indígena Constitucional. Algunas Consideraciones Al Artículo 2º De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. <i>Ricardo del Río Trejo</i>	120
---	-----



Estimados lectores de la **Revista “El Constituyente”**:

Por medio de la presente les doy la más cordial bienvenida al primer número de la Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro “El Constituyente”.

El presente número pretende ser una Revista Académica en toda forma, es decir, que las publicaciones en la misma reúnan los requisitos metodológicos que toda investigación jurídica debe contener, así como el reconocimiento de la comunidad académica tanto en materia de la ciencia jurídica como de las ciencias sociales, por conducto de Universidades e Institutos de enseñanza superior.

El nombre de “El Constituyente” tiene profundas y variadas implicaciones. En primer término, podemos referirnos a la máxima potestad del Estado que, dentro de la Teoría Constitucional, ubica al poder supremo depositado en la voluntad popular. En otra acepción, podemos referirnos a los primigenios legisladores que hicieron ver la luz a nuestra Constitución de 1917, por lo que, y en un tercer término, está profundamente ligado a la cultura de la queretaneidad, por ser precisamente esta tierra, no solo cuna del constitucionalismo mexicano, sino también de la propia independencia y soberanía nacional.

En el presente número inaugural encontrarás, querido lector, siete publicaciones académicas de temas jurídicos diversos, cinco artículos de fondo, uno de opinión y una ponencia. De los contenidos en el presente número tres son autoría de docentes de nuestra Facultad de Derecho, mientras que los restantes son de investigadores de la ciencia jurídica de prestigio académico nacional e internacional, invitados a participar en este lanzamiento académico.

Finalmente, y no por ser menos importante, quiero reconocer la gran labor que ha realizado el Dr. Jorge Vargas Morgado, coordinador de investigación en nuestra Facultad de Derecho, quien, gracias a su tenaz dedicación, a su gran empuje académico y sobre todo a su gran amor por la investigación y la enseñanza del derecho, hizo posible la publicación de esta Revista Académica.

Espero de todo corazón, que este sea el primero de muchos números publicados de nuestra Revista Académica y que la misma sirva como un espacio de encuentro, profundo estudio e investigación de la hermosa ciencia del derecho, para contribuir en la formación de nuestros alumnos y podamos hacer de ellos buenos juristas que transformen la realidad social, haciendo de ella un mejor espacio para vivir, desarrollarnos y ser felices.

DR. RICARDO DEL RÍO TREJO
Director de la Facultad de Derecho



**Facultad de
Derecho**

CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE UNA CIUDADANÍA SURAMERICANA POSSIBILITIES OF A SOUTH-AMERICAN CITIZENSHIP

Autores //

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori ¹

Sergio Cademartori ²

Resumen: El presente artículo se propone a investigar las condiciones de posibilidad de construcción de una ciudadanía suramericana, a partir de la constatación de que el modelo de ciudadanía nacional se ha agotado, ante los procesos de globalización e integración que ocurren hoy en el mundo. A ese fin, comienza analizando la evolución del concepto de ciudadanía, deteniéndose posteriormente sobre algunas de las principales teorías contemporáneas sobre el tema, para arribar a la conclusión de que hoy día, conceptos de ciudadanía anclados en homogeneidades étnicas, así como en la categoría estado nacional, se muestran totalmente insuficientes para dar cuenta de las nuevas realidades.

Palabras clave: Ciudadanía, transnacionalización, multiculturalismo, Estado nacional, UNASUR, integración.

Abstract: This paper aims to investigate the conditions of possibility of building a South American citizenship, from the finding that the national citizenship model has been exhausted, to the globalization and integration processes occurring in the world today. To that end, start by analyzing the evolution of the concept of citizenship, then stopping on some of the major contemporary theories on the subject, to arrive at the conclusion that today concepts of citizenship rooted in ethnic homogeneity and national state category are shown totally insufficient to account for new realities.

Keywords: citizenship, transnationalism, multiculturalism, national state, UNASUR integration.

Sumario: I. Introducción / II Ciudadanía y Nacionalidad: 1. Generalidades. 2. La ciudadanía de la Ilustración. 3. La ciudadanía y la idea de nación / III. La Ciudadanía de las constituciones democráticas / IV. La ciudadanía suramericana / Conclusión / Bibliografía.

¹ Doctora en Derecho del Estado y Master en Instituciones Jurídico-Políticas por la UFSC/Brasil. Profesora del Programa de Posgrado y bachillerato en Derecho de la UNILASALLE/Brasil. Correo electrónico: daniela_cademartori@yahoo.com.br

² Doctor en Derecho por la UFSC/Brasil. Profesor de los Programas de Posgrado en Derecho de la UNILASALLE/Brasil y UNIFG. Correo electrónico: sucademartori@gmail.com.



I. Introducción

Para que podamos pensar en la posibilidad de una ciudadanía suramericana en el marco de la Unión de las Naciones de América del Sur debemos investigar qué estrategia adopta la integración entre las personas de este continente.

De hecho, UNASUR surge como una respuesta de América del Sur al proceso de globalización, jurídicamente formalizada en mayo de 2008 en Brasilia y compuesto por los doce países miembros de la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Este nuevo ámbito implica una reorientación de los estudiosos de la cuestión de la ciudadanía hacia el contexto transnacional.

Por un lado, el análisis de la perspectiva histórica del concepto de ciudadanía conduce a la constatación de que el mismo ha mantenido a través del tiempo idéntica designación, entendido siempre como el vínculo jurídico que une las diferentes formas de organización política a sus miembros, y en la modernidad encargándose la teoría de los derechos fundamentales de organizar sus diferentes significados. Con este cambio, la expresión pasó a designar el vínculo jurídico de pertenencia a un Estado de Derecho - aludiendo específicamente a los derechos políticos o de participación inmediata de sus titulares en la vida del Estado. La intención de este ensayo es analizar los límites y posibilidades de su mantenimiento como "punto de referencia" para la participación democrática en los procesos jurídico políticos de un Estado de Derecho que pretende superar los límites del nacionalismo estricto de los Estados de América del Sur.

Por otra parte, tres categorías jurídicas y políticas - Estado de Derecho, derechos fundamentales y ciudadanía - son condicionadas entre sí y se implican mutuamente, por haber surgido en el mismo entorno histórico. Así es que el Estado de Derecho es la forma política en la cual los poderes actúan divididos y sometidos al imperio de la legalidad que garantiza a los derechos fundamentales y a la ciudadanía. Los derechos fundamentales son el fundamento de la legitimidad de este Estado de Derecho y el contenido mismo de la ciudadanía. Por último, la ciudadanía es el espacio de la participación política en el Estado de Derecho mediante el ejercicio de los derechos fundamentales.

El proceso histórico de extensión de la ciudadanía pone en evidencia su carácter de construcción y lucha por los derechos, lo que resulta en su configuración actual. Hoy día, si por un lado se trata de un conjunto de derechos civiles, políticos y sociales, por el otro se constituye como un sentido comunitario de participación y, por lo tanto, significa la exclusión de los miembros que no compartan esos sentimientos. Si cada ciudadano es necesariamente un miembro de una comunidad específica - sea cual fuere su organización - esa pertenencia es una fuente de obligaciones, a la par de locus de reivindicación de derechos. En el corazón del concepto de ciudadanía subyace su carácter público e impersonal, de espacio y de medio en el que entran en conflicto las aspiraciones y deseos de los grupos sociales, transformados en acciones colectivas que integran a la comunidad, abrigando en su seno la construcción de futuros proyectos.

El análisis histórico y conceptual de la relación entre ciudadanía y nacionalidad, así como de las

aportaciones teóricas de Habermas al tema puede ser en un pretexto para la aclaración de algunos puntos de vista normativos, desde los cuales se puede entender mejor la compleja relación entre la ciudadanía y la identidad nacional. Con ello, se percibe que el debate en torno a esa cuestión adquiere un nuevo giro con los acontecimientos como la caída del “Muro de Berlín” (1989) y los hechos posteriores que se produjeron en el este de Europa. ¿Si la democratización del Estado se basa en la homogeneidad étnica y cultural proporcionada por el Estado-nación, la pérdida actual de significados pre-políticos atribuibles a ese Estado podría apuntar a un debilitamiento de este fenómeno?

II. Ciudadanía y Nacionalidad

1. Generalidades

Al realizar un análisis detallado del concepto de ciudadanía, Antonio-Enrique Pérez Luño menciona la existencia, dentro de las teorías analítico-lingüísticas sobre el tema, de definiciones lexicales³. Bajo esta perspectiva se distinguen los siguientes pares: descriptivo y prescriptivo, teórico y pragmático, natural y político, global y local, universal y particular y la pareja unilateral y multi-lateral⁴. Definiciones descriptivas de ciudadanía son aquellas adoptadas por constitucionalistas y administrativistas, en virtud de las cuales aquella se puede traducir por un conjunto de normas que regulan el *status* jurídico de los ciudadanos. Por lo tanto, la categoría emana del derecho positivo del Estado y para su definición contribuyen el análisis empírico y la exégesis de este sector normativo del orden jurídico.

Por otra parte, las definiciones prescriptivas son aquellas en que la noción se reviste de un significado deontológico, en cuanto modelo ideal de status que debería ser reconocido a los miembros de la sociedad política⁵.

El uso teórico del concepto de ciudadanía se logra a través de las contribuciones doctrinales multidisciplinares de la filosofía, del derecho, de la sociología, etc., mientras que la intencionalidad pragmática se percibe en aquellos que la invocan como bandera de batalla en el logro de ciertas libertades. La última situación pudo ser evidenciada en el movimiento por los derechos civiles en EEUU durante la segunda mitad del siglo pasado o incluso en la lucha contra el *apartheid*. Importa señalar que la versión teórica de la ciudadanía no excluye su posible dimensión pragmática⁶. La

³ De acuerdo con Pérez Luño, las definiciones lexicales describen los significados de los términos comprobados por la praxis lingüística de las personas y de los grupos. PÉREZ LUÑO, A.E. Ciudadanía y definiciones, in **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 25, p. 177-210, 2002. p. 178.

⁴ id, p. 162.

⁵ Un ejemplo es la propuesta de Will Kymlicka de “ciudadanía diferenciada”. Véase PÉREZ LUÑO, A.E. Ciudadanía y definiciones, in **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 25, p. 177-210, 2002. p. 178.

⁶ Id, 181.



contraposición entre las definiciones naturales y políticas de ciudadanía se deriva de la diferenciación producida por los primeros tipos de definición. Tales definiciones surgen de las teorías contemporáneas de orientación comunitarista, las cuales conciben a la ciudadanía como un factor innato y necesario que determina la inserción de un individuo en un grupo étnico y/o cultural⁷. Por lo tanto, estas definiciones se oponen a las concepciones liberales - como las de John Rawls - que las perciben como un concepto estrictamente político, es decir, un vínculo que resulta de la relación contractual (pacto social) y de la libre adhesión por parte de las personas a la sociedad.

Para Pérez Luño, el sentido natural de la ciudadanía parte de la hipótesis ideológica y se adhiere a la tradición nacionalista herderiana, mientras que el ideal de la ciudadanía política sostenida por el pensamiento liberal posee como antecedente el humanismo cosmopolita kantiano⁸.

A su vez, la percepción global de la ciudadanía es sostenida por aquéllos que la conciben como el conjunto de todos los derechos fundamentales, una noción que incluye no sólo los derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales⁹. Como para un amplio sector de la doctrina iuspublicista la ciudadanía posee un significado limitado - por su sentido técnico jurídico enmarcado por la determinación de la calidad de ciudadano o el vínculo de pertenencia a una determinada organización política y los consiguientes derechos de participación democrática - puede oponerse a la definición global otra definición, a su vez local, de la misma¹⁰.

También se puede señalar, en algunas teorías, la propuesta de una ciudadanía tan amplia a punto de hacerla coincidir con un estado universal¹¹.

Este último significado presenta una gran afinidad con la noción política, siendo a la vez incompatible con su significado natural¹². Por otra parte, son más frecuentes las concepciones par-

⁷ Michael Walzer, en un trabajo titulado El concepto de 'ciudadanía en una sociedad que cambia, presenta las premisas básicas de la concepción natural de ciudadanía. Según él, el liberalismo ha forjado una noción formal y exterior al sujeto de ciudadanía. Para el comunitarismo, la ciudadanía es un vínculo originario y necesario de relación entre la comunidad y sus miembros, transformándola en el "corazón mismo de nuestra vida" PÉREZ LUÑO, op. cit. p. 178.

⁸ A partir de la Ilustración, la cultura y la política europeas son obligadas a optar entre dos alternativas opuestas: la humanista liberal, de estirpe kantiana, que parte de la dignidad, de la autonomía y de la no instrumentalización de los hombres libres y la tradición nacionalista, de signo herderiano, que concibe a la nación o al pueblo como entidad colectiva natural, dotada de espíritu propio, "cifrado en esencias irracionales que trascienden los derechos de sus componentes" PÉREZ LUÑO, op. cit. p. 179.

⁹ Pérez Luño considera que esta es la versión de ciudadanía de Thomas Marshall Id, p. 179-80.

¹⁰ Esta tesis fue difundida por la Escuela alemana de derecho público, especialmente por Georg Jellinek Id, p. 180).

¹¹ "En estas versiones, de inequívoca impronta cosmopolita ligadas al proyecto humanista de la modernidad, se proyecta un modelo de ciudadanía que haga posible una universales *civitatís* en la que se consagre plenamente el auspiciado status mundiales *hominis*" (Id, p. 180). Pérez Luño se coloca como defensor de esta definición de ciudadanía en plan jurídico constitucional, mencionando que ésta es también la posición de autores como Peter Habermas, Fernández García y Llano Alonso. En el plano filosófico político es defendida por autores como Martha Nussbaum (p. 180).

¹² Id. p. 181.

ticulares de la ciudadanía, comenzando por la tradición doctrinal de derecho público que la hace coincidir con idea de pertenencia a un estado¹³.

Si durante mucho tiempo el uso lingüístico de la ciudadanía se refería a un vínculo único y exclusivo entre el individuo y el Estado, en las circunstancias de hoy día es posible admitir una pluralidad de ciudadanía. En otras palabras, se sustituye la ciudadanía unilateral por otra multilateral¹⁴.

Hay que recordar que esta clasificación no es excluyente, lo que posibilita los usos lingüísticos de la ciudadanía simultáneamente con otros teóricos, políticos, globales, universales y multilaterales.

Además, para que la ciudadanía no padezca de una disminución en su función jurídico-política y en su capacidad de potenciar la participación democrática en los actuales Estados de Derecho, el análisis lexical debe ser completado por análisis explicativos¹⁵.

Una especie de estas definiciones - al lado de la sistemática¹⁶- es la histórica. Ella se pregunta acerca del aspecto diacrónico de los términos en los momentos más decisivos para la configuración de su actual significado, lo que se analiza a continuación.

2. La Ciudadanía de la Ilustración

La Ilustración¹⁷ dibuja históricamente el sentido actual de la ciudadanía. Como movimiento que estructura el mundo político moderno, inventa y toma como punto de partida y fundamento de

¹³ En algunos análisis de derecho municipal se defiende la limitación espacial de la ciudadanía de modo que coincida - en conformidad con la etimología del término - con la ciudad. "En los últimos años, se aprecia la tendencia a acentuar la vecindad civil como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos cívicos (Rivero, 1993)". Id, p. 180-181.

¹⁴ El uso lingüístico de la expresión ciudadanía multilateral es incentivado por el reconocimiento de la ampliación política y jurídica del Estado a través de la supra-estatalidad e infra-estatalidad que involucran, respectivamente, la vinculación del Estado a organizaciones internacionales y el repaso de competencias jurídico-políticas a entes menores que el Estado PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 181.

¹⁵ "Las definiciones explicativas, en el seno de la teoría analítica, se utilizan cuando se trata de establecer el significado de conceptos que se hallan en los puntos clave de una cultura, sobre los que se condensan los planteamientos y orientaciones fundamentales constitutivos de la misma". Id, p. 182.

¹⁶ [...] que potencia el estudio lingüístico de los términos a partir de su análisis sintáctico, semántico y pragmático, así como su depuración de significaciones inútiles o confusas y la distinción de otras nociones análogas o afines [...] Id, p. 182.

¹⁷ El movimiento de la Ilustración presenta como elemento central el racionalismo y abarca manifestaciones en la esfera de la cultura europea a partir del siglo XVIII, con gran influencia en las concepciones estatales y jurídicas hasta el siglo XIX. Congrega tanto características negativas - en el sentido de una tendencia de liberación del individuo con respecto a la auto-ridad - como características positivas, que valoran actividades racionales e individuales independientes. De acuerdo con José Soder, en sus extremos representa el rechazo a la religión tradicional y dogmática "“colocando em seu pedestal uma religião puramente moral”. SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. p. 58.



la política, la noción de individuo¹⁸, postulándolo como titular de derechos, ya no derivados de su grupo social de origen, sino propios.

Así es que se establece una sincronía entre la aparición del concepto moderno de la ciudadanía y la idea de derechos humanos, a la par de la del Estado de Derecho, cuyo reconocimiento debe situarse en el ámbito de la modernidad¹⁹.

Sin embargo, la tendencia que considera conjuntamente la ciudadanía y los derechos humanos es reciente: un análisis histórico de los términos muestra que, si bien la ciudadanía tiene origen en la antigüedad, la cultura de los derechos aparece en la época moderna²⁰.

De algunos artículos políticos de la Enciclopedia, atribuidos a Denis Diderot y Jean Le Rond d'Alembert, se puede extraer una definición explicativa de la ciudadanía en términos históricos y sistemáticos. Pérez Luño extrae de la idea de ciudadanía de los enciclopedistas, tres principios fundamentales: 1. Es la condición de una persona que vive en una sociedad libre. Para que la ciudadanía como condición sea efectiva, se requiere la existencia previa de un orden político democrático, capaz de garantizar el ejercicio de estas libertades. 2. Se trata de una condición voluntaria, no se puede obligar a la gente. El pacto social fundamenta a la ciudadanía como un acuerdo libre de personas para unirse en un modelo particular de organización política²¹. 3. Y, por último, se desarrolla en una serie de derechos y deberes de las personas pertenecientes a un Estado en particular. Los que no son ciudadanos (mujeres, niños y siervos) participan indirectamente a través de los enlaces con los que ostenten tal condición²².

¹⁸ En el origen del Estado liberal encontramos a los hombres integrados a entes colectivos que negaban su libertad e individualidad, como los estamentos, gremios, glebas, corporaciones etc. La noción moderna de ciudadanía, típica del Estado liberal, solamente surge en la medida en que ocurre la emancipación política de los individuos propiciada por un pacto social garante de la libertad política en términos de ciudadanía, liberando a los hombres de los vínculos políticos necesarios, desiguales, cerrados y naturales (PÉREZ LUÑO, op. cit. p. 195-196). Sobre la noción de individuo de la modernidad, véase DUMONT, Louis. *O Individualismo. Una perspectiva antropológica da ideología moderna*. Traducción de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

¹⁹ Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: ____; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**. 1. ed., 1. reimp. rev. y cor. Madrid: Dykinson, 2003. p. 13-263.

²⁰ "Frente a la ciudadanía como identificación de unas personas que exige la exclusión de otras, los derechos sólo se vienen proclamando como universales (digo 'proclamando', no necesariamente respetando) desde las revoluciones liberales." RUIZ MIGUEL, Alfonso. Ciudadanía y derechos. In: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo et al. **Teoría de la justicia y derechos fundamentales**. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Madrid: Dykinson, 2008. v. III, p. 1121-1140. p. 1121.

²¹ "Por eso se postula en la Enciclopedia la existencia de un derecho natural a la emigración, porque a nadie se le puede obligar a ser ciudadano de un Estado por la fuerza. Toda persona tiene derecho al cambio de ciudadanía [...] De ahí que existan dos modalidades de ciudadanía: la originaria, que surge con el nacimiento, y la adquirida, que procede de manifestaciones expresas de voluntad." (PÉREZ LUÑO, op. cit. p. 184).

²² PÉREZ, LUÑO, op. cit. p. 184.

Las luchas que culminaron con la Declaración de los Derechos Humanos en los Estados Unidos y Francia en la Edad Moderna, provocaron, como dice Bobbio, una “verdadera revolución copernicana”, rompiendo el principio de legitimidad vigente hasta entonces, y estableciendo el concepto moderno de ciudadanía. Si antes el principio de legitimidad se basaba en los súbditos, a partir de estos eventos basa en los derechos de los ciudadanos²³.

Debemos recordar que la Revolución Francesa - marco emblemático de la Ilustración - fue una revolución de ciudadanos: la ciudadanía era el centro de imputación de un conjunto de derechos y libertades que corresponden a los miembros de un Estado de Derecho. Es posible afirmar que en este período la misma tuvo su significado recuperado al tiempo en que “erosionado”. El problema político-ideológico surgido durante la instalación de la Asamblea Nacional francesa (1789) fue planteado por la confluencia de dos corrientes de pensamiento. La primera abogó por la universalidad de la Declaración de Derechos, de ahí la preferencia por el término “hombre” en lugar de “ciudadano”. La segunda escuela de pensamiento, influenciada de alguna manera por Rousseau, supone que a diferencia del “estado de naturaleza”, en el “estado civil”, los derechos - expresión de la voluntad general - son fijados por ley. La consecuencia de este conflicto de posiciones, reflejadas en la polémica del positivismo jurídico decimonónico, será la fórmula de compromiso adoptada por la Declaración de 1789: “derechos del hombre y del ciudadano”. Por lo tanto, la ciudadanía que surge en la Edad Moderna comporta, desde el principio, las dimensiones nacional y universal. “Todo homem é doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade, mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos”.²⁴

La corriente de pensamiento que defendía la idea de ciudadanía universal es evidente en la innovadora Constitución jacobina (1793), que en su artículo 4º define el status de los ciudadanos, garantiza a todos los adultos extranjeros, residentes por más de un año en Francia el derecho a permanecer en el país y la ciudadanía activa. Es así que, aunque sólo sea en teoría, los extranjeros pasan a disfrutar de los mismos derechos y deberes que la población nativa²⁵.

La misma Constitución presenta por primera vez el concepto de derechos sociales, establecidos en el artículo 21:

*Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos desafortunados, seja conseguindo-lhes trabalho, seja garantindo os direitos aos meios de existência para aqueles que não tem condições de trabalhar.*²⁶

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 3.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania. **Lua Nova**. CEDEC, São Paulo, n. 28/29, p. 85-106, 1993. p. 89.

²⁵ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. P. 298.

²⁶ apud SINGER, Paul. A cidadania é para todos. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (orgs.) **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 191-263. p. 217.



Con el golpe del 9 de termidor del año II (1794), ocurre un cambio en el equilibrio de fuerzas de la Revolución Francesa, que marca el declive de los jacobinos. La Constitución de 1795 termina por limitar la extensión del concepto de ciudadanía, considerado en el período anterior: “es ciudadano todo aquél que, no siendo extranjero y habiéndose registrado como ciudadano, paga los impuestos para el mantenimiento del Estado”. A continuación, la Constitución de 1799²⁷ añade nuevos aspectos al instituto de la ciudadanía. Su contenido político fue vaciado: la adquisición pasa a depender del lugar de nacimiento, estableciéndose por primera vez el *jus soli*, o por la residencia en el territorio por el plazo de diez años. Esta transformación del contenido de la ciudadanía acabó implicando el concepto de nacionalidad.

Por otra parte, como en el mundo moderno la libertad consiste - además de en la participación en la gestión de los asuntos públicos - en no ser molestados abusivamente por el Estado en la vida privada, esta comprensión dará lugar a una verdadera ruptura entre ciudadanía civil y ciudadanía política. La ciudadanía civil será entendida como soberanía individual, mientras la segunda como delegación de la soberanía política. Para Benjamín Constant esta delegación sería en realidad una “abdicación”.²⁸

Así las cosas, en la ciudadanía moderna las elecciones sólo el mecanismo por el cual los electores darán su consentimiento al representante elegido para que éste ejerza una función pública determinada. El elegido no necesita actuar en nombre y en interés de los votantes: el mandato no es vinculado²⁹.

La solución fue establecer una separación completa entre el mandato civil y el político, lo que se produjo en el curso de la Revolución Francesa. Los elegidos eran representantes de la nación y no de sus electores. En el artículo 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se estipuló que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ninguna entidad, ningún individuo puede ejercer un poder que no emane expresamente de la nación. Si, por un lado, la “nación”, titular de la soberanía, sólo puede ejercerla por manifestación de la voluntad del pueblo, por otro éste no está compuesto sólo por personas jurídicamente capaces. Por

²⁷ Las constituciones siguientes (1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1870, 1875, 1946, 1958 y la revisión de 1962) no volverían a regular esa materia. La concepción de ciudadanía adoptada por el código de Napoleón (1804) se aleja de esta concepción adoptada en el auge de la Revolución Francesa. Este Código fortalece la noción establecida por la Constitución de 1799, en la medida en que los supuestos de libertad e igualdad son neutralizados políticamente.

²⁸ CONSTANT, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. **Escritos Políticos**. Madrid: CEC, 1989. p. 259.

²⁹ “As eleições antigas nunca foram mecanismos de representação, pois os eleitos agiam sempre em nome próprio. Ao se construir, no entanto, o sistema representativo moderno, pôs-se desde logo uma dificuldade política de monta: em nome de quem deve o representante falar e agir? Se é em nome dos que o elegeram, a sua posição em nada difere, substancialmente, da do mandatário privado; ele deve, portanto, seguir rigorosamente as instruções do mandante e pode ter seus poderes por este revogados a todo tempo.” (COMPARATO, op. cit. p. 90)

las convicciones de los siglos XVIII y XIX, no todos los hombres con plena capacidad jurídica podían elegir o ser elegidos. La Constitución francesa de 1791, seguida por otras en el siglo subsiguiente, estableció un sistema de elección indirecta para la legislatura.³⁰

El sufragio universal, con la extensión del derecho de voto a las mujeres y analfabetos, no modificó sustancialmente ese régimen. Esto se debe a que los ciudadanos del Estado liberal no pueden intervenir directamente en funcionamiento de las instituciones públicas, condenados que están a la pasividad. El ejercicio de la soberanía es monopolizado por los representantes elegidos. Como destaca Benjamín Constant, el ciudadano de la era moderna tuvo que pagar este precio por el rescate de su libertad privada.

En resumen, en el siglo XIX, la ciudadanía, con su contenido político neutralizado - ya no presupone una “interpretación sustancial” de ciudadano como miembro de esta comunidad - se une de forma definitiva a la nacionalidad.

3. La Ciudadanía y la Idea de Nación

Para Jürgen Habermas, democracia y Estado nacional nacieron como “hermanos gemelos” durante la Revolución Francesa, es decir, a partir de ahí pasaron a estar “a la sombra del nacionalismo”. En concreto, será el modelo francés de Estado Territorial, administrado por un poder central, que a la larga estructura el sistema de Estados europeos. Si en un primer momento éstos adoptan la forma de reinos, la “democratización provocada” por este modelo se fue produciendo en la medida en que se configuraba como un Estado - nación.³¹

Así es que el nacionalismo o la conciencia nacional constituyen una manifestación específicamente moderna de la integración cultural. La conciencia política de pertenencia a una nación determinada corresponde a una dinámica que sólo alcanzó a la población cuando ésta fue individualizada y movilizada por los procesos de modernización económica y social que la liberaron de los “lazos sociales corporativos”. La movilización también se produce a través de la mediación de la literatura y de los medios de comunicación, atribuyendo al nacionalismo características artificiales

³⁰ Pois bem, a esses direitos singularmente limitados de manifestação da liberdade política os primeiros constituintes franceses atribuíram a qualificação paradoxal de ‘cidadania nova’; no que foram fielmente imitados pelo constituinte brasileiro de 1824. Segundo dispôs a nossa Carta imperial, ‘as nomeações dos Deputados e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Províncias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em assembléas Parochiaes dos eleitores de Província, a estes os Representantes da Nação, e Província’ (art. 90). ” (COMPARTATO, op. cit., p. 91).

³¹ Esse Estado “[...] configurou a infra-estrutura para uma administração disciplinada pelo direito, além de oferecer a garantia para um espaço de ação coletiva, livre do Estado. [...] criou a base para a homogeneidade cultural e étnica que permitiu, desde o final do século XVIII, a democratização do aparelho do Estado – mesmo que à custa da opressão e da exclusão das minorias nacionais. (HABERMAS, J. op. cit., p. 281).



y muchas veces “tornando-o presa fácil do abuso e da manipulação através das elites políticas.”³²

Por otra parte, la unión entre ciudadanía y nacionalidad no ocurrió de modo pacífico: Estado liberal y Estado nacional poseen conceptos distintos y contrapuestos de nación. El nacionalismo conduce a una exaltación de características específicas de identidad nacional, postuladas como una ideología o cosmovisión política, lo cual es incompatible con el liberalismo.³³

Habermas señala que el primer significado del concepto de nación está relacionado a las *gens* o comunidades no integradas políticamente.³⁴ El segundo significado surge en los albores de la modernidad y establece la nación como titular de la soberanía. A mediados del siglo XVIII, estos significados se entremezclan para, a partir de la Revolución Francesa, ese término pasar a designar la fuente de la soberanía del Estado (Sieyès) y con ello el complejo técnico da paso a la comunidad democrática intencional.

Solamente a finales del siglo XIX la nación pasa a ser percibida en un contexto vuelto hacia el nacionalismo. “A identidade da nação de cidadãos não reside em características étnico-culturais comuns, porém na prática de pessoas que exercitam ativamente seus direitos democráticos de participação e comunicação.”³⁵

Un nacionalismo adquirido surge de un nacionalismo heredado, al mismo tiempo en que una relación complementaria originaria se establece entre nacionalismo y republicanismo. El nacionalismo “conseguiu promover a identificação do indivíduo com um papel que exige uma grande dose de engajamento pessoal, podendo chegar, inclusive, ao sacrifício de si mesmo: o serviço militar obrigatório para todos constitui apenas a outra face dos direitos dos cidadãos!”³⁶

Empero, a nivel conceptual, la ciudadanía depende de la identidad nacional, ya que la libertad nacional de autoafirmación colectiva contra naciones extranjeras no es la misma libertad genuinamente política de los ciudadanos de un país³⁷. El proceso democrático de formación de

³² HABERMAS, J. op. cit., P. 281-2

³³ PÉREZ LUÑO, A.E. Ciudadanía y definiciones, in Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 25, p. 177-210, 2002. P. 195.

³⁴ “A história do surgimento do Estado nacional reflete-se na história do conceito de ‘nação’. Entre os romanos, ‘natio’ é a deusa da origem e do nascimento. Ao contrário da ‘civitas’, a ‘natio’, do mesmo modo que ‘gens’ e ‘populus’, refere-se a populações [...] que ainda não se organizaram em associações políticas. Segundo este uso clássico, as nações são comunidades que [...] ainda não se encontram integradas politicamente através de uma organização estatal. A ‘nação’ mantém este significado durante a Idade Média. No século XV, ela se introduz nos idiomas populares. O próprio Kant afirma: ‘A massa que se reconhece unida através da descendência comum, formando uma totalidade civil, deve ser chamada ‘nação’ (gens)’. ”HABERMAS, J., op. cit., p. 282.

³⁵ HABERMAS, J. op. cit. P. 282-3.

³⁶ Id, p. 283.

³⁷ Según Habermas, el desarrollo del concepto de ciudadanía debe ser tributado al concepto de auto-determinación de Rousseau. La soberanía del pueblo debería ser comprendida como auto-legislación e inversión de la soberanía del príncipe, haciendo con que la autoridad perdiera su carácter de poder natural. (Id, p. 284).

opinión se convertiría en la propia constitución del Estado de Derecho, no generando solamente una unidad resultante de una homogeneidad preliminar de la descendencia o forma de vida.

*Cada homem e cada mulher deve ser alvo de um tríplex reconhecimento, ou seja, devem encontrar igual proteção e igual respeito em sua integridade: enquanto indivíduos insubstituíveis, enquanto membros de um grupo étnico ou cultural e enquanto cidadãos, ou membros de uma comunidade política.*³⁸

Sólo recientemente, en el lenguaje de los juristas, la ciudadanía ha dejado de significar apenas el sentido de nacionalidad y se ha ampliado hacia un status de ciudadanos portadores de derechos. Como la auto comprensión del Estado democrático de Derecho implica el principio de voluntariedad, las características convencionales del *ius soli* y del *ius sanguinis* son insuficientes para fundamentar una sumisión irrevocable al poder soberano del Estado. “Elas constituem apenas critérios administrativos que permitem supor um assentimento implícito, o qual corresponde ao direito de emigrar ou de renunciar à cidadania.”³⁹

III. La Ciudadanía de las Constituciones Democráticas

Las posiciones teóricas que abogan por la abolición del concepto de ciudadanía deben analizarse en el contexto de la crítica al vínculo entre aquella y la nacionalidad. Asimismo, se debe tener en cuenta el surgimiento de una ciudadanía transnacional, contexto en el cual surge la fragmentación de aquella categoría. Entre ellos merece destaque el argumento desarrollado por Luigi Ferrajoli, que predica la superación de esta noción, por considerarla inadecuada del punto de vista de la teoría jurídica.⁴⁰

El punto de partida de la crítica de Ferrajoli es la teoría de los derechos y de la ciudadanía de Thomas Marshall. Antes de ésta, los modelos explicativos de ciudadanía se basaban en la Declaración de Derechos de 1789, que afirmaba básicamente dos tipos de derechos fundamentales: **los derechos de personalidad**, que corresponden a todos los individuos como personas y **los derechos de ciudadanía**, atribuibles solamente a los ciudadanos⁴¹. Cuando Marshall aduce que

³⁸ Id, p. 284-5.

³⁹ Id, p. 285.

⁴⁰ Sobre la posición de Ferrajoli, véase también CADEMARTORI, Daniela M. L. de; CADEMARTORI, Sergio U. *Mutações da cidadania: da comunidade ao Estado liberal*. Revista Sequência, Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. XXVII, n. 55, p. 65-94, dez. 2007.

⁴¹ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1999. P. 97 ss. Asimismo, en FERRAJOLI, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2001. p. 40 ss.



la ciudadanía abarca derechos civiles, políticos y sociales, destruye el sentido estricto de la misma como un status subjetivo de titularidad de los derechos políticos, llegando al punto de hacerlos coincidir con los derechos de la personalidad.

La pregunta que Ferrajoli intenta responder es planteada por Jürgen Habermas en los términos siguientes: en un momento en que gigantescos flujos migratorios cruzan el mundo, procedentes principalmente de las zonas pobres a zonas ricas, el problema de los solicitantes de asilo adquiere una nueva importancia. Se agrava el conflicto entre los principios universalistas del Estado democrático de derecho y reclamos particularistas formas de vida tradicionales.⁴²

El problema es que la ciudadanía ahora se utiliza como instrumento para negar derechos y libertades de los inmigrantes y solicitantes de asilo. Así es que Ferrajoli reivindica “la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades.”⁴³

Habermas, a su vez, parte de la observación de que no hay un nexo inexorable entre Estado democrático de Derecho y modernización capitalista. En el caso de la Comunidad Europea esta tensión se manifiesta en el ámbito estatal nacional, en una diferencia de integración sistémica de la economía y la administración, generando dudas sobre las expectativas normativas futuras sobre el papel del ciudadano democrático.⁴⁴ Por lo tanto, plantea la posibilidad de configuración de una ciudadanía europea en general, en el sentido de formación de una conciencia que “sente obrigações para com o bem comum europeu”, por encima de las posibilidades de acción política colectiva.⁴⁵

En el caso de una ciudadanía europea, “os cidadãos ficam cada vez mais divididos entre uma participação ativa e uma afecção passiva”. En un nivel superior, o si se quiere, en escala transnacional, se toman una serie de medidas en áreas vitales, que afectan a un número cada vez mayor de personas; sin embargo, como el papel del ciudadano sólo está efectivamente institucionalizado en el nivel de los estados nacionales, no es posible que las personas ejerzan influencia sobre las mismas. Habermas, entonces, se plantea la cuestión de si esta disparidad es sólo un desequilibrio

⁴² HABERMAS, J. op. cit. P. 279-280.

⁴³ FERRAJOLI, L. Los Fundamentos... cit, p. 43-4.

⁴⁴ “A jurisdição da Corte Europeia toma como princípio orientador ‘cinco liberdades do mercado comum’, e interpreta como direitos fundamentais a livre troca de bens, a liberdade de domicílio dos trabalhadores, o direito de domicílio dos empresários, a liberdade da troca de serviços e a liberdade de movimentação do capital. [...] O novo nível de interdependências económicas deixa prever uma necessidade crescente de coordenação para outros campos da política, tais como a política do meio ambiente, a política de impostos, a política social, a política de formação, etc. [...] até agora, essas tarefas foram cumpridas por organizações europeias que se configuraram numa rede administrativa cerrada e complexa. Formalmente, as novas elites funcionais permanecem ligadas aos governos e instituições de seus países de origem; de fato, porém elas já se emanciparam dos contextos nacionais. Pois funcionários que trabalham profissionalmente formam uma burocracia distanciada dos processos democráticos.” (HABERMAS, op. cit., p. 291-293).

⁴⁵ HABERMAS, op. cit. p. 292.

pasajero.⁴⁶

Por otro lado, se observa que un número creciente de personas adquiere “direitos de acesso e de participação num número cada vez maior de subsistemas” ampliando sus espacios de opción, tales como mercados, tribunales, oficinas públicas, escuelas, hospitales, teatros, medios de comunicación pública, los parlamentos, etc. es decir, asciende a la situación que los sociólogos denominan de inclusión. El problema está en que esta imagen es el resultado de una descripción neutral con respecto a las adiciones y pérdidas de autonomía. Es posible que, de modo paternalista, derechos negativos de libertad y asimismo derechos de participación social sean concedidos. En principio, el Estado de Derecho y el Estado de Bienestar Social son posibles sin democracia.⁴⁷

De acuerdo con el punto de vista, sea funcional o normativo, los derechos liberales y los derechos sociales pueden ser analizados de manera diferente. Desde el punto de vista funcional, derechos liberales, cristalizados históricamente en torno a la posición social del propietario privado, significan la institucionalización de un sistema económico regulado por el mercado; a su vez desde el punto de vista normativo aseguran la libertad individual. Los derechos sociales, desde el punto de vista funcional, significan la instauración de burocracias del Estado de Bienestar, y desde el punto de vista normativo garantizan pretensiones de una justa participación en la riqueza social.⁴⁸

El desarrollo de un sentido sistémico apropiado al Estado y a la economía institucionalizados, a partir de los mismos derechos, realiza la “síndrome de la privatización de la ciudadanía”, y el ejercicio de esta función se presenta como protección de los intereses de los clientes. Dado que los sistemas de la economía y de la propia administración del Estado poseen una tendencia a encerrarse en sus respectivos ambientes - “obedeciendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder”- el modelo de una comunidad que se auto-determina a través de la práctica común de los ciudadanos se desvanece. Así, pensar la integración política a partir de una comunidad de individuos libres e iguales que se autodeterminan - idea republicana - como nación homogénea étnicamente, no se adaptaría a las condiciones de la modernidad.⁴⁹

El “modelo de política deliberativa” propuesto por Habermas parte de la constatación de que, siendo el derecho “medium”, en última instancia, posibilita una autonomía ciudadana mucho más abstracta. Los derechos fundamentales hacen con que la soberanía de la ciudadanía popular se retraiga hacia el interior de procedimientos institucionalizados jurídicamente, procesos informales de formación de opinión y de una voluntad más o menos discursiva.

⁴⁶ “Ou será que, nessas burocracias que trabalham conforme critérios de racionalidade econômica, se desenha apenas, de forma mais nítida, um desenvolvimento que há muito tempo não cessa de se expandir incontrolavelmente no interior dos Estados nacionais, ou seja, o fato de que os imperativos econômicos se tornam independentes e a política se estatiza, desmentindo a pretensão republicana e solapando o status de cidadão?” (Id, p. 292).

⁴⁷ Id, p. 43-4.

⁴⁸ Id, p. 294.

⁴⁹ Id, p. 294.



Eu parto da idéia segundo a qual existe um entrelaçamento entre diferentes formas de comunicação, as quais tem que ser organizadas de modo que possamos supor que elas são capazes de ligar a administração pública a premissas racionais e de disciplinar o sistema econômico sob pontos de vista sociais e ecológicos sem arranhar sua lógica própria.⁵⁰

En la actualidad, la ciudadanía debe ser vista como algo que va más allá de la mera agregación de intereses individuales prepolíticos o un goce pasivo de derechos concedidos en formas paternalistas. Esta situación se vuelve posible por el “juego” establecido por la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad, y asimismo por las comunicaciones públicas informales.⁵¹

En este punto, el análisis del autor añade nuevos factores - además de la lucha de clases - estimuladores de la juridificación de nuevas relaciones de inclusión o incluso la aparición y la activación de los derechos de los ciudadanos, tales como las guerras y la migración. En Europa, la inmigración de Europa del Este y regiones pobres del Tercer Mundo es un factor que, desde que bien trabajado, puede promover la movilización política y estimular movimientos sociales de nuevo cariz, y no sólo causar tensiones sociales. Es correcto el diagnóstico de Hannah Arendt de que la cara del siglo XX fue marcada por refugiados sin patria, privados de sus derechos. “Ou ela [Europa occidental] se esforça em melhorar rapidamente as condições de vida nas regiões pobres da Europa Central e do Leste - ou então será invadida por refugiados imigrantes.” Por otro lado, la integración política de los inmigrantes también depende de la manera como las poblaciones autóctonas *“assimilam as conseqüências sociais e políticas da imigração”*.⁵²

Dos cuestiones fundamentales surgen: en primer lugar, si la Comunidad Europea, frente a las olas de inmigrantes que aún llegarán a Europa, seguirá la misma política adoptada por los jacobinos en la Constitución francesa de 1793⁵³, y en segundo lugar, si “será possível fundamentar a prioridade dos deveres especiais - referidos à pertença a um Estado - sobre as obrigações universais que ultrapassam as fronteiras dos Estados?”⁵⁴

Para contestar estas preguntas, el autor alemán plantea argumentos filosóficos, divididos en cinco pasos: El **primer paso** considera los deberes positivos indeterminados que requieren actos de solidaridad difíciles de cuantificar:

*Determinadas pessoas têm obrigações especiais em relação a outras pessoas que lhes são ‘próximas’, por serem membros da mesma família, amigos, vizinhos ou concidadãos da comunidade política ou da nação. [...] as representações consulares no exterior assumem obrigações especiais de proteger os compatriotas.*⁵⁵

⁵⁰ Id, p. 295.

⁵¹ Id, p. 295.

⁵² Id, p. 297-8

⁵³ Véase el tópico 2.1

⁵⁴ HABERMAS, op. cit. p. 299.

⁵⁵ Id, p. 299.

Argumentos utilitaristas intentan fundamentar esos deberes en el beneficio mutuo obtenido por los miembros de una comunidad con acciones recíprocas. Permiten la justificación de los derechos y deberes especiales; por ejemplo, actitudes que puedan perjudicar a los trabajadores extranjeros. Sin embargo, estos argumentos no consiguen fundamentar deberes con respecto a las personas “com pouca capacidade de realização”, como por ejemplo, ancianos, enfermos o incluso extranjeros en búsqueda de asilo.

O etnocentrismo instrumental embutido nas expectativas de proveito mútuo propõe uma política de imigração que permite o acesso de estrangeiros apenas quando houver uma perspectiva fundamentada de que eles não colocarão em risco o equilíbrio existente entre pretensões e prestações (por exemplo, no sistema de seguridade social).⁵⁶

El **segundo paso** presenta una razón para abandonar los principios utilitaristas antes mencionados, en favor de un modelo que se apoye en “atos de coordenação de uma divisão moral do trabalho, organizada de modo centralizado”.⁵⁷

Por este punto de vista, a partir de un contexto de división del trabajo se atribuye institucionalmente la responsabilidad a destinatarios específicos que pasan a actuar moralmente. Una tal división debe ser regulada jurídicamente determinando que la distribución de responsabilidades se opere a través de las fronteras sociales de una comunidad jurídica. Los gobiernos nacionales harán los arreglos para que sean cumplidos los deberes positivos de los ciudadanos con arreglo a los que no son miembros. Sin embargos, todas estas observaciones carecen de un análisis más detenido sobre el contenido de esos deberes.⁵⁸

El tercer paso en los argumentos filosóficos de Habermas se compone de un abordaje imparcial, propiciado por los aportes de John Rawls, y se aparta de la perspectiva del habitante de una región privilegiada colocándose en el lugar de un inmigrante que busca su “salvación.”⁵⁹ Con su hipótesis de una posición original, posibilitada por el “velo de la ignorancia”, se vuelve igualmente posible que nadie sepa sobre su sociedad dze origen y su posición ocupada en la misma. En el caso de una sociedad mundial, el resultado es evidente: al tiempo en que pueden ser levantadas, a partir de la “posición original”, argumentos que insisten en que el derecho a inmigrar se incluya en el sistema de libertades básicas por razones semejantes a aquéllas de los que defienden las libertades religiosas, limitaciones legítimas al derecho de inmigración pueden encontrar fundamentos en los puntos de vista que plantean la necesidad de evitar conflictos sociales.⁶⁰

⁵⁶ Id, p. 300.

⁵⁷ Id, p. 300

⁵⁸ Id, p. 301

⁵⁹ Nótese que Pérez Luño recurre a la tesis del liberal John Rawls con el fin de describir el ejercicio de los derechos políticos



A su vez, el **cuarto paso** toma en consideración los argumentos de los comunitaristas para quienes la ciudadanía es responsable para responder a las cuestiones de “quién soy” y “qué debo hacer” cuando se comienza a participar de la esfera pública. De acuerdo con los comunitaristas, la lealtad de los miembros de una comunidad para con la misma se expresa por la disposición a sacrificar sus ganancias personales en beneficio de los intereses de la comunidad, lo que puede no ser adecuado a las condiciones de una sociedad compleja, pero pone en destaque un componente “ético”. Como el Estado moderno representa una forma de vida política que no se agota en la forma abstracta de una institucionalización de principios generales de derecho, autores como M. Walzer piensan que el derecho de una comunidad política a asegurar su forma de vida puede limitar el derecho a la inmigración. *“No seu entender, o direito dos cidadãos à autodeterminação inclui o direito à auto-afirmação da própria forma de vida”*.⁶¹

Por último, el quinto paso considera dos interpretaciones opuestas que derivan del argumento comunitarista. Si por este se imponen límites normativos adicionales al derecho liberal a la inmigración, el sentido particularista surge en la medida en que la ciudadanía termina desvinculándose a la noción de identidad nacional, sustituida por identidades culturales determinadas, desarrolladas a lo largo de la historia. Es así que debe ser interpretada la condición formal para admisión a la ciudadanía formulada por H.R. van Gunsteren, con base en H. Arendt:

que integran el contenido de la ciudadanía en las sociedades democráticas. En su obra *O Liberalismo Político*, Rawls intenta rectificar su concepción de “sociedad bien ordenada” (expuesta en su obra anterior *Teoria da Justiça*), en que los principios de justicia son establecidos sin la contaminación de intereses particulares y concretos, a través de la hipotética situación del “velo de la ignorancia”. Así, en el *Liberalismo*, el autor parte de la idea de que el pluralismo de las visiones de mundo es uno de los elementos esenciales de los Estados de Derecho, inspirando el orden interno, así como el orden de las relaciones internacionales. Decir que el liberalismo político es una doctrina “constructivista” significa afirmar que “los valores ético-políticos son resultantes de un proceso de construcción que la razón práctica lleva a cabo a partir de la concepción compleja de la persona y de la sociedad que permite establecer la idea de lo que se considera razonable.” Para asegurar la coexistencia de una pluralidad de visiones del mundo, el constructivismo político-liberal actúa en el sentido de llegarse a un “consenso por superposición” (overlapping consensus) entre doctrinas racionales que expresan diferentes visiones religiosas, filosóficas y morales. Este consenso posee, entre las reglas que limitan su funcionamiento, la exigencia de razón (burdens of reason), es decir, la necesidad de que los acuerdos y desacuerdos se expresen a través de argumentos racionales y no sean provocados por el prejuicio y por la ignorancia. Para que se llegue a ese tipo de argumentación, es imprescindible que sea atribuido un rol central a la educación cívica, instrumento capaz de llevar al consenso. (PÉREZ LUÑO, op. cit. p. 203).

La cultura política pública en las sociedades liberales es el espacio en el que se expresan diferentes doctrinas generales que compiten en el debate político a través de lo que Rawls denomina “estipulación” (estipulation), es decir, son justificadas en términos razonables. Para eso basta que ellas actúen de acuerdo con la racionalidad práctica basada en argumentos razonables y persuasivos que no necesariamente exigen corrección del punto de vista lógico o estar apoyados en pruebas. Sin embargo, deben necesariamente partir de los principios de la buena fé, de la reciprocidad y de la lealtad. (Id, p. 204). Apud

⁶⁰ HABERMAS, op. cit. p. 302.

⁶¹ HABERMAS, op. cit. p. 302-3

*O presumível cidadão tem que estar em condições e manifestar o desejo de ser um membro desta comunidade histórica particular, com seu passado e seu futuro, com suas formas de vida e instituições, no interior das quais seus membros pensam e agem.*⁶²

Para Habermas, “*Somente uma cidadania democrática que não se fecha, num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo.*” Como corolario, los argumentos planteados por él lo llevan a la conclusión de que los Estados europeos deben unirse en torno de una política liberal de inmigración que considere que la identidad de una comunidad política debe depender primariamente de principios jurídicos basados en la cultura política y no en una forma de vida *étnico-cultural* especial. Por su parte, los inmigrantes deben aceptar la cultura política de la nueva patria, sin que sean obligados a abandonar su forma de vida cultural de origen.⁶³

Por consiguiente, la ciudadanía presente en las actuales constituciones democráticas debe ser concebida en un sentido jurídico, como aquello que posibilita, a través del ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente los que dicen respecto a la participación política, una “*praxis cívica*” orientada funcionalmente a preservar “*o marco constitucional de um processo comunicativo*” con el objetivo de posibilitar la pluralidad cultural de los grupos e individuos que se encuentran en ese marco. La ciudadanía se dirige a la conservación de una cultura política en un Estado Constitucional Democrático compatible con una pluralidad individual y colectiva y no a la conservación de una identidad étnica o socio-cultural específica.⁶⁴

IV. La Ciudadanía Suramericana

Con la creación de la UNASUR, se objetiva estratégicamente transformar a América del Sur en una potencia mundial, no sólo en el aspecto económico, sino también en el político, de modo que la independencia y la libertad de sus países constituyentes sea garantizada. La UNASUR deberá ser capaz de contraponerse a los bloques económicos de Norteamérica y de los países asiáticos; asimismo a los nuevos organismos transnacionales que surgen, en especial la Unión Europea, incluso mediante la uniformización de principios fundamentales de Derecho, como también la creación de entidades jurídicas, económicas y culturales de carácter continental.

En este sentido, se parte de la idea de que el éxito del proceso de unión e integración de los

⁶² Apud HABERMAS, op. cit. p. 303

⁶³ HABERMAS, op. cit. p. 304

⁶⁴ ALAÉZ CORRAL, Benito. Los Condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía. In: COSTA, Pietro; ALAÉZ CORRAL, Benito. Nacionalidad y ciudadanía. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, 2008, p. 49-125. p. 84-5.



países de América del Sur depende en gran parte de la trascendencia del proceso de integración económica, a partir de la detección y construcción conjunta de una identidad suramericana.

Así es que la UNASUR, en sus esferas de decisión, también abarcará - por su definición y objetivos - un intenso debate sobre el rol de las soberanías nacionales. Esto se concluye de la lectura del preámbulo de su tratado constitutivo.⁶⁵ En él, los países integrantes afirman la necesidad de fortalecimiento de la integración latinoamericana. Para tanto, establecen, entre otros, el primado de la igualdad soberana de los Estados firmantes. Eso se verifica cuando reafirman que la perspectiva de que una unión de los Estados miembros debe ser fundada en la integridad e inviolabilidad territorial de los mismos, autodeterminación de los pueblos, solidaridad, cooperación, paz, democracia, participación ciudadana y pluralismo, derechos humanos universales, indivisibles e independientes, reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza, bien como en el irrestricto respeto a la soberanía de los Estados.

En este punto es importante recordar que el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), instituido en 1991 y formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay no profundizó la integración regional. Debe ser observado que ni la propia unión aduanera, prevista para 1994, llegó a concretarse, a pesar de la ampliación de su área de actuación, con la adhesión de nuevos miembros asociados, tales como Chile, Bolivia, Perú y Venezuela. Este último proceso culmina con la firma de un acuerdo entre MERCOSUR y el Pacto Andino que propone la creación de la Comunidad Suramericana de Naciones.⁶⁶

Aunque la formación de bloques económicos como MERCOSUR haya buscado no solamente la integración económica, sino también la consolidación de la democracia y la implementación de derechos humanos, se da el hecho de que las cláusulas democráticas y de defensa de esos derechos no fueron incorporadas, efectivamente, a la agenda del proceso de globalización económica. En consecuencia, de ello, la institución de UNASUR surgió como una alternativa para garantizar la afectividad de la defensa de esos derechos que no se hallaban incorporados en el ámbito de MERCOSUR.

A pesar de esos esfuerzos para la construcción de una sociedad suramericana más inclusiva, la integración económica no ha contribuido para garantizar políticas públicas que aseguren de manera efectiva derechos tales como salud, educación, habitación etc. Las iniciativas de integración económica de los países latinoamericanos demuestran que existe un esfuerzo genuino de estrechar los lazos de las relaciones regionales con el objetivo de superar los problemas estructurales enfrentados por esos países, así como, en buscar la consolidación de la democracia y la implementación de los derechos humanos y de la ciudadanía en sus respectivos miembros.

⁶⁵ UNASUR. Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas. Disponible en: <<http://www.pptunasur.com/>>. (consulta en: 02/02/2011).

⁶⁶ Sobre a Comunidad Suramericana de Naciones ver sitio oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil: <http://www.itamaraty.gov.br>.

Ante ese panorama, se volvió importante subrayar, más allá del mero fortalecimiento económico, también los aspectos políticos y sociales de los países suramericanos, de modo a hacer efectivos los derechos humanos y la ciudadanía, generando, de esa forma, el desarrollo de una identidad común entre esos países.

Con esa meta, la creación de UNASUR, además de reforzar el crecimiento de los bloques regionales ya existentes, representa una nueva etapa de la integración, con el objetivo de obtener resultados más significativos en lo que dice con el desarrollo económico-social de sus firmantes, principalmente en lo que tiene que ver con la implementación de la ciudadanía y los derechos fundamentales.

Como anteriormente referido, esta organización internacional se compone de los doce países de América del Sur, constituyéndose su acta de fundación el Tratado firmado en el 23 de mayo de 2008, y manteniendo hoy una estructura compuesta por los siguientes órganos: Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno; Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; Consejo de Delegados y Secretaría General. Existe la previsión de constitución de Consejos Ministeriales y Grupos de Trabajo. Con excepción de la Secretaría General, esas instancias se encuentran ya en plena actividad.⁶⁷

De esa forma, se inaugura una nueva etapa de la conciencia suramericana, considerándose que su propuesta de integración tiene como meta la efectiva mejoría de vida para los individuos que habitan los países miembros, respetándose toda la diversidad cultural de la región, criando un espacio de intercambio de valores independiente de las voluntades gubernamentales.

De acuerdo con su Tratado constituyente, el objetivo de este organismo es la construcción, en forma participativa y consensual, de un espacio de articulación en el ámbito cultural, social, económico y político entre sus pueblos. Se otorga prioridad al diálogo político, así como a políticas sociales, a la educación, a la energía, infraestructura, financiación y medio ambiente, de modo a contribuir para la paz y la seguridad, eliminándose la desigualdad socioeconómica a través de la inclusión social y de la ciudadanía, fortaleciéndose la democracia y reduciendo las asimetrías en un marco de afirmación de la soberanía e independencia de los Estados.

Entre los objetivos propuestos, es posible destacar los siguientes: desarrollo social y humano con equidad e inclusión con el fin de erradicar la pobreza y superar las desigualdades regionales; educación de calidad con acceso universal; eliminación del analfabetismo, protección de la biodiversidad, de los recursos hídricos y de los ecosistemas; integración energética; universalidad de la seguridad social y servicios de salud; cooperación entre autoridades judiciales, así como el intercambio de experiencias en materia de defensa. Finalmente, a los efectos de este artículo, está incluida en los objetivos la consolidación de una identidad con el objetivo de alcanzar la ciudadanía suramericana;⁶⁸

⁶⁷ Consulte <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>

⁶⁸ UNASUR. Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas. Disponible en: <<http://www.pptunasur.com/>>. (Consulta en: 02/02/2011).



En función de lo que antes se expuso, parece anacrónico ese intento de establecer previamente una homogeneidad cultural (identidad) para lograrse una ciudadanía por encima de los Estados nacionales. De hecho, la argumentación aquí desarrollada conduce a la inevitable conclusión de que la ciudadanía, en los días actuales, debe despegarse de la construcción de marcas de tipo cultural, para no recaer en peligrosos comunitarismos.

De cualquier forma, en razón de algunos de los objetivos antes expuestos, podemos detectar la intención de hacer efectivos los derechos humanos como aquéllos a la salud y a la educación, además de la erradicación de la pobreza y las desigualdades sociales. Es decir, se desea realizar (a pesar de aquélla intención de “consolidación de identidad”) la ciudadanía suramericana a través de la construcción de garantías para los derechos fundamentales. Cabe resaltar que el compromiso de esta organización se da con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de Derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyéndose ahí la libertad de opinión y de expresión como condición esencial e indispensable para el desarrollo del proceso de integración.

Po fin, en lo que respeta al tema de la solución pacífica de los conflictos que amenacen al orden constitucional y a la democracia, cabe resaltar la actuación de este organismo en controversias en Bolivia y Ecuador, ya en los primeros años de su funcionamiento.

V. Conclusión

El término “ciudadanía”, al ser plurisignificativo, presenta una variación considerable a lo largo del tiempo; por eso una reflexión sobre el proceso histórico de su ampliación es fundamental para que se pueda entender cómo se plantea esa cuestión en la actualidad. Lo que cambia, de un Estado-nación a otro, no son solamente las reglas que definen quién es o no es ciudadano (*ius soli* o *sanguinis*); también son distintos los deberes atribuibles al ciudadano en cada uno de ellos. De hecho, en cada uno de estos espacios territoriales, sociales y políticos, a lo largo del tiempo el concepto de ciudadanía ha cambiado, sea por la incorporación o no de los inmigrantes, sea por lo que se refiere al grado de participación de los diferentes grupos, o aún en lo que respeta a la protección otorgada por el Estado a los que la necesiten.

El análisis del proceso de ampliación de la ciudadanía hace evidente el carácter de construcción y lucha existente en la configuración de su concepto actual. Los Estados nacionales modernos fundamentan la otorga de ciudadanía sobre el individuo y su relación con esas formas políticas. Con la Ilustración y el Estado liberal, la ciudadanía pasa a integrar una relación vertical, o sea, se refiere más a un conjunto de derechos otorgados por un determinado Estado soberano que a la pertenencia a una determinada comunidad. Empero, es la noción de individuos libres e iguales (entre los nacionales, por supuesto) que marca la ciudadanía liberal.

Como se puede observar, si la concepción ilustrada de la ciudadanía fue un instrumento básico para la emancipación política de aquéllos que gozaban de la condición de ciudadanos, la misma supuso asimismo una práctica discriminatoria en la titularidad y en el ejercicio de esa condición.

Si durante mucho tiempo el uso lingüístico del término ciudadanía hacía referencia a un vínculo

único entre el individuo y el Estado – una relación unilateral y omnicompreensiva de toda la actividad política entre ellos –, en las actuales circunstancias el reconocimiento de los fenómenos de la supraestatalidad e infraestatalidad conduce a admitirse la multilateralidad de la idea de ciudadanía. Es en ese contexto que debe ser pensada una ciudadanía suramericana.

En las sociedades complejas y plurales de nuestro tiempo, cuyos Estados se encuentran insertados en un contexto de multiculturalidad y hasta de transnacionalidad, es imperioso revisar la ecuación ciudadana=nacional. En este sentido, las tesis sobre la fragmentación y la negación de la ciudadanía forman el escenario de las condiciones de la modernidad propias para pensar la integración política a partir de una comunidad de individuos libres e iguales que se autodeterminan, dejando de ser elementos componentes de una nación homogénea étnicamente o que compartan las mismas tradiciones. Sólo una ciudadanía transnacional – o como dice Pérez Luño, multilateral o agregativa de varias ciudadanía – debe ser capaz de evitar la desagregación de los actuales Estados multiculturales. Por otro lado, para que los ciudadanos participen políticamente, es necesario que integren e influyan en el flujo normal de comunicación pública originado a partir de una cultura política vinculada a los ideales de libertad e igualdad. Al mismo tiempo, los parlamentos deben ser permeables a la influencia de valores y temáticas propuestos en las esferas públicas políticas que aún no hayan sido tomadas por el poder, sobrepasando de esa forma la percepción de la ciudadanía como mera agregación de intereses individuales pre políticos.

Por lo tanto, una concepción de ciudadanía conectada a una nación étnicamente homogénea no se adapta a las condiciones de la modernidad. El “modelo de política deliberativa” - propuesto por Habermas – formulado a partir de la constatación de que el derecho actúa como un “médium”, genera una noción de ciudadanía abstracta presente en las constituciones democráticas. La soberanía existente en la ciudadanía popular, propiciada por la garantía de los derechos fundamentales, acaba manifestándose a través de procesos informales de formación de opinión, así como de una “voluntad más o menos discursiva”, compatible con una pluralidad cultural y colectiva. En el caso de UNASUR, los pasos institucionales se están dando; falta a la sociedad de esta región realizar en las prácticas cotidianas este proceso de unión en las otras dimensiones, incluso aquella de la ciudadanía.

Bibliografía

ALAÉZ CORRAL, Benito. Los Condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía. In: COSTA, Pietro; ALAÉZ CORRAL, Benito. Nacionalidad y ciudadanía. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, 2008, p. 49- 125

BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

_____. Governo dos homens ou governo das leis. In: _____. O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986a. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco

_____. Liberalismo velho e novo. In: _____. O Futuro da democracia: uma defesa das regras do



jogo Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986b. p. 107- 128 Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco.

_____. O Futuro da democracia. In: _____. O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986c. p. 17- 40. Título original: Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco.

_____. Teoria geral da política: a teoria política e a lição dos clássicos. Organizado por M. Bove-ro. Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 717 p. Título original: Teoria Generale Della Politica

CADEMARTORI, Daniela M. L. de; CADEMARTORI, Sérgio U. Mutações da cidadania: da comunidade ao Estado liberal. Revista Sequência, Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. XXVII, n. 55, p. 65-94, dez. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania. Lua Nova. CEDEC, São Paulo, n. 28/29, p. 85-106, 1993.

DUMONT, Louis. O Individualismo. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FERRAJOLI, L. Derechos y garantías: la ley del más débil. Trad. P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1999.

_____. Los Fundamentos de los derechos fundamentales. Trad. P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2001

HABERMAS, J. Cidadania e identidade nacional (1990). In: _____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 299-305

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, classe social e status. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 220p. Título original: Sociology at the Crossroads and other essays

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: _____.; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio (orgs.). História de los derechos fundamentales. 1. ed., 1. reimp. rev. y cor. Madrid: Dykinson, 2003. p. 13-263

PÉREZ LUÑO, A.E. Ciudadanía y definiciones, in Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, n. 25, p. 177-210, 2002.

RUBIO CARRACEDO, José. Introducción. In: _____.; ROSALES, José Maria; TOSCANO MÉNDEZ, Manuel. Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos. Madrid: Trotta, 2000. 231p.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Ciudadanía y derechos. In: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo et al. Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Madrid: Dykinson, 2008. v. III, p. 1121-1140

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3.ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416p.

SINGER, Paul. A cidadania é para todos. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (orgs.) História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003. p. 191-263

SODER, José. Direitos do homem. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

UNASUR. Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas. Disponible en : <<http://www.pptunasur.com/> >. Acceso en: 02/02/2011

LA DUALIDAD DE LA JUSTICIA: CÓMIC DE SUPERHÉROES, DERECHO Y JUSTICIA

Autora//

Eddy María de la Guerra Zúñiga¹

1. Resumen

El cómic conocido como el noveno arte es uno de los principales productos de la cultura pop. Se le identifica como literatura gráfica que llega a las masas y que se distribuye de manera económica. Dichas características le han generado sin merecerlo una fama de producto vano, comercial, sin contenido, dirigido a un público poco culto, —se dice que producto o que es solo para niños, o solo para hombres—, se dicen muchas cosas malas y falsas del cómic, especialmente el de superhéroes.

Este artículo pretende desmitificar a este valioso género del arte para demostrar que leer cómic no es tarea sencilla: que existe un contenido sólido y con fundamento detrás de las grandes historias; que hay un simbolismo fuerte hacia un concepto de justicia más cercano al ideal de la sociedad; que el que el propio derecho a plasmado en sus textos; que las historias para niños no son solo entrenamiento sino que pueden llevar un mensaje; que la ciencia ficción detrás de los súper poderes no es otra cosa que ideales; metas (algunas positivas otras negativas, pero metas al fin) que el ser humano quiere alcanzar pero aun no puede; pero sobre todo que puede tener una utilidad plena tanto desde el punto de vista investigativo como pedagógico, para interpretar el derecho desde un análisis no formal.²

¹ Doctora en Derecho “sobresaliente cum laude” por la Universidad Complutense de Madrid, Magister en Derecho: Mención Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Magister en Docencia Universitaria por la Escuela Politécnica del Ejército, Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y coordinadora académica del Curso Avanzado Miradas Estéticas del Derecho y la Justicia.

² Merece la pena señalar que el enfoque de este trabajo no es, ni el de una especialista en cómic, ni el de una abogada. Se trata pues del enfoque de una docente de Derecho que ha logrado encontrar en las historietas una herramienta innovadora para transmitir conocimientos sobre el que debería ser el verdadero rol del Derecho, proteger y defender la justicia —entendida tanto como el deber como la capacidad de dar a cada cual lo que es suyo—, entendiendo que todos somos iguales y tenemos los mismos derechos sin ningún tipo de distinción.



2. Aproximación Histórica y Conceptual

El cómic también conocido como historieta o tebeo, se puede definir de manera elemental como una “serie o secuencia de viñetas que cuenta una historia”; el término original del inglés comic sin tilde de komik, cómics en plural, fue adoptado y definido por la Real Academia de la Lengua conforme lo ya dicho y además bajo la acepción de “*libro o revista que contiene cómics*”.³ No está por demás señalar que estas definiciones son del todo restringidas. Se trata pues de una secuencia de viñetas en las que través de gráficas, textos introductorios, globos de diálogos y otro tipo de textos tales como globos de pensamiento relatan una historia, que bien puede ser corta o larga, llegando a tener una extensión considerable que califica como novela gráfica.

Si bien los superhéroes no constituyen ni de lejos las primeras historietas de la historia, pues su origen se remonta a murales pintados o gravados en piedra y telares de las civilizaciones más antiguas,⁴ el mundo cambió cuando conoció a los superhéroes del cómic y es que llegaron en un momento histórico crucial. Estos personajes son obra principalmente de artistas judíos cuyas familias lograron escapar de las políticas europeas anti semitistas y del holocausto judío.

Estos personajes llegaron al mundo en medio de una cultura americana que exponía al mismo tiempo el miedo a la guerra y su fascinación por esta. Se trata de una época evidente de estrés social generado ante la posibilidad de invasiones y pérdida de vidas humanas, en un tiempo en el que la ciencia ficción ya era una parte importante de la literatura.

El 30 de octubre de 1938 el programa de radio Orson Wells le demostró a los Estados Unidos el poder de la ciencia ficción y su capacidad para influenciar la actuación de las personas, a través de una transmisión de radio como parte de las festividades de Halloween de la obra de H.G. Wells *La guerra de los mundos*.⁵ Orson Wells adaptó el libro para guion de radio y lo leyó como si fuese la transmisión de la noticia de hechos ciertos, relativos a una invasión extraterrestre creando pánico y conmoción social.

Este fenómeno no fue únicamente norteamericano, era global. El 12 de febrero de 1949, en

³ Real Academia Española, “cómic”, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualización 2017, 16 de agosto de 2018, <http://dle.rae.es/?id=9vpr4Ha>

⁴ Una historia global desde, Estados Unidos, Japón, Francia, Bélgica hasta el cómic español, con información del comic italiano e incluso argentino. Se puede encontrar en Gerardo Vilches Fuentes, Breve historia del cómic, (Madrid: Nowtilus, 2014).

⁵ H.G. Wells, *The War of the Worlds* CBS Radio, 30 de octubre de 1938, actualmente en español se encuentra disponible en Latinoamérica: H.G. Wells, *La Guerra de los Mundos* (Madrid: DEBOLSILLO, 2010). El 30 de octubre de 1938, la lectura por parte de Orson Welles “aterrorizó a los radioyentes estadounidenses, que creyeron a pies juntillas que los marcianos habían invadido la Tierra. Más de un siglo después de su publicación, y con varias adaptaciones cinematográficas, la novela de H.G. Wells sigue siendo una de las obras maestras de la ciencia ficción. Un texto que no ha perdido su modernidad por su encendida denuncia de la vanidad de los hombres y de la falsa sensación de seguridad del mundo contemporáneo”. Reseña en esa edición.

Ecuador, Radio Quito transmitió la misma obra como si fuese noticia, causando caos y conmoción que terminó en tragedia, una turba enfurecida por la broma incendió las instalaciones del diario El Comercio donde funcionaba la radio.⁶

Para entonces el mundo ya había conocido pocos meses atrás a Superman un superhéroe precisamente alienígena que había llegado a Kansas en calidad de inmigrante, huérfano, desplazado, sin tierra, sin nacionalidad, sin documentos. Fue adoptado por una pareja de avanzada edad, sin hijos. Con todas esas circunstancias llegó para luchar contra la injusticia y proteger a los inocentes de todo tipo de males en medio de una sociedad angustiada por la recesión económica producto de la gran depresión de los Estados Unidos. En medio del desempleo, la pobreza y una compleja situación política Superman y los demás personajes que fueron surgiendo se convirtieron en un símbolo de esperanza, fortaleza y justicia —superhéroes cuya misión sería proteger el modo de vida americano—.

3. Generalidades

Para iniciar, igual que lo he hecho en otros trabajos sobre esta temática, se debe señalar que sobre los superhéroes ya se han escrito importantes escritos que han intentado describirlos de maneras diferentes, por ejemplo Umberto Eco escribió la obra *Apocalípticos e integrados*⁷ publicada por primera vez en 1964 y a través de la cual analiza no a los personajes, sino más bien a la cultura de masas y la historieta como medio de comunicación masivo. El autor identificó dos posiciones teóricas, la de los apocalípticos y la de los integrados —entendidos los primeros como

⁶ “¡Alerta! ¡Alerta! ¡Los extraterrestres nos invaden! Esas fueron algunas de las frases que hicieron salir despavoridos de sus domicilios a decenas de radioescuchas quiteños, aquel 12 de febrero de 1949. Ese día, varios dramaturgos recrearon en los antiguos estudios de Radio Quito, “Guerra de los mundos”, Radio Quito, 12 de febrero de 1949. La veracidad con la que comunicaron la noticia generó nerviosismo entre la audiencia, que tras enterarse de que solo era una teatralización optó por incendiar las instalaciones de diario El Comercio, donde funcionaba la radio, ubicadas en las calles Chile y Benalcázar, centro de Quito. Ese triste episodio es uno de los que más guarda la memoria de Radio Quito, y precisamente este día será recordado, en su aniversario número 70. Hoy, durante las 24 horas de emisión, narradores y comentaristas harán un recorde de los sucesos que han marcado la historia ecuatoriana y que han sido transmitidos por una de las estaciones más importantes del país. Con entrevistas, reportajes y grabaciones de los primeros años de vida de Radio Quito, los radioescuchas recordarán sucesos como la muerte de Jaime Roldós y la caída de Jamil Mahuad, ambos ex presidentes del Ecuador. También estarán los levantamientos indígenas y las paralizaciones del transporte público. En la transmisión, los oyentes también conocerán los objetivos que los directivos de la estación se han trazado para afrontar la nueva década. Entre ellos consta la innovación de la programación para captar nuevo público, conservando la calidad en la información y contenido, situación que ha sido caracterizado a la estación durante siete décadas de trabajo” El Comercio, “Radio Quito festeja sus siete décadas”, El Comercio, 18 de agosto de 2010. Se encuentra disponible en: <https://www.elcomercio.com/tendencias/entretenimiento/radio-quito-festeja-siete-decadas.html>.

⁷ Umberto Eco, *Apocalípticos e integrados* (Barcelona: Lumen. 1965).



aquellos que consideran que las herramientas para la comunicación de masas destruye la cultura de los distintos grupos étnicos, pues entregan al consumidor un producto genérico dedicado al entretenimiento, y los integrados, por su parte, mantienen una posición favorable a la cultura de masas, también conocida como cultura pop, en las que la historieta presenta personajes y situaciones simbólicas, que representan facciones de la humanidad—. En ese sentido lo que los superhéroes vienen a representar *símbolos*, podría decirse de evolución y superación personal.

Otra obra que merece la pena ser referida es el trabajo de Grant Morrison, *Super Gods: Héroes y mitos del cómic*.⁸ Morrison guionista y escritor de Superman y Batman, decide en este libro explicar desde su visión como creador, por qué los superhéroes se han vuelto tan populares, pero sobre todo intenta explicar cómo estos personajes pueden ayudarnos a comprendernos a nosotros mismos como lectores y por tanto como personas en un mundo complejo lleno de preocupaciones. Agrego a lo que ya he dicho antes, que Morrison tiene un don, proyecta a través de los personajes, lo que podríamos señalar como sensaciones y en su trabajo *Super Gods* describe a los mismos a partir de las sensaciones, haciendo de esta una obra de consulta obligatoria.

Otros trabajos interesantes se pueden referir, entre ellos la *Historia Global del Cómic*⁹ de Alexander Danner y Dan Mazur, así como la *Historia social del cómic* de Terenci Moix¹⁰. Cada uno de los enunciados y muchas obras más, cada una con un enfoque especial y por tanto complementario a la interpretación que al noveno arte se puede dar. Ahora bien, estas y muchas otras han abordado la temática desde la óptica cultural, merece entonces la pena señalarse, que las historietas tanto por sus orígenes como por los ideales que representaron durante la edad de oro —1938-1953— pueden ser utilizados como una herramienta de enseñanza en varios campos científicos, y el Derecho es uno de aquellos.

En ese sentido voy a referenciar dos trabajos importantes de aquellos que representan una investigación seria en la temática, con el objetivo de demostrar su utilidad como herramienta innovadora de los procesos de enseñanza aprendizaje.

En primer lugar, he de mencionar el reciente trabajo de autor ecuatoriano Danilo Caicedo Tapia: *Cómic. Una herramienta metodológica de la educación en y para los derechos humanos*,¹¹ quien realizó una seria e importante investigación para la Universidad Carlos III de Madrid en la que identifica, describe y analiza obras del cómic que pueden ser utilizadas para la enseñanza de los derechos humanos. En esta investigación los superhéroes tienen presencia, aunque no son los únicos protagonistas, sin embargo, destacan en su análisis personajes representativos como Vendetta de Alan Moore.¹²

⁸ Grant Morrison, *Super Gods: Héroes y mitos del cómic* (Madrid: Turner, 2012).

⁹ Alexander Danner y Dan Mazur, *Cómic: Una historia global desde 1968 hasta hoy* (Barcelona: Blume, 2014).

¹⁰ Terenci Moix, *Historia social del cómic* (Barcelona: Bruguera, 2007). Su primera edición es de 1968.

¹¹ Danilo Caicedo Tapia, "Cómic. Una Herramienta Metodológica de la Educación en y para los Derechos Humanos", (trabajo de grado de master, Universidad Carlos III de Madrid, 2014), bajo la dirección de Miguel Ángel Ramiro Avilés.

¹² Alan Moore, y David Lloyd, *V de Vendetta* (Barcelona: ECC Ediciones, 2013). Novela gráfica originalmente publicada entre 1982-1985.

Un trabajo más amplio que aborda al cómic junto con otras herramientas artísticas como herramienta de enseñanza de las ciencias jurídicas se encuentra en la obra *Derechos, cine, literatura y cómics: Cómo y por qué*¹³ de Miguel Ángel Ramiro Avilés. Estos y otros trabajos, han logrado demostrar que la muy conocida cultura pop y particularmente las historietas, son más que productos para entretenimiento de las masas, pues si bien se dirige a ellas, tiene la capacidad de entregar mensajes directos y de captar la atención de los lectores.

En el Ecuador se han escrito dos trabajos importantes, que fueron objeto de investigación para obtención de títulos de magister, el primero de Juan Carlos Mena relativo a los proyectos más notables de producción de cómics en Ecuador¹⁴ y de María Belén Garcés un trabajo sobre el Capitán Escudo,¹⁵ —el superhéroe nacional—, trabajo en el que logra demostrar cómo tanto superhéroes como villanos representan a través un conjunto de características de la sociedad a la que pertenecen, así mientras Superman debía proteger el *espíritu americano*. El Capitán Escudo lucha en contra de males que corroen la sociedad ecuatoriana y que van desde la impuntualidad hasta el coyoterismo, mal que es compartido por varios países latinoamericanos donde el tráfico humano destroza familias, que precisamente recurren a la movilidad ilegal, para alcanzar el *sueño americano* y participar de ese *espíritu*.

¹³ Miguel Ángel Ramiro Avilés, *Derechos, cine, literatura y cómics: Cómo y por qué*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014).

¹⁴ Juan Carlos Mena, *El arte del cómic en Ecuador, Serie Magister 221* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019).

¹⁵ María Belén Garcés, "El Capitán Escudo: la lucha de los símbolos patrios contra los antivalores nacionales" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 119. La investigación examina los distintos elementos nacionales presentes en la historieta del Capitán Escudo publicada en la revista infantil *Jelél*, editada entre 2005 y 2016. Se analiza el uso de los símbolos patrios, el habla, la representación paisajística y la utilización de ciertos rasgos ecuatorianos asumidos como formas comunes de autodefinición, incluyendo algunos defectos planteados como característicos de lo local, que serán encarnados por algunos de los villanos. Siendo todo ello la base de su denominación como superhéroe tricolor por parte de sus autores, permitiéndole avalar su identidad ecuatoriana y reclamarse como representante del Estado-nación ecuatoriano y de sus ciudadanos. El Capitán Escudo, como producto comercial, incorpora características de los superhéroes de la industria del cómic internacional pero enarbolando estos rasgos ecuatorianos. Buscando que el principal enganche para sus lectores sea el promocionarse como un producto nacional que, a más de entretener, cumpla una labor de voluntad eminentemente educativa y civilizadora apelando a la capacidad de enseñanza que tienen los superhéroes. Asimismo, aleccionando a sus lectores en normas de comportamiento y valores, que de acuerdo con sus autores, se deberían incorporar para crear un mejor país. Se analiza los cómics del Capitán Escudo, centrándose en una revisión gráfica y narrativa, buscando patrones de repetición, representaciones de lo nacional, su relación con hechos coyunturales del país y enseñanzas del personaje, combinadas con aportes teóricos sobre la nacionalidad, la identidad y los superhéroes como personajes ficticios. El Capitán Escudo como personaje híbrido incorpora una variedad de elementos (ancestrales, modernos y de la industria cultural), busca representar a un Ecuador con una matriz constitutiva diversa, lo que lo coloca como superhéroe ecuatoriano al representar una identidad que es ciertamente indefinible.



Todas estas obras ya nos han permitido a los lectores interesados en la temática conocer diversas perspectivas sobre los superhéroes, y se consideran suficientes para avanzar en la investigación, ahora también desde el jurídico no formal para aprovechar el gran potencial cómic de superhéroes para generar otro tipo de conocimiento, sobre conceptos comunes, muy especialmente el de justicia desde la concepción del ciudadano tanto escritor como lector y separándonos así del concepto elaborado por los Estados, que plasmado en las leyes evocan una tergiversación de la justicia para mantener el control y poder.

A continuación, se presenta un análisis desde la potencialidad de dichos contenidos identificado en este artículo a dos personajes: uno femenino y otro masculino —a quienes me referiré como la dualidad de la justicia—.

4. El Origen de los Superhéroes

No se puede hablar del origen de los superhéroes sin remontarnos al primero y sin duda alguna el más representativo de todos, Superman,¹⁶ personaje creado por el guionista Jerry Siegel y el ilustrador Joe Shuster, ambos de origen judío.¹⁷ Si hacemos un recuento los más grandes y por tanto los más duraderos superhéroes fueron creados por judíos: Jerry Siegel y Joe Shuster en el universo que hoy conocemos como DC Comic no sólo crearon a Superman, sino que le abrieron el camino a Supergirl,¹⁸ su prima, creada por Otto Binder y Al Plastino, el primero hijo de inmigrantes austriacos. Por su parte Bob Kane y Bill Finger le dieron vida a Batman¹⁹ —quien dicho sea de paso nace como un encapuchado sin mayor motivación—, no es sino hasta varios números de su lanzamiento, en que comienza a difundirse su historia familiar.

Por otro lado en el universo Marvel, Joe Simon y Jack Kirby son los creadores del Capitán América²⁰ —otro personaje creado para defender el espíritu americano en tiempos de guerra—. Por otra parte, el mismo Jack Kirby junto con Stan, quien modificó su nombre Lee (Stanley Martin Lieber) para tener posteriormente futuro en otros géneros distintos al cómic, son autores de varios héroes altamente populares como Hulk,²¹ (al igual que el Capitán América) y los Cuatro Fantásticos.²²

¹⁶ Jerry Siegel y Joe Shuster, “Superman”, en Action Comics n.º 1, ed. Vincent A. Sullivan (Nueva York: National Allied Publications, 1938a), 1-13.

¹⁷ Haaretz y Nirit Anderman, “Supermensches: La historia judía de los superhéroes”, Enlacejudío, 21 de agosto de 2018, <https://www.enlacejudio.com/2016/01/21/supermensches-la-historia-judia-de-los-superheroes/>. No se ha logrado hasta el momento encontrar una investigación académica sobre esta temática, sin embargo este es un controversial pero interesante ensayo sobre el tema —la veracidad del contenido deberá evaluarla el lector, aunque merece la pena incluir la referencia—.

¹⁸ Otto Binder y Al Plastino, Action Comics n.º 252 (New York: DC Comics, 1959). Primera aparición.

¹⁹ Bob Kane y Bill Finger, Detective Comics vol. 1, n.º 27 (Nueva York: DC Comics 1939). Primera aparición.

²⁰ Joe Simon y Jack Kirby, Captain America Comics n.o 1 (New York: Timely Publications, 1941). Timely Publications fue la compañía de Comics predecesor de Marvel Cómics.

²¹ Stan Lee y Jack Kirby, The Incredible Hulk n.o 1 (New York: Marvel Comics, 1962a). Primera aparición.

²² Stan Lee y Jack Kirby, The Fantastic Four n.o 1 (New York: Marvel Comics 1962b). Primera aparición.

Productos de accidentes, dichos héroes son en su mayoría experimentos ilegales para crear un súper soldado invencible que ganaría todas las guerras; también son autores de Ironman²³ un genio excéntrico adinerado y con poder, representante del estilo de vida americano que ameritaba protección.

Stan Lee pero esta vez junto Steve Ditko crearon a Spider-Man,²⁴ un adolescente que debe proteger una ciudad completa con sus sentidos y habilidades arácnidas. Peter Parker —su nombre en la vida real—, debe encargarse de su anciana tía May, básicamente un niño haciendo lo que le corresponde a un adulto.

Los mismos autores Lee y Kirby también le dieron vida los X-Men,²⁵ probablemente la mayor y más representativa historia de superhéroes que abordan la discriminación por temas de raza y diferencias genéticas. Sus personajes son originarios de América, Asia, África y Europa, luchan por una misma causa tanto héroes como villanos desde distintas estrategias —una verdadera obra de arte que puede ser objeto de estudio y herramienta de enseñanza del Derecho—.

Thor²⁶ el Dios del trueno también de Lee y Kirby le agrega mitología a los superhéroes del universo Marvel, algo que en universo DC, fue incorporado a través de Wonder Woman.²⁷ Se trata de personajes cuyas historias, aunque parezca difícil de identificar a simple vista, aportan en los guiones con la inclusión de contenidos relacionados con normas supremas, valores y principios propios del iusnaturalismo, a la dinámica de los superhéroes, y que se relacionan con principios vigentes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos tales como libertad, equidad, igualdad, entre otros.

Nuevamente Lee y Kirby en los Vengadores²⁸ crean personajes que trabajan temas de discriminación y segregación, con claras alusiones a leyes humanas, acuerdos internacionales y vulneración de derechos. Sus historias giran además en torno a la toma política de posiciones, apoyo u oposición a gobiernos controladores, historias que decantarán en tópicos de *guerra civil*, *rebelión*, lo cual desde el punto de vista jurídico puede verse como *derecho a la resistencia*, todo ello bajo un concepto diferente de justicia, más vinculado a la vendetta o a justicia por mano propia que a la equidad.

Todo esto vino de la mano de artistas judíos que conocieron de primera fuente hechos históricos de violencia, discriminación y genocidio, siendo Superman el primer personaje desarrollado

²³ Stan Lee y Jack Kirby, Tales of Suspense n.o 39 (New York: Marvel Comics, 1963a). Primera aparición.

²⁴ Stan Lee y Steve Ditko, Amazing Fantasy n.o 15 (New York: Marvel Comics, 1962). Primera aparición.

²⁵ Stan Lee y Jack Kirby, The Uncanny X-Men n.o 1 (New York: Marvel Comics, 1963b). Primera aparición.

²⁶ Stan Lee y Jack Kirby, Journey Into Mystery n.o 83 (New York: Marvel Comics, 1962c). Primera aparición.

²⁷ William Moulton Marston y Sadie Holloway Marston, All Star Comics n.o 8 (New York: DC Comics, 1941). Primera aparición. Nota: William Moulton Marston nació el 9 de mayo de 1893 en Saugus, Massachusetts, origen y nacionalidad norteamericano.

²⁸ Stan Lee y Jack Kirby, The Avengers n.o1 (New York: Marvel Comics, 1963c).

desde 1934, cuyos creadores se habían inspirado a su vez personajes como Trazan y Hércules —hombres superpoderosos capaces de resistir y luchar—.

Superman a quien dedicaré parte este artículo, como no era de sorprenderse por el contexto histórico, político y económico de la época, no logró llegar al público sino hasta 1938²⁹ como resultado de una venta de derechos sobre el personaje a Detective Comics, hoy conocida a nivel global como DC Comics y luego de varios intentos infructuosos de publicación.³⁰

Ilustración 1. Portada Action Cómics n° 1



Fuente: *Colección personal de Siegel-Shuster*³¹

Elaboración: *National Allied Publications.*

5. La Dualidad de la Justicia

La trinidad de la justicia es un grupo de superhéroes que está conformado por Superman, Wonder Woman y Batman, esta denominación la han recibido de sus propios creadores en el universo

²⁹ La primera aparición de Superman, no fue el primer trabajo de Siegel y Shuster sobre el concepto superhombre, bajo el seudónimo de Herbert S. Fine, seudónimo de Siegel de aproximadamente 19 años de edad, había estado trabajando junto con Shuster en un relato de ciencia ficción en una revista propia de Ciencia Ficción, incluido en su tercer número (El reinado del Superhombre). Véase: Jerry Siegel y Joe Shuster, “The Reign of the Superman”, Science fiction: The Advance Guard of Future Civilization n.o 3 (1933).

³⁰ La información sobre la publicación se consultó en Glen Yeffeth ed., The Man from Krypton, (s/l: Benbella Books Inc., 2016). Para conocer más detalles sobre el personaje se puede consultar Superman se puede consultar en Ralph Cosentino, Superman: La historia del Hombre de Acero (s/l: Kraken, 2013).

³¹ Disponible en Siegel, Jerry y Joe Shuster. Superman (Buenos Aires: Biblioteca Clarin de la Historia, 2004), 21.

DC Cómics. De esta trinidad se ha seleccionado para este artículo únicamente a Superman y a Wonder Woman, esto debido a que deseo concentrarme en personajes con conceptos de justicia vinculados el primero de *ética*, es decir Superman, y el segundo a la “verdad”, es decir el Wonder Woman; esto no significa que Batman no sea un personaje al que no se pueda analizar, todo lo contrario, pero sus orígenes y su motivación surgen de la *venganza*, concepto diverso y opuesto al de los personajes de la dualidad compuesto por dos superhéroes que desde mi perspectiva tienen en sus historias de fondo elementos dignos de un análisis interdisciplinario la potencialidad de convertirse tanto en fuentes de investigación jurídica no formal como herramientas de enseñanza aprendizaje del Derecho, y a este grupo de superhéroes le dedicará la última parte de este artículo.

En su primera aparición en la Revista Acción Cómic n.º 1³² nuestro primer superhéroe de la trinidad, hace una magnífica aparición y contrario a lo que podrían pensar quienes no han leído todavía esta historieta, está llena de contenido jurídico y aporta concepciones diversas de justicia, de acuerdo a los variados tópicos que va abordando.

Para comenzar Superman, —luego de una página corta con viñetas de presentación—, en su primera acción como superhéroe, evita que se aplique la pena de muerte inmediatamente en una inocente condenada por equivocación, al recurrir a la autoridad en persona, tocando la puerta de su casa. Todos sabemos que podría tumbar los muros de la prisión y hacer justicia por mano propia, pero en aquel primer momento manifestó un evidente concepto de justicia propio de la época y del Estado en el que tienen origen, actuando pues, en consecuencia. No existe de su parte y por tanto por parte de los creadores una crítica a la pena de muerte en sí misma, ni una oposición a dicha condena. Lo que termina haciendo Superman es entregar a la verdadera asesina a la justicia, quien recibirá la misma condena; es decir, que la justicia para este Superman significa: *“no hay crimen sin castigo”, mas “el sistema no puede condenar inocentes”*.

Superman en sus primeros números ejercía la fuerza; en otras épocas y muchas décadas después se opondría a la pena de muerte. Conforme los nuevos creadores y guionistas van agregando historias e incluso modificando parcialmente sus orígenes. El código moral de Superman jamás le permitirá ser parte de una pena muerte, y mucho menos impartirla con sus propias manos, no importa el crimen que haya sido cometido.

A continuación, en la misma historieta protege a una mujer de la violencia doméstica y básicamente se enfrenta al agresor bajo el discurso de “meterse con alguien de su tamaño”. Por lo tanto, tenemos un indicador de que este personaje no descarta la violencia como herramienta de la justicia, y ello en efecto se evidenció en números posteriores. Asimismo, como parte de su accionar inicial impide un secuestro con violencia en contra de Luisa Laine e investiga corrupción en el Senado de los Estados Unidos.

Todas estas acciones son una evidente manifestación de sus autores de su propio concepto

³² Jerry Siegel y Joe Shuster, Action Comic n.º 1, (Nueva York: National Allied Publications, 1938b). Disponible en Siegel-Shuster. Superman, 21-33.



de justicia, mismo que seguiría desarrollándose a través de las posteriores entregas y a través de nuevos personajes, un concepto cuyo origen se remonta a su propia experiencia de vida y que probablemente se inspira en hechos de discriminación, segregación y violencia. Así, los autores le dieron vida a un personaje capaz de luchar en contra de la injusticia a cualquier costo y que tenía el poder y la súper fuerza que los oprimidos no tenían para luchar por sí mismos.

Este accionar puede tener diversas interpretaciones, y voy a recurrir no la de expertos del cómic, sino más bien el de la prensa y el público en general. Por ejemplo, ACB Cultura en conmemoración por los 75 años de nacimiento del héroe publicó un editorial bajo el título: *Cuando Superman no era el chico bueno y combatía desahucios y estafas a accionistas*, en el que señalaba que Superman no siempre fue el inmaculado héroe de moral intachable al lado de la ley. La imagen de servicial, amable, responsable y contenido es la evolución de un personaje que nació como un rebelde justiciero social, con alardes de fuerza, irascible y matando si era necesario, siempre luchando contra la injusticia —aunque en sus primeras aventuras el mal no tenía forma de supervillano, sino de problemas sociales como la corrupción política, estafas a pequeños accionistas o desahucios—. *El Hombre del Mañana* combatía lacras que hoy vuelven a la actualidad.³³ De este comentario resulta evidente el afecto por el superhéroe y su simpatía por sus métodos.

Cinco años más tarde conmemorando los 80 años de Superman el New York Times entrevistó a algunos historiadores de cómics, entre ellos Michael Uslan's quien señaló que "Superman era un personaje muy serio cuando Siegel y Shuster lo crearon", dijo Uslan "era un combatiente de la injusticia social; iba tras políticos corruptos y mafiosos que abusaban del ciudadano común".³⁴ Esa tónica comenzó a cambiar y para incorporar algo más de humor y carisma en los personajes, probablemente para poder competir con otros superhéroes de la época, especialmente el Capitán Marvel,³⁵ quien gozaba de la empatía del público, pues al igual que Spiderman pero varias décadas antes ya Billy Batson abordaba el tema del niño huérfano. Ni siquiera un adolescente quien recibió un don y al pronunciar la palabra "Shazam" se convertía en un adulto súper poderoso, y como consecuencia de ello debía enfrentar grandes males y fuertes situaciones que podrían vencer y atemorizar incluso a un adulto, pero lo hacía con la inocencia del niño en su interior. Para el mismo artículo, Peter Sanderson señaló que "Superman es la historia evidente de un inmigrante" y que "Krypton era un paraíso perdido, un país de las maravillas de la gran ciencia, cascadas de fuego y montañas de gemas" al que Superman siempre anhelaba regresar.³⁶

³³ I. Cano, "Cuando Superman no era el chico bueno y combatía desahucios y estafas a accionistas", ABC Cultura, 18 de abril de 2013.

³⁴ George Gene Gustines, "Superman cumple 80 años", New York Times es, 21 de abril de 2018.

³⁵ Clarence Charles Beck y Bill Parker, Whiz Comics n.o 2 (Nueva York: Fwccett Comics, 1939-1953). Actualmente conocido como Shazam fue creado por Clarence Charles Beck y Bill Parker, su primera aparición fue en Whiz Comics n.o 2, Fawcett Comics (1939-1953), desde 1972 es un personaje de DC Comics.

³⁶ George Gene Gustines, "Superman cumple".

Así, Superman, tuvo que dejar atenuar su aspecto duro y fuerte, dejar de ser solo un guardián y comenzar a verse como un ser humano normal con problemas y preocupaciones de la cotidianidad, dejó pues de ser un alienígena y comenzó a explorar su humanidad. Ese camino lo siguió de la mano de varios guionistas y dibujantes que le tomaron la posta a Siegel y Shuster. Décadas después, tal como cambia la sociedad también lo hacen sus superhéroes, las críticas a la pena de muerte y la violencia de la fuerza pública en contra de prisioneros, especialmente fundada en razones de odio, incidieron significativamente en las historias de Superman, quien se convirtió sin lugar a dudas en el superhéroe por excelencia con un código de moralidad que le impediría ejercer violencia deliberadamente, hacer daño intencionalmente, o quitar vidas. Parte de este legado ético se le debe al trabajo de Mark Waid y Leinil Francis³⁷—guionista y dibujante respectivamente—, quienes en 2003 actualizaron al personaje y lo reconfiguraron dentro de los cánones de la modernidad.

Este superhéroe se convirtió en el símbolo de la justicia como correlativo de paz y esperanza. Ello explica el fenómeno social que desató en 1992 con la historieta de Dan Jurgens entre otros, *La muerte de Superman*,³⁸ —perder a este superhéroe significaba perder la esperanza de un mundo mejor—. Si bien DC Comics no pensaba mantenerlo muerto por mucho tiempo, fue evidente que ese tiempo debía ser corto, el mundo necesitaba a Superman y lo seguirá haciendo. Con su retorno, se recuperó la esperanza. Este fenómeno ha sido explorado también en versiones fílmicas. Así en “El regreso de Superman”³⁹ al inicio de la cinta se puede ver como Luisa Laine había ganado un Pulitzer por el artículo “Por qué el mundo no necesita a Superman” y como hacia el final resulta evidente su existencia; más recientemente “La liga de la Justicia”⁴⁰ inicia su trama a partir de la muerte de Superman, hecho que ocurrió al finalizar la película anterior “Batman versus Superman: El origen de la Justicia”,⁴¹ siendo la tónica la misma, su muerte representa la pérdida de la esperanza, pero con su inspiración otros superhéroes se unen para evocar su espíritu y continuar su obra, aunque ello no evita que al igual que en la historieta vuelva de entre los muertos.

Para demostrar lo terrible que sería que un ser tan poderoso perdiese el control y cambiase su código de ética, en un universo paralelo, originalmente en formato de videojuego y luego en historieta *Injustice: Dioses entre nosotros*⁴² explora el lado oscuro del personaje. Cuando el Guazón mata a Luisa Laine, quien estaba embarazada, esto quiebra el espíritu de Superman quién toma el control del mundo, mata a otros superhéroes que se oponen a él, y Batman se convierte en el líder de la rebelión, la motivación de el protagonista sería descrita bajo la afirmación de que “el mundo

³⁷ Mark Waid y Leinil Francis, *Superman: Birthright* n.o1-12 (Nueva York: DC Comics, 2003).

³⁸ Dan Jurgens, Roger Stern, Louise Simonson y Jerry Ordway, *La muerte de Superman* (Nueva York: DC Comics, 1992).

³⁹ Bryan Singer, *El regreso de Superman*, (EE.UU.: Warner Bros. Pictures, 2016), DVD.

⁴⁰ Zack Snyder, *La liga de la Justicia*, (EE.UU.: Warner Bros. Pictures, 2017), DVD.

⁴¹ Zack Snyder, *Batman versus Superman: El origen de la Justicia*, (EE.UU.: Warner Bros. Pictures, 2016).

⁴² Ed Boon, *Injustice: Gods Among Us* (NetherRealm Studios, 2013), videojuego. Disponible para plataformas PlayStation 4, Android, iOS, PlayStation 3, Xbox 360, PlayStation Vita, Wii U y Microsoft Windows.



no te permite ser bueno” haciendo alusión a que la maldad es parte de la naturaleza humana y no puede eliminarse del mundo.

Con similar inspiración pero distintos conceptos de justicia nacieron otros personajes, entre ellos Wonder Woman —también miembro de la trinidad cuyo análisis se dará a continuación—.

Creación del psicólogo William Moulton Marston con ilustraciones de Harry G. Peter. Moulton también es responsable de la creación del polígrafo, casado con la psicóloga, también psicóloga Elizabeth Holloway⁴³, quién creía que las mujeres eran más honestas⁴⁴ y por tanto más confiables que los hombres, por lo que no sorprende que la principal arma de su personaje sea el lazo de la verdad —en evidente relación con su invención—. En ese sentido la justicia para la Mujer Maravilla no puede alcanzarse sin la verdad. Su autor tenía además un concepto de libertad distinto al de los hombres de su época y solía decir:

*Ni siquiera niñas quieren ser mujeres con nuestro arquetipo de feminidad que carece de fuerza y poder. No quieren ser chicas, no quieren que se las vea sensibles, sumisas como buenas mujeres amantes de la paz. Las cualidades fuertes de las mujeres se han convertido en algo despreciable debido a su debilidad. El remedio obvio era crear un personaje femenino con toda la fuerza de Superman además de todo el encanto de una mujer buena y hermosa.*⁴⁵

El personaje nació en diciembre de 1941⁴⁶ y se unió a Estados Unidos durante la segunda guerra mundial, época de gloria para el personaje, el mismo que perdió fuerza y fue criticado por movimientos religiosos, pues una vez terminada la guerra, las mujeres americanas debían volver al hogar y encargarse de la familia, pues los hombres habían regresado de la batalla para trabajar y ser los proveedores del hogar. No estaba bien visto ver a una mujer hacer cosas de hombres y por lo tanto no estaba bien, ver a una superheroína haciendo cosas que podían hacer los superhéroes, de ahí que su personaje haya llegado ser incluido en la Liga de Justicia como secretaria de los demás superhéroes. Sin embargo, la fuerza de su personaje sobrepasó las críticas y actuaciones machistas y logró liberarse de las cadenas de la opresión de género, convirtiéndose en un símbolo de igualdad que se ha fortalecido en nuestro tiempo.

⁴³ Abogada y psicóloga, es reconocida junto con su esposo por su investigación analizando la presión arterial sistólica como indicador de la alteración del comportamiento ante la verdad o la mentira, por cuanto en castellano no existe suficiente bibliografía se recomienda: Lamb, Marguerite, Who Was Wonder Woman? Long-Ago LAW Alumna Elizabeth Marston Was the Muse Who Gave Us a Superheroine, Boston University Alumni Magazine, Fall 2001.

⁴⁴ Aunque sus relaciones poliamorosas han sido objeto de críticas, las mismas no trasladan a la construcción psicológica y mitológica de Wonder Woman, pues hace de este personaje uno de los más sólidos desde las bases, lo que le ha valido tener la estabilidad suficiente para que al igual que Superman pueda mantenerse en el tiempo.

⁴⁵ William Moulton Marston, “Who was Wonder Woman”, en The American Schollar (1943). Sin más datos.

⁴⁶ William Moulton Marston y Harry G. Peter, All Star Comics n.º 8 (Nueva York: DC Comics, 1941). Diciembre.

Ilustración 2. Portada: *Introducing Wonder Woman*



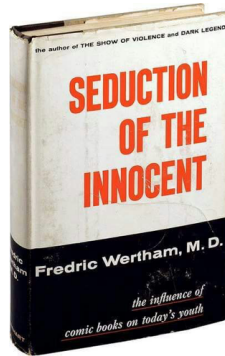
Fuente: *All Start Comics* n° 8.

Elaboración: *William Moulton Marston* (writer) y *Harry G. Peter* (artist).

Con la aprobación del Código del Cómic, una ley que regulaba el contenido de los cómics norteamericanos. Algunos de nuestros grandes superhéroes perdieron fuerza y fueron acallados, pues el código aprobado en 1954 como resultado de los debates políticos y la presión de ciertos grupos sociales opositores del cómic, dentro de los cuales destacó Fredic Wertham autor del libro “La seducción de la inocencia”⁴⁷ que consideraba al cómic como una manifestación de violencia que influenciaba conductas agresivas de los jóvenes lectores, terminó con la época de oro del cómic de superhéroes.

La publicación del libro coincidió con una investigación del Congreso de los Estados Unidos sobre delincuencia juvenil, cuyo resultado fue la aprobación de código que regulaba contenidos, prohibiendo violencia en forma gráfica y escrita, y que conminaba las editoriales a autocensurarse, pues solamente se podrían publicar las historietas que recibieran aprobación, y Wonder Woman fue una de las más afectadas.

⁴⁷ Fredic Wertham, *La seducción de la inocencia*, (Washington: Rinehart and Company, 1954).

Ilustración 3. Portada: *Seduction of the Innocent*

Fuente en la que se encuentra alojada la imagen:

https://aminoapps.com/c/comics-es/page/blog/la-seducion-de-los-inocentes-comic-code-authority/606u_zuWpPI7D8RVOPiRwJ1xL4VgkRd

Elaboración: Fredric Wertham, M. D.

Wonder Woman como lo habíamos mencionado tiene como su principal arma, el lazo de la verdad, que tiene dos efectos en sus enemigos: el primero es de obligar a decir la verdad; y el segundo incidir en la voluntad de quien está siendo sujetado por aquel. Esto tiene dos interpretaciones posibles: en la primera Wonder Woman puede obtener la verdad además ejercer poder y control en el sujeto, desde el punto de vista psicológico, si se tratase siempre de un hombre podría decirse que se trata de una manifestación social de la necesidad de cambiar los roles de hombres y mujeres; en la segunda interpretación Wonder Woman puede obtener la verdad y hacer cambiar de opinión a los villanos, para que abandonen el mal y hagan el bien.

De entre las dos interpretaciones, ambas válidas, yo me inclino por la segunda. En primer lugar, por cuanto las historias de Wonder Woman incluyen villanos de ambos géneros —siendo muy apreciadas por el público femenino—; por ello el lazo ha sido utilizado equitativamente por Wonder Woman; y en segundo lugar por cuanto, Wonder Woman si bien ha sido un símbolo para algunos grupos feministas, también ha sido criticada por otros, y esto se debe a que el personaje no nació con una agenda feminista, nació como una mujer inteligente, libre, cuya misión era curar al mundo de su males con valor adicional al de la verdad, conocido como el poder del amor.

Sí, el poder del amor, pero cuidado no se vaya a mal interpretar a Wonder Woman, no se trata pues de un amor romántico, se trata del amor por la humanidad, amor por la creación en sí misma, no olvidemos que Diana Prince es hija de Hipólita la reina de las Amazonas, quien le pidió a los dioses, que le den descendencia. Hipólita oró y con sus manos le dio forma de un bebe a la arena húmeda y los dioses escucharon su plegaria, le concedieron su deseo y le dieron vida. En ese sentido su existencia representa tanto el amor tanto de Hipólita por la vida en si misma trasladado

hacia su hija, como de los dioses por la humanidad.

Pero la vida de Wonder Woman no se concedió sin un costo; los dioses le concedieron mucha fuerza, igual o incluso superior a Superman. Al igual que él puede volar y tiene una misión. Si bien ha tenido varios escritores que han ido cambiando la historia de sus orígenes, lo esencial no ha sido cambiado, Wonder Woman debe proteger a la humanidad de los grandes males a través del poder del amor en el sentido ya descrito, con la verdad por delante.

En ese sentido, el concepto de justicia de Wonder Woman está inspirado en el sentimiento más noble de la humanidad, como lo es el amor entendido en su sentido general, de ahí que dar a cada cual lo que es suyo significa dar y recibir amor por igual; y para poder hacerlo, es decir —equitativamente—, la verdad es indispensable. Esto desde el punto de vista de la historieta puede que no se más que un buen guion, lo suficientemente atractivo para atraer al público, sin ser meloso y bajo ninguna circunstancia un producto solo para niñas. Wonder Woman es de hecho un personaje que gusta a lectores de todos los géneros. Sus historias son atractivas porque abordan multiplicidad de temáticas con soluciones basadas en la honestidad, no como manifestación de una ética, que bien podría en otras historietas considerarse un tipo de adoctrinamiento, sino como un componente indispensable de la justicia.

Esto desde el punto de vista jurídico tiene pleno asidero, los sistemas judiciales propenden, o al menos deberían —en una situación ideal—, a garantizar que las resoluciones judiciales se basen en la verdad. De ahí que incorpore mecanismos como los punitivos en caso de declaraciones falsas bajo juramento, el mismo que se toma para obtener la verdad y nada más que la verdad, en algunos casos inclusive con la mano sobre escrituras sagradas como si se pudiese dar una doble validación a la declaración —no solo es la verdad, es una verdad conocida por un dios—. El mismo uso del polígrafo intenta no solo verificar la veracidad de un testimonio en base a sus respuestas biológico-neuronales, se trata de hacerle saber al declarante que de mentir, no podrá ocultarlo, y que aquello de “la verdad os hará libres” tiene especial connotación desde lo jurídico.

Este personaje ha sido llevado tanto a la televisión en una serie interpretada por Linda Carter y también al cine bajo la dirección de Patty Jenkins protagonizada por Gal Gadot.⁴⁸ En esta película se articularon de manera magnífica tanto la gran mayoría de características que tanto su creador como los distintos escritores que le tomaron la posta, le habían dado en su momento, especialmente la forma como articularon la diversa información sobre sus orígenes. En esta película, tal vez la mejor de superhéroes en solitario que se haya filmado en los últimos tiempos, Wonder Woman es una mujer total, opina sobre política, género, ambiente, derechos de los animales entre otros temas, sin alterar la historia, sin incluir en su trama ningún tipo de agenda, lo cual hace de esta cinta un verdadero homenaje a su verdadera esencia.⁴⁹

⁴⁸ Patty Jenkins, *Wonder Woman* (EE.UU. DC Entertainment, 2006), DVD.

⁴⁹ Se han desarrollado muchos estudios sobre este personaje, yo me permito recomendar unos pocos únicamente con la intención de demostrar que es un personaje que permite generar investigación académica seria. En ese sentido ver: Fran-



Cierro este artículo señalando que los superhéroes no son únicamente personajes de ciencia ficción destinados a entretener masas, sus creadores y sus artistas son al igual que los lectores seres humanos, con anhelos y sueños, y también con ideales de justicia. Los personajes seleccionados para este trabajo son tan solo una muestra de grandes historias llenas de humanidad, que pueden ayudarnos a comprender que entiende la sociedad como justicia y que espera del Estado para que la garantice como aquella la concibe y no como el derecho la describe.

Espero haber generado cierta curiosidad en el lector, y que quien lea este artículo quiera releer a este y a cualquier otro superhéroe que conozca e intente encontrar al igual que yo, algo más. De hecho, espero además, haber roto un mito del que hablé, pero sobre el que no argumenté, ese que dice que el cómic no es para mujeres, siendo una la que escribe, prejuicio que creo puede superarse.

Bibliografía

Binder, Otto y Al Plastino. Action Comics n.º 252. New York: DC Comics, 1959.

Ed Boon. Injustice: Gods Among Us. NetherRealm Studios, 2013, videojuego

Caicedo Tapia, Danilo. “Cómic. Una Herramienta Metodológica de la Educación en y para los Derechos Humanos”. Trabajo de grado de master, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

Cano, I. “Cuando Superman no era el chico bueno y combatía desahucios y estafas a accionistas”. ABC Cultura, 18 de abril de 2013.

Cosentino, Ralph. Superman: La historia del Hombre de Acero. S/I: Kraken, 2013.

Charles Beck, Clarence y Bill Parker. Whiz Comics n.o 2. Nueva York: Fwccett Comics, 1939-1953.

Danner Alexander y Dan Mazur. Cómics: Una historia global desde 1968 hasta hoy. Barcelona: Blume, 2014.

Eco, Umberto. Apocalípticos e integrados. Barcelona: Lumen. 1965.

El Comercio. “Radio Quito festeja sus siete décadas”. El Comercio, 18 de agosto de 2010.

Garcés, María Belén. “El Capitán Escudo: la lucha de los símbolos patrios contra los antivalores nacionales”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016.

Gene Gustines, George. “Superman cumple 80 años”. New York Times es, 21 de abril de 2018.

Haaretz y Nirit Anderman. “Supermensches: La historia judía de los superhéroes”. Enlacejudío,

cisco Pérez Fernández, “William Moulton Marston: polígrafos, cómics y psicología de la normalidad”, Revista de historia de la psicología 31, n.o 2-3 (2010): 151-166, <https://www.revistahistoriapsicologia.es/>; Jorge Esteban Ponce Tarré, “La visión de lo femenino en 3 superheroínas de historieta: Wonder Woman, Catwoman y Black Widow”, Razón y palabra: Primera Revista Electrónica en Iberoamérica Especializada en Comunicación, 21, 3-98 (2017): 552-78, <http://revistas.comunicacionudlh.edu.ec/index.php/ryp>. ISSN: 1605-4806. Por último: Eva Sanjuán Iglesia, “Amazonas en el S. XX: Wonder Woman”, Actualización de un mito, Revista MINIUS XII, n° 25 (2004): 25-40, <http://minius.webs.uvigo.es/>.

21 de agosto de 2018, <https://www.enlacejudio.com/2016/01/21/supermensches-la-historia-judia-de-los-superheroes/>.

Jenkins, Patty. Wonder Woman. EE.UU. DC Entertainment, 2006, DVD.

Kane, Bob y Bill Finger. Detective Comics vol. 1, n.o 27. Nueva York: DC Comics 1939.

Lee, Stan y Jack Kirby. Tales of Suspense n.o 39. New York: Marvel Comics, 1963a.

———. The Uncanny X-Men n.o1. New York: Marvel Comics, 1963b.

———. The Avengers n.o1. New York: Marvel Comics, 1963c.

———. The Incredible Hulk n.o 1. New York: Marvel Comics, 1962a.

———. The Fantastic Four n.o 1. New York: Marvel Comics 1962b.

———. Journey Into Mystery n.o 83. New York: Marvel Comics, 1962c.

Lee, Stan y Steve Ditko. Amazing Fantasy n.o 15. New York: Marvel Comics, 1962.

Mena, Juan Carlos. El arte del cómic en Ecuador. Serie Magíster 221. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2019.

Moix, Terenci. Historia social del cómic. Barcelona: Bruguera, 2007.

Moore, Alan y David Lloyd. V de Vendetta. Barcelona: ECC Ediciones, 2013.

Morrison, Grant. Super Gods: Héroe y mitos del cómic. Madrid: Turner, 2012.

Wertham, Fredic. La seducción de la inocencia. Washington: Rinehart and Company, 1954.

William Moulton Marston. "Who was Wonder Woman". En *The American Schollar* (1943).

William Moulton Marston y Harry G. Peter. All Star Comics n.º 8. Nueva York: DC Comics, 1941.

Moulton Marston, William y Sadie Holloway Marston. All Star Comics n.o 8. New York: DC Comics, 1941.

Pérez Fernández, Francisco. "William Moulton Marston: polígrafos, cómics y psicología de la normalidad", *Revista de historia de la psicología* 31, n.o 2-3 (2010): 151-166, <https://www.revistahistoriapsicologia.es/>.

Ponce Tarré, Jorge Esteban. "La visión de lo femenino en 3 superheroínas de historieta: Wonder Woman, Catwoman y Black Widow", *Razón y palabra: Primera Revista Electrónica en Iberoamérica Especializada en Comunicación*, 21, 3-98 (2017): 552-78, <http://revistas.comunicacionudlh.edu.ec/index.php/ryp>.

Radio Quito. "Guerra de los mundos". Radio Quito, 12 de febrero de 1949.

Ramiro Avilés, Miguel Ángel. Derechos, cine, literatura y cómics: Cómo y por qué. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

Real Academia Española. "Cómico". *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2017. <http://dle.rae.es/?id=9vpr4Ha>

Sanjuán Iglesia, Eva. "Amazonas en el S. XX: Wonder Woman", *Actualización de un mito*, *Revista MINIUS XII*, n.º 25 (2004): 25-40, <http://minius.webs.uvigo.es/>.

Siegel, Jerry y Joe Shuster. Superman. Buenos Aires: Biblioteca Clarín de la Historia, 2004.

———. "Superman". En *Action Comics n.º 1*, editado por Vincent A. Sullivan, 1-13. Nueva York: National Allied Publications, 1938a.

———. *Action Comic n.º1*, (Nueva York: National Allied Publications, 1938b).

———. "The Reign of the Superman". *Science fiction: The Advance Guard of Future Civilization*



n.o 3 (1933).

Jurgens, Dan, Roger Stern, Louise Simonson y Jerry Ordway. La muerte de Superman. Nueva York: DC Comics, 1992.

Simon, Joe y Jack Kirby. Captain America Comics n.o 1. New York: Timely Publications, 1941.

Singer, Bryan. El regreso de Superman. EE.UU.: Warner Bros. Pictures, 2016, DVD.

Snyder, Zack. La liga de la Justicia. EE.UU.: Warner Bros. Pictures, 2017, DVD.

———. Batman versus Superman: El origen de la Justicia. EE.UU.: Warner Bros. Pictures, 2016.

Vilches Fuentes, Gerardo. Breve historia del cómic. Madrid: Nowtilus, 2014.

Waid, Mark y Leinil Francis. Superman: Birthright n.o1-12. Nueva York: DC Comics, 2003.

Wells, H. G. The War of the Worlds, CBS Radio, 30 de octubre de 1938.

Yeffeth, Glen ed. The Man from Krypton. S/I: Benbella Books Inc., 2016.

UN ACERCAMIENTO A LAS INSTITUCIONES (NO CLÁSICAS) DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

Autor //

Bernardo García Camino¹

Sumario: I. Introducción / II. Violación grave del voto público / III. Investigación de la violación grave de (garantías individuales) derechos humanos / IV. Destitución del Jefe de Gobierno del Distrito Federal / V. Revisión de constitucionalidad de la materia de una consulta popular / VI. Recurso de Revisión en materia de Seguridad Nacional / VII. Conclusiones / VIII. Bibliografía.

Palabras clave: Procesal constitucional. Derechos humanos. Voto electoral. Consulta popular.

I. Introducción

Pensar en el Derecho Procesal Constitucional es pensar en una rama del derecho de reciente cuño. En él, se reflexiona acerca de los mecanismos que dan vida y vigencia a la constitución política de cada Estado. Podemos ubicarlo en un contexto histórico que combina la creación de instituciones de vigilancia del cumplimiento de la constitución y el desarrollo del derecho procesal.

En México, este reciente despegue del derecho procesal constitucional ha provocado la escritura de muchas obras, desde artículos que lo consideran “ciencia”², una enciclopedia que sirvió de homenaje a las bodas de oro académicas de Héctor Fix Zamudio³ e, incluso, un diccionario específico de la materia⁴. En Iberoamérica se han creado revistas especializadas, asociaciones nacionales o internacionales de la materia y se explotó así una rama del derecho diferente a las tradicionales. Es parte del derecho procesal, pero, por su característica de ser constitucional, se convierte en salvaguarda del estado constitucional de derecho.

El desarrollo teórico data desde el siglo pasado con Fix Zamudio precisamente⁵, pero a partir

¹ Doctor en Derecho, Profesor Investigador, áreas de derecho constitucional, derechos humanos, bioética.

Agradezco los comentarios y sugerencias a la Mtra. Paulina de la Campa y a la Mtra. Claudia Rodríguez Segovia.

² Eduardo Ferrer Mac-Gregor, La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, *Dikaion*, vol. 22, núm. 17, diciembre, 2008, pp. 97-129, Universidad de La Sabana, Colombia, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72011607006>

³ Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores) La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional Estudio en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008.

⁴ Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf> consultado el 20 de julio de 2018.

⁵ Su tesis de licenciatura en derecho se ocupa de este tipo de estudio.



de la reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, en el periodo presidencial de Ernesto Zedillo que modifica el contenido de los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122 y 123

Constitucionales, dando un nuevo rostro y conformación, así como nuevas atribuciones al Poder Judicial Federal. Se generaron, a partir de esa reforma, obras jurídicas especializadas para las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad, que, junto al Juicio de Amparo, son las 3 garantías procesales más analizadas por la doctrina en México.

En esa época se insistió en el tránsito de una Suprema Corte de Justicia de la Nación dedicada a la legalidad a su conversión como Tribunal Constitucional. Indudablemente las atribuciones de la Corte se han incrementado a través de nuevos procedimientos, pero estadísticamente se puede comprobar que dedica más tiempo a resolver juicios de amparo.

A partir de la reforma constitucional de 2011, a las figuras que conforman en su conjunto el derecho procesal constitucional mexicano, se les da la denominación de garantías procesales, es decir, se convierten en los mecanismos que hacen efectivos los derechos sustantivos contenidos en la constitución. La denominación previa a esta reforma consideraba garantías individuales a los derechos subjetivos públicos (derechos humanos) y no había caracterización para los procesos. El ajuste es plausible en la medida en que ningún derecho es tal sin un mecanismo que permita hacerlo exigible, y los procesos garantizan su vigencia.

Un buen ejemplo de lo anterior son los derechos político electorales, que estaban considerados en la Constitución mexicana como parte de los derechos de los ciudadanos; la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Poder Judicial Federal consideraron que los mismos no eran garantías individuales, bajo todo tipo de argumentos, incluido de sede material ya que al no encontrarse incluidos en el capítulo de las garantías individuales no eran susceptibles de protección mediante el juicio de amparo. Existían derechos, pero sin mecanismos de defensa, por ende, su violación quedaba impune. Muestra de la anterior es el contenido de la siguiente tesis:

DERECHOS POLÍTICOS. SU VIOLACIÓN NO ES IMPUGNABLE MEDIANTE EL AMPARO.

Las garantías son de carácter permanente, de ejercicio incondicional y corresponden a todos los habitantes del país, como previene el artículo 1o. de la Constitución Política, en tanto que los derechos políticos se generan de modo ocasional, con la periodicidad electoral, condicionados a los requisitos del artículo 34. El juicio de amparo protege los derechos del hombre, no de los ciudadanos, de acuerdo con los preceptos 103 y 107 constitucionales, y reiteran las condiciones especiales de los derechos políticos, el otorgamiento por el artículo 97 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la facultad de intervenir en la violación del voto público ante la solicitud respectiva. Así como la reforma del artículo 60 constitucional publicada en el Diario Oficial del 6 de diciembre de 1977, al establecer el recurso de reclamación ante el propio Alto Tribunal contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados.⁶

⁶ Época: Séptima Época, Registro: 252412, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente:

A la fecha y a pesar de los avances legislativos, podemos considerar, de alguna forma, que los derechos políticos electorales de los ciudadanos aún se encuentran limitados procesalmente: la única vía para declarar la inconstitucionalidad de leyes electorales es la acción de inconstitucionalidad, garantía procesal que no pueden accionar los ciudadanos, por lo que no hay mecanismo de defensa contra la inconstitucionalidad de las leyes, sólo contra los actos de aplicación. También vale la pena destacar que mediante reforma constitucional se permitió a las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, no aplicar leyes electorales si las consideran inconstitucionales, pero sin que puedan declararlas en ese sentido, limitándose al caso que están resolviendo.⁷

A partir de la reforma constitucional de 2011, las garantías procesales adquieren una nueva dimensión al aparejarse a los derechos humanos en la redacción del párrafo primero del artículo 1º de la Constitución y, por otra parte, de conformidad al artículo 29 constitucional, no hay causa por la cual se puedan restringir incluso en los estados de excepción.⁸

Como se mencionó, desde 1995 se empiezan a realizar cambios profundos en el derecho procesal constitucional mexicano, la incorporación de nuevas figuras, la modificación a las existentes e incluso la eliminación de otras, sin que, necesariamente, se haya incluido o eliminado en los libros de texto que sirven de base para la enseñanza en las Universidades. Mientras que en las reformas constitucionales se agregan o se eliminan, figuras de esta disciplina la dogmática no los incorpora o considera.

Trataré de señalar cuáles son las figuras del derecho procesal constitucional que tienen o han tenido vigencia en México.

Nombre	Artículos	A cargo de	Objeto de protección
Controversia constitucional	105	SCJN	Esferas competenciales y territorio
Acción de inconstitucionalidad (Acción abstracta de constitucionalidad)	105	SCJN	Supremacía
Juicio de amparo	103 y 107	PJF	Derechos Humanos
Juicio de político	110	HCU	Respeto a las instituciones democráticas
Declaración de procedencia	111	CDHCU	Fuero

Semanario Judicial de la Federación, Volumen 109-114, Sexta Parte, Materia(s): Constitucional, Tesis: Página: 63

⁷ Este es el tipo de contenidos extraños en la Constitución mexicana, permite que el Tribunal Electoral no aplique una norma por considerarla inconstitucional, pero tiene “vedado” declarar que dicha norma es inconstitucional.

⁸ Durante la Suspensión de Garantías (Connotación correspondiente a ese momento histórico) de 1942 a 1945 en la II Guerra Mundial, mediante la Ley de Previsiones Generales se suspendió la vigencia del juicio de amparo al establecerse “Artículo 18. – No se dará entrada a ninguna demanda de amparo en que se reclame alguna disposición de las leyes de emergencia o algún acto derivado de las mismas”. La redacción de la Exposición de Motivos es manipuladora y lo vincula directamente a los artículos 14 y 16 constitucionales. Diario Oficial de la Federación 13 de junio de 1942.



Juicio de destitución del jefe de gobierno del DF	122	CSHCU	Gobernabilidad	No reforma
Quejas de violación de derechos humanos	102 apartado B	CNDH, CEDH	Derechos humanos	Si
Revisión de reserva de información	6	SCJN	Seguridad Nacional	Si
Revisión de constitucionalidad de la legislación de emergencia	29	SCJN	Constitucionalidad y supremacía	Si
Revisión de constitucionalidad de las consultas populares	35 fracc. VIII	SCJN	Constitucionalidad de la materia	Si
Investigación de violaciones graves a los derechos humanos	102	CNDH	Derechos humanos	Si* reforma
Investigación de violaciones graves al voto público	97	SCJN	Derechos político electorales	No reforma
Juicios electorales **	99	TEPJF	Derechos político electorales	Si
Resolución de las cuestiones políticas de los poderes de una entidad cuando medie conflicto armado	76 fracción VI	CSHCU	Federalismo y gobernabilidad	Si
Declaratoria de Desaparición de los Poderes de una Entidad Federativa	76 fracción V	CSHCU	Gobernabilidad	Si
Declaratoria General de Inconstitucionalidad	107 fracción II	SCJN	Constitucionalidad y supremacía	Si

Las siglas corresponden a: SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación; PJF Poder Judicial Federal; HCU H Congreso de la Unión; CDHCU Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión; CSHCU Cámara de Senadores del H Congreso de la Unión; CNDH Comisión Nacional de los Derechos Humanos; CEDH Comisiones Estatales de Derechos Humanos; TEPJF Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal.

*Modificado el mediante reforma de 10 de junio de 2011, correspondía a la SCJN y ahora corresponde a la CNDH.

** Son tres tipos de juicios distintos los que conforman las garantías constitucionales para proteger los derechos políticos electorales: El Juicio para la Defensa de los Derechos Político Electorales del Ciudadano, el Juicio de Revisión y el Juicio de Inconformidad.

Expuesto lo anterior, dada las características de este estudio, no profundizaré en aquellas figuras que tienen amplia divulgación o estudio, en cambio presentaré algunas de las de menor análisis doctrinal o difusión.

II. Violación Grave del Voto Público

Una figura del derecho procesal constitucional que históricamente tuvo vigencia en México fue la facultad otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar la violación grave al voto público. Fue incorporada al texto en la constitución de 1917 y a la letra decía:

Podrá también la Suprema Corte de Justicia de la Nación... y nombrará alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designará uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún juez o Magistrado Federal o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal.⁹

Este párrafo no tenía antecedente en la constitución de 1857; fue propuesto en el proyecto enviado por Carranza y en los debates no se discutió en particular, derivado a que los debates se enfocaron a la integración y naturaleza del Poder Judicial Federal, fue un avance respecto a la auto calificación electoral que se hacía en las Cámaras de Diputados y Senadores, ya que, sin desaparecer la anterior, permitía la intervención judicial en temas electorales.

No obstante, su inclusión al texto constitucional, en la época considerada como de partido hegemónico el mismo no tuvo alcance alguno. En la revisión del sistema electrónico del Semanario Judicial de la Federación, de compilación de tesis del Poder Judicial Federal, en la sección de consultas especiales, se encuentran solo 32 tesis referidas a este tipo de procedimientos, lo cual infiere el bajo número de asuntos sometidos a resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1917 a 1988; la primera de ellas establece:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. INVESTIGACIONES AUTORIZADAS POR EL ARTICULO 97, PÁRRAFO III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *El artículo 97 de la Constitución otorga a la Suprema Corte de Justicia la facultad para investigar algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal, únicamente cuando ella así lo juzgue conveniente, o lo pidan el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o el Gobernador de un Estado. Cuando ninguno de los funcionarios o de los poderes mencionados solicitan la investigación, ésta no es obligatoria sino que discrecionalmente la Corte resuelve lo que estima más conveniente para man-*

⁹ Artículo 97 constitucional, párrafo 3º, vigente del 11 de septiembre de 1940 al 10 de junio de 2011.



tener la paz pública. Los particulares no están legitimados en ningún caso para solicitar la investigación a la Suprema Corte, sino que sólo ella puede hacer uso de una atribución de tanta importancia, cuando a su juicio el interés nacional reclame su intervención por la trascendencia de los hechos denunciados y su vinculación con las condiciones que prevalezcan en el país, porque revistan características singulares que puedan afectar las condiciones generales de la Nación. Si en todos los casos y cualesquiera que fueran las circunstancias, la Suprema Corte de Justicia ejercitara estas facultades, se desvirtuarían sus altas funciones constitucionales y se convertiría en un cuerpo político. En todo caso, cuando resuelve la Corte su abstención, no puede alegarse indefensión, porque las leyes establecen otros órganos y diversos recursos ordinarios para conocer y resolver sobre ellas.¹⁰

Cuarenta años después, otra tesis consignada en el mismo sistema señala:

VOTO PÚBLICO, VIOLACIONES AL ARTÍCULO 97, PÁRRAFO CUARTO, CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACIÓN. El párrafo cuarto del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga facultades a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de hechos que constituyen la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso electoral de alguno de los Poderes de la Unión; sin embargo, al emplearse en el texto de esta disposición el adverbio de modo “sólo” es incuestionable que esta expresión constituye una limitación que excluye toda aplicación analógica de este precepto y, por ende, debe estimarse que al no plantearse un caso en el que pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso electoral de alguno de los Poderes de la Unión, la solicitud para que este Alto Tribunal ejerza la facultad que le otorga ese precepto constitucional resulta notoriamente improcedente. Además, tampoco cabe interpretar que el Poder Ejecutivo de las entidades federativas sea uno de los Poderes de la Unión a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 97 constitucional, pues el artículo 41, también de la Constitución Federal, claramente establece una distinción entre los poderes locales y federales, dando a estos últimos la acepción de Poderes de la Unión, lo cual hace inadmisibles concebir bajo este concepto a los Poderes de un Estado. El texto del citado artículo 41 que permite inferir lo anterior es el siguiente: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en los que toca a sus regímenes interiores ...”.¹¹

¹⁰ Época: Sexta Época, Registro: 395157, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Apéndice de 1985, Parte I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 117, Página: 227

¹¹ Época: Séptima Época, Registro: 232132, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 205-216, Primera Parte, Materia(s): Constitucional, Tesis: Página: 126

Una tesis incluida en el Semanario Judicial de la Federación infiere la realización de actos de este tipo, establece:

INVESTIGACIÓN CONFORME AL ARTICULO 97, ULTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. CASO DE LEÓN. PROCEDENCIA DE LA INVESTIGACIÓN. *La denuncia se concretó a los siguientes hechos: I. Actuación indebida e ilegal de las autoridades locales para burlar la voluntad popular fraguando la elección e imponiendo un Ayuntamiento al cual se le dio posesión; II. Intervención de las fuerzas federales para sostener los trabajos impositivistas y reprimir violentamente cualquiera manifestación de inconformidad de los ciudadanos; y, III. Actividad de esas mismas fuerzas que dispararon sobre la multitud, persiguiéndola cuando huía y matando e hiriendo a muchas personas. Conforme al artículo 97 constitucional la Suprema Corte no está obligada a ordenar la investigación a la cual se refiere el precepto, por la simple petición de un ciudadano o de un grupo de ciudadanos, sino cuando lo juzgue conveniente o lo pidan el Ejecutivo Federal, algunas de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún Estado.*

El verdadero papel que en el concierto constitucional tiene la Suprema Corte es político, aunque ejerza también al propio tiempo funciones judiciales, supuesto que éstas presentan un marcado carácter político, porque ellas se resumen, esencialmente, en algo que es de suprema preferencia: mantener incólume la vigencia de la Constitución Federal sobre las demás leyes. Las facultades que le asigna el artículo 97 citado son, asimismo, de orden político constitucional. **La facultad investigadora es diferente de los procedimientos judiciales y la misión de la Suprema Corte tiende a garantizar el voto público, los derechos individuales y las leyes penales federales.** Es una misión pacificadora supuesto que el resultado de la investigación debe establecer las bases de una decisión de naturaleza político judicial que habrá de dictar la autoridad correspondiente. **El constituyente quiso principiar a dar forma judicial a las contiendas electorales para eliminar sus vicios y las violaciones de las garantías individuales o de las leyes penales federales, acudiendo al sólido y sereno prestigio de la autoridad del Poder Judicial de la Federación.** Algunas constituciones sud-americanas han constituido cuerpos encargados de vigilar la pureza del sufragio, y uno o más miembros de la Suprema Corte de Justicia forman parte de ellos. En nuestro país se ha intentado algo semejante lo cual denota una tendencia de intervención de la Suprema Corte en materia electoral de suyo apasionada y que entre nosotros es la tela sobre la que se teje la historia de nuestras disensiones intestinas. **El Alto Tribunal, por razones poderosas, se ha mantenido al margen de las contiendas electorales y conservado su prestigio por encima de los partidos.** Pero los hechos denunciados asumen características totalmente diferentes a las que han ocupado la atención de la Corte anteriormente. En efecto, no se trata de intervenir en una pugna electoral,



porque ella concluyó y funciona una Junta de Administración Local Municipal y no el Ayuntamiento que se dice impuesto; sino de investigar relativamente a la indebida actividad de las fuerzas federales con el dramático resultado de gran número de muertos y heridos, hecho que alteró la paz pública, sembrando la consternación en las familias, despertando un grito general de protesta en la República y que afecta la responsabilidad y prestigio del Ejército. Como la serie de hechos que ocurrieron con motivo de las elecciones se resuelven en violaciones del voto público, de las garantías individuales y en la comisión de algunos delitos penados por la ley federal, la Suprema Corte de Justicia debe intervenir ejercitando las funciones que le encomienda el artículo 97, si lo juzga conveniente, pudiéndose asentar este criterio: cuando con motivo de una función electoral hay derramamiento de sangre por la debida o indebida intervención de la fuerza armada, es llegado el caso de ejercer la facultad de averiguación, porque no implica pronunciamiento en favor de partido o persona, sino el establecimiento de hechos comprobados para las responsabilidades y sanciones que procedan por violaciones a las garantías individuales, al voto público o a la ley penal federal. La conveniencia a la cual se refiere la Constitución es la conveniencia pública proveniente de la existencia de un orden constitucional, de un régimen de derecho y de su conservación. **La intervención de la Suprema Corte se traduce, en suma, en el mantenimiento de la Constitución, alta misión que no puede eludir dicho alto cuerpo.** Por otra parte, el Municipio Libre es la base de la organización del Estado, miembro de la Federación, y el conjunto de los Estados constituye el Pacto Federal. Esto es fundamental en la forma de gobierno que se dio al pueblo en perjuicio de su soberanía. Artículos 39, 40 y 41 constitucionales. Lo dicho respecto a la respetabilidad y prestigio del Ejército Nacional, se funda en los artículos 35, fracción IV, y 89, fracción VI, de la Constitución. Además, el sufragio es la base de la estructura democrática de la República existente por mandato imperativo de la Constitución; y su violación trae consigo la del principio democrático establecido por el artículo 40 de la Carta Magna. **La Suprema Corte, encargada del mantenimiento y vigencia de la Constitución, no puede permanecer ajena a una denuncia de la violación sangrienta del sufragio, porque ésta vulnera la democracia y equivale a una violación del Pacto Fundamental.** El dictamen del señor Ministro Medina, aprobado por la Suprema Corte, llegó a esta conclusión: “La Suprema Corte de Justicia considera conveniente ejercer las funciones que le señala el artículo 97 de la Constitución Política de la República para averiguar, por medio de una comisión de su seno, si en los sucesos registrados en León, a que se refiere el telegrama de cuenta, ha habido violación de garantías individuales, al voto público o a la ley federal.”¹²

¹² Época: Quinta Época, Registro: 815145, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Informes, Informe 1946, Materia(s): Constitucional, Tesis: Página: 191. (Las negritas son agregadas).

La transición a la apertura democrática implicó la creación de tribunales especializados en materia electoral, lo que provoca la desaparición de la figura.

III. Investigación de la Violación Grave de (Garantías Individuales) Derechos Humanos

Discutidas en su naturaleza y alcances respecto a si forma parte o no del derecho procesal constitucional, desde 1917 y hasta 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la facultad de investigar la violación grave de garantías individuales.

Establecidas en el tercer párrafo del artículo 97 constitucional permitía que, de forma discrecional o a solicitud del Presidente de la República, las Cámaras del Congreso de la Unión o los Gobernadores de los Estados solicitaran a la Suprema Corte, la investigación de hechos que pudieran ser violatorios de forma grave de las garantías individuales, la cual fue determinada por la propia Corte como una facultad potestativa, es decir, aun a solicitud de los peticionarios podía negarse a realizarla.

Con independencia a la existencia de violaciones graves a las garantías individuales en los últimos 50 años en México (Movimiento estudiantil de 1968, el periodo conocido como la guerra sucia, la reacción del ejército al alzamiento zapatista...) y coincidente con la apertura democrática, es en el periodo del Presidente Ernesto Zedillo (1994-2000) cuando se reinicia el uso de la atribución después de 46 años.¹³

El caso de reapertura es paradigmático, pues no obstante organizaciones de derechos humanos solicitan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación investigue la matanza acaecida en el Vado de Aguas Blancas, Guerrero, la misma se niega de la forma siguiente:

GARANTÍAS INDIVIDUALES, NO HA LUGAR A LA INVESTIGACIÓN DE UNA POSIBLE GRAVE VIOLACIÓN A ELLAS, CUANDO UN ORGANISMO DE LOS PREVISTOS EN EL APARTADO "B" DEL ARTICULO 102 DE LA CONSTITUCIÓN SE HAYA AVOCADO A SU AVERIGUACIÓN Y SE ATIENDAN SUS RECOMENDACIONES.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación estima inoportuno dictaminar sobre la posible violación de garantías individuales, cuando otro organismo de los previstos en el Apartado "B" del artículo 102 de la Carta Magna, facultado para la investigación de los hechos denunciados ha practicado esa averiguación y sus recomendaciones se hayan acatado, o estén en proceso de cumplimiento, pues resulta inconscuo que al aceptarse dichas recomendaciones, las situaciones de hecho que generaron la petición de investigación podrían variar sustancialmente. Por ello, esta Suprema Corte establece que cuando, a petición de parte legitimada

¹³ Suárez Ávila Alberto Abad, "La Investigación de violaciones graves a los derechos humanos en México, antes y después de la reforma constitucional de 2011" en "Historia y Constitución, Homenaje a José Luis Soberanes Fernandez" Miguel Carbo-nell y Oscar Cruz Barney, coordinadores, UNAM-IJ, México, 2015. Destaco el cuadro elaborado por el autor en el que relaciona



*o discrecionalmente de oficio, decrete su intervención para averiguar algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual, tomará las determinaciones conducentes sin importar la denuncia posterior a otros organismos. **Pero cuando previamente a la denuncia ante ella ya se hubiere producido una similar ante los organismos del Apartado “B” del artículo 102 constitucional, y se haya producido o esté por manifestarse una recomendación que se esté cumplimentando o permita cumplimentarlo, produciéndose así un cambio sustancial en las reacciones frente a esa posible grave violación de garantías individuales, para evitar que se produzcan conclusiones contradictorias o contrapuestas, que en nada disuelven la alarma social sino que la agudizan; o bien la duplicación de investigaciones entre dos organismos disímbolos en su naturaleza. Lo anterior no implica que este máximo tribunal desatienda las altas funciones constitucionales que de manera extraordinaria le son conferidas por la Carta Magna, pues deberá de ejercerlas cuando a su prudente juicio el interés nacional así lo reclame, buscando siempre el bienestar común y el respeto irrestricto al estado de derecho.***¹⁴

Una de las discusiones teóricas relacionadas a esta figura del Derecho procesal constitucional, está relacionada a la naturaleza de la medida pues de ella derivan sus consecuencias jurídicas. Al respecto, la Suprema Corte determinó en 1996:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. MARCO LEGAL DE LA INTERVENCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN LA AVERIGUACIÓN DE LA GRAVE VIOLACIÓN DE AQUELLAS.

*El segundo párrafo del artículo 97 constitucional establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún Juez o Magistrado Federal; o algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. De lo anterior se advierte que la averiguación de hechos que puedan constituir grave violación de garantías individuales, **no es una competencia jurisdiccional. Por tanto, este alto tribunal, no conoce, en esos casos, de una acción procesal, ni instruye o substancia un procedimiento jurisdiccional y, por ello, no puede concluir dic-***

las solicitudes efectuadas a la Suprema Corte para la Investigación y sus resultados.

¹⁴ Época: Novena Época, Registro: 200304, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, octubre de 1995, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXXV/95, Página: 102 (Las negritas son añadidas).

tando una sentencia que ponga fin a un litigio. Igualmente, no procura, ante otro tribunal, la debida impartición de justicia y tampoco realiza lo que pudiera denominarse una averiguación previa a la manera penal, pues ello constituiría un traslape de la tarea investigadora con una averiguación ministerial, y además podría originar duplicidad o una extensión de las funciones encomendadas constitucionalmente a las Procuradurías de Justicia. Su misión es: averiguar un hecho o hechos y si tales hechos constituyen violación grave de alguna garantía constitucional. Atendiendo a este fin, y ante la ausencia de reglamentación del ordenamiento en comento, la actuación del máximo tribunal del país se circunscribe únicamente a inquirir la verdad hasta descubrirla, sin sujetarse a un procedimiento judicial.¹⁵

Y en el caso del Vado de Aguas Blancas la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó:

PUNTOS DE ACUERDO:

PRIMERO.- Téngase por recibido el informe que rinden los comisionados de este Tribunal Pleno.

SEGUNDO.- Existió violación grave a las garantías individuales de los gobernados en los acontecimientos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, en “El Vado” de Aguas Blancas, Municipio de Coyuca de Benítez, Estado de Guerrero, y en los posteriores relacionados con los primeros.

TERCERO.- Se **concluye que de dicha violación resultan responsables** los licenciados: Rubén Figueroa Alcocer, gobernador con licencia indefinida; José Rubén Robles Catalán, ex-secretario general de Gobierno; Antonio Alcocer Salazar, ex-procurador general de Justicia; Rodolfo Sotomayor Espino, ex-primer subprocurador de Justicia; Gustavo Olea Godoy, ex-director de la Policía Judicial; Rosendo Armijo de los Santos, ex-subsecretario de Protección y Tránsito; Adrián Vega Cornejo, ex-fiscal especial; y Esteban Mendoza Ramos, ex-director general de Gobernación; todos ellos del Estado de Guerrero.

CUARTO.- Como lo solicita el C. presidente de la República, por conducto del ciudadano secretario de Gobernación, en el segundo punto petitorio de la comunicación de fecha cuatro de marzo del año en curso, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación **sugiere que se tomen por parte de las autoridades competentes, las medidas y las acciones que se deduzcan de las necesarias providencias que**

¹⁵ Época: Novena Época, Registro: 200114, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, junio de 1996, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXXXVII/96, Página: 516 (Las negritas son añadidas)



a continuación se examinan:

A. Notifíquese al presidente de la República, por conducto del secretario de Gobernación, de estos acuerdos, acompañándole una copia certificada de ellos para que esté en posibilidad de tomar las determinaciones que motivaron su solicitud para que interviniera esta Suprema Corte de Justicia, en los términos ordenados por el artículo 97 constitucional.

B. Copia certificada de esta resolución, debe hacerse llegar al **Congreso de la Unión, para su conocimiento y efectos consiguientes.**

C. Igualmente cúrsese una copia al **procurador general de la República, para los efectos de su representación.**

D. También **debe tomar noticia de esta resolución el gobernador en funciones del Estado de Guerrero, el Congreso y el Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, mediante copias de la misma.**

QUINTO.- Por su trascendencia para nuestra sociedad, **póngase a disposición de las autoridades competentes que lo requieran, el material probatorio recabado por los comisionados.**

Publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, ambos de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cúmplase.

Así, lo resolvió el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,...¹⁶

Destaco de la anterior transcripción, mediante el uso de negritas, los verbos utilizados, ya que, aunque el Pleno de la Corte resuelve acordar, sin embargo determina responsables de la violación.

El efecto de lo anterior en la práctica fue la ausencia de responsables, al extremo de que intervino la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en el informe 49/97 dijo:

*54. Por su parte, el Gobierno ha mencionado que la diligencia con que ha actuado el Estado mexicano para realizar una investigación seria se demuestra en el recurso de solicitud ejercido por el Presidente de la República el 4 de marzo de 1996, al Poder Judicial de la Federación, y el cual tuvo como resultado un dictamen judicial cuya conclusión fue la responsabilidad del Gobernador Rubén Figueroa Alcocer. **Agregan que, si no se han ejercido las acciones penales correspondientes, es como consecuencia de decisiones de los órganos competentes, que no han sido recurridas por los peticionarios de conformidad con el artículo 21 de la Constitución.***

¹⁶ Solicitud 3/96. Petición del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la Facultad Prevista en el Párrafo Segundo del Artículo 97 de la Constitución Federal, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=3650&Tipo=2&Tema=0> (las negritas son añadidas).

55. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado al respecto que: *La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.*¹⁷

El concepto de gravedad quedó establecido mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la forma siguiente:

*“..., la grave violación de garantías individuales se actualiza cuando la sociedad no se encuentra en seguridad material, social, política o jurídica, a consecuencia de que: a) Las propias autoridades que deben proteger a la población que gobiernan, son las que producen o propician los actos violentos, pretendiendo en tal forma obtener una respuesta disciplinada, aunque aquéllos sean violatorios de los derechos de las personas y de las instituciones. b) Que frente a un desorden generalizado las autoridades sean omisas, negligentes o impotentes para encauzar las relaciones pacíficas de la comunidad, o bien que sean totalmente indiferentes en obtener el respeto a las garantías individuales.”*¹⁸

En la reforma de 10 de julio de 2011, se trasladó la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, suprimiendo el tercer párrafo del artículo 97 y adicionando un último párrafo al artículo 102, apartado B, el cual quedó de la siguiente forma:

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las Legislaturas de éstas.

¹⁷ Informe N° 49/97, Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondín, “Aguas Blancas” México, 18 de febrero de 1998, Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Mexico11.520.htm> (Las negritas son añadidas).

¹⁸ Época: Novena Época, Registro: 200110, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Junio de 1996, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXXXVI/96, Página: 459.



En los 7 años transcurridos a partir de su nueva atribución, la Comisión Nacional de Derechos Humanos no la ha ejercido, a pesar de la existencia de asuntos que pudieran encuadrar en los mismos, tales como la desaparición de estudiantes de Ayotzinapa, en Iguala, Guerrero, acaecida en septiembre de 2014.

IV. Destitución del Jefe de Gobierno del Distrito Federal

La existencia de un Distrito Federal debiera ser premisa en el federalismo, una demarcación territorial en la cual se asienten los poderes de la unión y que esté bajo su guarda y administración es natural. Raúl Contreras Bustamante explicó las características del Distrito Federal posterior a la reforma de 1996, obra en la que desprende características históricas y políticas especiales al Distrito Federal Mexicano.¹⁹

La reforma del año 2016 transformó y desnaturalizó la estructura federal al considerarlo “entidad federativa” (ya lo era) y quitarle el vínculo con la federación, llamándole incluso necesidad de autonomía y sin ser un estado de la federación, cuenta ya con una constitución política local (impugnada por inconstitucional y aun pendiente de resolverse), lo que no es objeto de este estudio.

La Destitución del Jefe de Gobierno del Distrito Federal fue agregada en las reformas al artículo 122 constitucional publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de 1993.

Como consecuencia de lo anterior, como protección al federalismo y a la subordinación que suponía el hecho de que el Distrito Federal fuera la sede de los poderes de la unión, se estableció la posibilidad de remover al titular de su poder ejecutivo en los términos siguientes:

ARTÍCULO 122. F. La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, o en sus recesos, la Comisión Permanente, podrá remover al Jefe de Gobierno del Distrito Federal por causas graves que afecten las relaciones con los Poderes de la Unión o el orden público en el Distrito Federal. La solicitud de remoción deberá ser presentada por la mitad de los miembros de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso.

El apartado anterior encontraba relación en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual establecía:

ARTÍCULO 28. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Presidente de la República o la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, harán del conocimiento de la Cámara de Senadores o, en su caso, de la Comisión Permanente del

¹⁹ Contreras Bustamante, Raúl, La Ciudad de México como Distrito Federal y como Entidad Federativa, México, Porrúa, 2001.

Congreso de la Unión, la presunta existencia de causas graves que afecten sus relaciones con el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o el orden público en el mismo, para efectos de la remoción a que se refiere el artículo anterior.

También se encontraba concordancia y detalle en el Reglamento de la Cámara de Senadores para su ejecución.

No está referenciada esta figura en las obras mexicanas relacionadas al derecho procesal constitucional. La considero por la similitud al juicio político, siendo ambas un sistema de remoción de funcionarios públicos por causas específicas, ante el Senado, que, bajo la noción del federalismo, es el garante del equilibrio de las entidades federativas.

No obstante, el tiempo transcurrido en el que estuvo vigente el artículo y que en la práctica (los sexenios de 2000 a 2006 y de 2006 a 2012 fueron marcados por los desencuentros entre el Presidente de la República y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal) encontraba posibilidad de iniciar el proceso de remoción, al ser un tipo de control de carácter político y de oportunidad, nunca se aplicó.

Como se mencionó, esta figura quedó derogada en la reforma al artículo 122 del año 2016.

V. Revisión de Constitucionalidad de la Materia de una Consulta Popular

Después de la etapa del Partido Hegemónico, ya en el periodo de la apertura democrática se inicia la transición y aplicación de nuevas instituciones, en este caso de democracia directa, pues se carecía de ellos y provocaba críticas o cuestionamientos al sistema mexicano.

En fecha 09 de agosto de 2012, se publican en el Diario Oficial de la Federación las reformas al artículo 35 constitucional para establecer el mecanismo de consulta popular, en el se puede englobar lo que la doctrina ha considerado referéndum o plebiscito.

He criticado previamente que la instauración normativa de instituciones en México, no necesariamente se hace con la intención de que funcione, pero sí de poder decir que existe, presumirnos como un sistema completo y al día nos agrada, aunque no digamos o reconozcamos que y por qué no funciona.²⁰ A veces se exceden los requisitos para que realmente aplique o se limitan sus efectos.

Al caso de la Consulta Popular mexicana le aquejan ambos padecimientos. Para ser iniciada por la población requiere el equivalente al 2% del total del padrón electoral, lo cual equivale a más de 1'750,000 mexicanos, y es el porcentaje que en algún tiempo se requería para formar un partido político, número muy difícil de alcanzar. Comparativamente hablando, sólo 2 ciudadanos alcanzaron el umbral del 1% de la lista nominal de electores para poder ser candidatos indepen-

²⁰ García Camino, Bernardo, La Constitución Trucada, Ciencia@uaq, enero de 2015, disponible en https://www.uaq.mx/investigacion/revista_ciencia@uaq/ArchivosPDF/v7-n1/09Articulo.pdf



dientes a la elección de Presidente de la República en 2018 (ambos tuvieron militancia previa de más de 20 años en partidos políticos).

Como segunda causa para no funcionar, los temas a consultar al gobierno están limitados desde la misma Constitución, la cual a la letra dice:

3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta.

Lo anterior implica que los asuntos de real interés de la población no puedan ser consultados al Gobierno y equivale a que, a un joven, por un lado, sus padres le pidan que les tenga confianza y les pregunte lo que quiera, pero que en los temas no se incluya el sexo, las drogas o el alcohol, siendo que serán los temas, para él en esa etapa, importantes. Por otra parte, los enunciados son tan generales, que cualquier asunto puede ser considerado ingreso o gasto del Estado.

No siendo suficiente lo anterior, la Ley Federal de Consulta Popular, reglamentaria de la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, agregó el carácter de trascendencia nacional, definiendo en la misma ley, en su artículo sexto:

Se entiende que existe trascendencia nacional en el tema propuesto para una consulta popular cuando contenga elementos tales como:

- I. Que repercutan en la mayor parte del territorio nacional, y
- II. Que impacten en una parte significativa de la población.

Lo anterior está sujeto a la calificación de las Cámaras legislativas cuando la consulta sea presentada por las autoridades y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando el tema sea propuesto por los ciudadanos.

Victor Ferreres Comella²¹ discute las ventajas o desventajas de la “*Constitución de detalle*”, que reducen o amplían la discreción judicial; la Suprema Corte de Justicia de la Nación habrá de discutir la trascendencia usando dos referentes contenidos en la norma que no son limitantes ni exhaustivos, por ende, será discrecional.

En el análisis de lo anterior es en donde se dio participación a la Suprema Corte de Justicia de

²¹ Ferreres Comella, Víctor “Justicia Constitucional y Democracia” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

la Nación, con una nueva facultad a la que denominó “Revisión de Constitucionalidad de la Materia de una Consulta Popular Convocada por el Congreso de la Unión”.

Entre la expedición de la Ley Federal de Consulta Popular, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de marzo del 2014 y la actualidad, se han sometido a revisión 4 asuntos.²²

Número	Materia de consulta	Resultado	Causa
1/204	Martí Batres Guadarrama, representante común de diversos ciudadanos.	Inconstitucional	Relación con ingresos y gastos del estado.
2/204	Gustavo Enrique Madero Muñoz y diversos ciudadanos.	Inconstitucional	Relación con ingresos y gastos del estado. (Mayoría, con votos en contra y concurrentes por otras causas)
3/204	José de Jesús Zambrano Grijalva y diversos ciudadanos	Inconstitucional	Relación con ingresos y gastos del estado.
4/204	Sadot Sánchez Carreño y diversos ciudadanos.	Inconstitucional	Sistema electoral

Cabe mencionar que las 4 peticiones de Consulta Popular las efectuaron ciudadanos identificados con Partidos Políticos (MORENA, Partido Acción Nacional, Partido de la Revolución Democrática y Partido Revolucionario Institucional, respectivamente) seguramente, por las fechas en que se realizó, para abanderar sus campañas políticas en 2015. Indudablemente la estructura partidista y la organización de los mismos les permitió acceder a los votos que requerían.

En el voto concurrente formulado en la resolución de la Revisión 1/2014, la Ministra Olga Sánchez Cordero, en un apartado denominado “precisión Metodológica” propone que la función de la Suprema Corte - cuando la petición provenga de los ciudadanos - sea la siguiente:

- a) Identificar cuál es el objeto de la consulta, es decir, en el ámbito legislativo, cuál es la norma que se propone emitir o, en su caso, qué modificación se propone hacer a una existente; y en el ámbito ejecutivo, qué política pública se propone implementar o modificar.
- b) Examinar si la materia de la consulta popular, se ubica en los supuestos que la Constitución Federal señala que no podrán ser objeto de la misma; en este

²² Tabla elaborada con datos obtenidos de: <http://www.2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=0&Anio=0&TipoAsunto=93&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0> consultados el 20 de julio de 2018.



sentido, de actualizarse cualquiera de esos supuestos, la consulta se declarará inconstitucional; y

c) Calificar la trascendencia nacional del tema propuesto. De igual manera, si no se actualiza este supuesto, la solicitud de consulta será inconstitucional.

Para el caso que la consulta supere el anterior examen, de conformidad con la fracción IV del artículo 28 de la Ley Federal de Consulta Popular, este Tribunal Pleno deberá revisar que la pregunta que se proponga para la consulta esté formulada en los términos que la propia Constitución establece; y en caso contrario, deberá realizar las modificaciones necesarias para que la pregunta sea congruente con ella.

Asimismo, se deberá revisar que la redacción de la pregunta satisfaga los requisitos que la fracción III del artículo 21 de la Ley Reglamentaria exige, esto es:

- a) Que no sea tendenciosa o contenga juicios de valor;
- b) Que no emplee lenguaje neutro, sencillo y comprensible; y
- c) Que produzca una respuesta categórica en sentido positivo o negativo.²³

Considero que la ausencia de cultura cívica y la poca participación ciudadana, el hartazgo de las cuestiones políticas, dificultarán que en las condiciones actuales se den más procesos de consulta popular.

VI. Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional

En la Presidencia de Vicente Fox (2000-2006) se desarrolló el derecho a la información, causando impactos en los ámbitos constitucional, legislativo e institucional.

Se crea, primero como organismo descentralizado y después como Órgano Constitucional Autónomo al Instituto Federal de Acceso a la Información, después Instituto Nacional de Acceso a la Información, el cual queda a cargo de garantizar el acceso a la información pública y proteger también la información de los particulares en mano de instituciones públicas y privadas.

En el proceso de acceso a la información, la legislación no establecía medio de impugnación alguno en contra de las resoluciones de la autoridad, las cuales no siempre contaban con razones jurídicas. No obstante, en vía administrativa los sujetos obligados comenzaron a pedir la nulidad de las determinaciones.

A partir de la reforma al artículo 6º constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federa-

²³ Voto Concurrente. Revisión de la Constitucionalidad de la Materia de la Consulta Popular 1/2014. Ministra Olga Sánchez Cordero De García Villegas. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=172628> consultado el 20 de julio de 2018.

ción el 7 de febrero de 2014, se incluyó el siguiente párrafo:

Las resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. El Consejero Jurídico del Gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que establezca la ley, sólo en el caso que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia.

La revisión que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a petición del Consejero Jurídico, es una institución del derecho procesal constitucional. Opera solo en un sentido, no procede cuando el Instituto Nacional de Acceso a la Información niega la información al solicitante, sólo cuando la concede y se considera que hay riesgo para la seguridad nacional.

A la fecha, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto 4 asuntos, que se resumen de la forma siguiente:²⁴

Número	Información solicitada	Resultado	Causa
1/2015	Solicito al Estado Mayor Presidencial los itinerarios y planes de vuelo de toda la flota aérea a disposición de la Presidencia de la República durante el periodo de julio, agosto, septiembre y octubre de este 2014. También el número y nombres de la tripulación y pasajeros.	Se revoca la decisión del INAI de entregar la información, por ende, se reserva.	Revelar la información causaría el establecimiento de patrones de vuelo, poniendo en riesgo a las autoridades federales.
1/2016	“Se solicita que responda a las siguientes preguntas: a) ¿Cuántas solicitudes de intervención de comunicaciones privadas realizó a la autoridad judicial federal en el año 2014? b) ¿Cuántas solicitudes de intervención de comunicaciones privadas solicitadas a la autoridad judicial federal en el año 2014 fueron autorizadas y cuantas rechazadas? c) ¿Bajo qué fundamentos legales ha solicitado a una autoridad judicial federal la autorización para llevar a cabo	Es procedente pero infundado el presente recurso de revisión en materia de seguridad nacional. Se confirma el sentido de la resolución del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.	La información estadística al ser revelada no pone en riesgo la seguridad nacional.

²⁴ Tabla elaborada con los datos obtenidos de: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=0&Anio=0&TipoAsunto=102&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0> consultado el 20 de julio de 2018.



<p>una intervención de comunicaciones privadas en el año 2014? d) ¿Cuántas personas o dispositivos fueron intervenidos en sus comunicaciones privadas por parte de esta dependencia en el año 2014? e) ¿En cuántas ocasiones esta dependencia ha llevado a cabo la intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial federal en el año 2014? ¿Bajo qué fundamento legal?”</p>		
<p>Solicito Rutas, el lugar de origen y destino y las horas de llegada y de salida, de todos los aviones y helicópteros pertenecientes al Estado Mayor Presidencial.</p>	<p>Se revoca la decisión del INAI de entregar la información, por ende, se reserva.</p>	<p>Revelar la información causaría el establecimiento de patrones de vuelo, poniendo en riesgo a las autoridades federales.</p>
<p>Solicito copia de la bitácora de los vuelos de los siguientes aviones de la flota aérea presidencial, con las siguientes matrículas: XC-UJN; XC-UJO; XC-IPP; XC-UJP; XC-UTA; XC-IMF. Desde el primero de enero del 2011 hasta el momento de recibir esta solicitud. ¿Cuáles han sido las ciudades de origen y de destino, en México y en el extranjero? Así como la lista de pasajeros de cada vuelo.</p>	<p>Se revoca la decisión del INAI de entregar la información, por ende, se reserva.</p>	

Cabe señalar que existe la referencia y lo procedente es acudir a la ley de la materia a verificar qué se considera asunto de seguridad nacional. En cada una de las resoluciones, los Ministros han manifestado su desacuerdo en la forma en que se maneja el recurso, expresando votos particulares, los cuales también están disponibles a su estudio. Destaco lo que el Ministro Arturo Saldivar Lelo de Larrea manifiesta en su voto particular al asunto 2/2017:

“...a esta Suprema Corte le corresponde determinar en sede constitucional si en el caso concreto fue adecuado el balance realizado por el INAI entre el derecho a la información y la seguridad nacional que le permitió llegar a la conclusión de que se debía entregar determinada información”.

VII. Conclusiones

El derecho procesal constitucional mexicano se encuentra en constante movimiento, las reformas constitucionales, comunes en México, provocan la inclusión, modificación o eliminación de figuras de esta índole.

La Doctrina mexicana se ha ocupado del estudio de aquellas más comunes, dejando sin análisis las de creación más reciente.

El desarrollo teórico de las mismas, su socialización y sobretodo, puesta en práctica, robustecerán el estado constitucional de derecho en México.

VIII. Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Contreras Bustamante, Raúl, La Ciudad de México como Distrito Federal y como Entidad Federativa, México, Porrúa, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 49/97, Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondin, “Aguas Blancas” México, 18 de febrero de 1998.

Diario Oficial de la Federación

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Dikaion, vol. 22, núm. 17, diciembre, 2008, pp. 97-129, Universidad de La Sabana, Colombia

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coordinadores) La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional Estudio en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Fabiola Martínez Ramírez, Giovanni A. Figueroa Mejía, Coordinadores, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, UNAM IJ, México, 2014

Ferreres Comella, Víctor Justicia Constitucional y Democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

García Camino, Bernardo y Javier Rascado Perez, La Revisión Constitucional de la Legislación de los Estados de Excepción: Una Nueva Figura en el Derecho Procesal Constitucional Mexicano. Estudios constitucionales, vol.11, n.2 Universidad de Talca, Chile, 2013.

García Camino, Bernardo, La Constitución Trucada, Ciencia@uaq, enero de 2015

Schmitt, Carl, y Hans Kelsen. La polémica schmitt-kelsen / the Controversy Schmitt-Kelsen: ¿La defensa de la Constitución versus ...Quien debe ser el defensor de la Constitución? (Clásicos Del Pensamiento). Tecnos Editorial S a, 2009.

Semanario Judicial de la Federación

Suárez Ávila, Alberto Abad, La Investigación de violaciones graves a los derechos humanos en México, antes y después de la reforma constitucional de 2011 en “Historia y Constitución, Homenaje a José Luis Soberanes Fernandez” Miguel Carbonell y Oscar Cruz Barney, coordinadores, UNAM-IJ, México, 2015.



EL DERECHO URBANÍSTICO Y SU ESTRECHO VÍNCULO CON OTROS DERECHOS HUMANOS

Autor//

Francisco Javier Coquis Velasco*

Sumario: I.- Antecedentes del derecho urbanístico y su relación con el medio ambiente / II.- Planeación de los asentamientos humanos / III.- Derecho a la Ciudad / IV.- Derecho a la Vivienda / V.- Derecho a la Movilidad.

I. Antecedentes del Derecho Urbanístico y su Relación con el Medio Ambiente

En este trabajo, analizamos el derecho urbanístico y la relación que existe con otros derechos humanos y su regulación en diversos ámbitos como el de la propiedad, la vivienda o el propio derecho a la ciudad que todo sujeto debe tener garantizado.

Según la ONU, a nivel mundial, podemos decir que “en 1900, una de cada 10 personas vivía en ciudades. Actualmente, casi 3,000 millones de personas, o sea, casi la mitad de la humanidad, reside en centros urbanos, y ya contamos con 23 grandes ciudades, 18 de ellas pertenecientes al mundo en desarrollo, con más de 10 millones de habitantes”.¹

Una de las consecuencias de este rápido incremento de la población urbana es que millones de pobres de todo el mundo viven hacinados en barrios marginados y en asentamientos ilegales, en condiciones de vida por debajo de los niveles mínimos necesarios para garantizar la salud de las familias y comunidades.

Desafortunadamente, en nuestro país muchas de las ciudades reúnen dichas características, lo que se traduce en una situación desfavorable para la población que vive en condiciones de vulnerabilidad y tiene una mala calidad de vida, lo que atenta su propia dignidad humana.

El tema ha sido preocupante a nivel global, por lo que en 1978 se creó el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH o Hábitat), con el encargo de coordinar, desde la ONU, las actividades relativas a los asentamientos humanos.

Fundamentalmente, las actividades u operaciones de Hábitat consisten en promover el acceso

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro en Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública, Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor de la Facultad de Derecho tanto de la licenciatura como del Posgrado y Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Naciones Unidas, Asentamientos Humanos, Centro de Información para México, Cuba y República Dominicana, 2000, disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/asentamientos/asentamientos.htm>.

universal a la vivienda, mejorar la gestión pública urbana, mejorar el entorno de vida y gestionar la mitigación de los desastres y la rehabilitación posterior a los conflictos de los asentamientos humanos.

También podemos decir que el CNUAH es un órgano de gran trascendencia ya que promueve el desarrollo de asentamientos humanos sustentables mediante la elaboración de políticas, el fomento de capacidades, la producción de conocimientos y el fortalecimiento de las colaboraciones entre los gobiernos y la sociedad de los diversos países.

Sin duda, el tema de la sustentabilidad de los asentamientos humanos es la base para lograr un buen aprovechamiento de los recursos naturales que dan sustento a los núcleos de población y que les permiten desarrollarse en entornos saludables, por lo que es fundamental preservarlos.

Dentro de las actividades que desarrolla el citado órgano internacional, podemos ver la cooperación técnica con programas gubernamentales, investigaciones, reuniones de expertos, cursos prácticos y seminarios de capacitación, políticas y programas nacionales e internacionales de asentamientos humanos, planificación urbana y regional, construcción de viviendas y establecimiento de infraestructura en los medios rurales y urbanos, técnicas de construcción a bajo costo y métodos para el abastecimiento de agua, entre otros.

En la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), celebrada en Estambul, Turquía, en 1996, se acordó el Programa de Hábitat, como un plan de acción mundial, en el que los gobiernos se comprometieron a crear viviendas adecuadas al desarrollo urbano sostenible que se buscaba.

Por lo anterior a Hábitat lo podemos considerar como el centro de coordinación para la ejecución del Programa, encargado del progreso de su ejecución a nivel internacional, regional, nacional y local, además de realizar la supervisión de las tendencias y condiciones mundiales referentes a este tema.²

La realidad que se vive hoy en día fue referida por Josefina Vázquez Mota, en su momento, Secretaria de Desarrollo Social de nuestro país, al señalar que desafortunadamente en la actualidad la mayor parte de los asentamientos irregulares son cinturones de miseria, vecindarios de bajos ingresos, muy frecuentes en el panorama de los países en desarrollo en donde cerca de 835 millones de habitantes de estos países, viven en pobreza y se considera que serán 950 millones para el año 2025. En América Latina y el Caribe el número de pobres sigue aumentando; y más del 35% de la población de esta región, cerca de 177 millones de personas, vive en pobreza extrema.³

Debemos estar conscientes de que en cualquier país los retos de la urbanización requieren una

² Idem.

³ Sesión extraordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el Examen y Evaluación Generales de la Aplicación de los Resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (HABITAT II), Discurso de Josefina Vázquez Mota, Secretaria de Desarrollo Social, Nueva York, Asamblea General de Naciones Unidas, 6 de junio del 2001, disponible en: <http://www.un.org/ga/habitat/statements/docs/mexicoS.html>.



visión de conjunto del desarrollo que involucre aspectos sociales, económicos, políticos y ambientales como mínimo. Así, el Programa Hábitat tiene el reto de reconocer nuevos modelos de urbanización para las ciudades en desarrollo y fomentar que el estudio del impacto de este crecimiento urbano mantenga un estrecho vínculo con los retos ambientales, sociales y económicos.

En tal sentido, basándonos en la información proporcionada por Hábitat podemos observar cuatro propuestas que consideramos podrían ser de gran importancia para resolver la problemática actual.

Primera, se requiere vincular de manera más estrecha las acciones de medio ambiente y desarrollo urbano tanto en las políticas nacionales, como en las propuestas y los trabajos de los diferentes foros y organismos implicados en estos temas, que consideran ambos aspectos por separado.

Segunda, es indispensable que Hábitat agrupe y considere la problemática común a varios países, como los de la región de América Latina para buscar soluciones a las problemáticas a través de planes de acción regional.

Tercera, ante los cambios que han llevado a una mayor independencia de gestión local en la planeación urbana, se presenta la creciente necesidad de contar con instrumentos de gestión que otorguen una mayor gobernabilidad urbana y vinculen los procesos de descentralización y autonomía local, mediante políticas integrales al interior de las ciudades, de las zonas metropolitanas y de las regiones.

Cuarta, en la planeación y la elaboración de planes y propuestas de desarrollo deben reconocerse los distintos ámbitos donde ocurre el proceso de urbanización y ordenamiento territorial. El regional, en el que diversas ciudades de uno o varios países mantienen relaciones funcionales en un espacio físico amplio. El megalopolitano en el que un conjunto de zonas metropolitanas interactúa en forma cotidiana. El nivel metropolitano en el que más de una autoridad local toma decisiones sobre el futuro de una misma zona o ciudad, los corredores urbanos, ya sean comerciales, industriales, turísticos, y el nivel de centro población.

Para enfrentar exitosamente los impactos del proceso de urbanización, se deben promover programas para el análisis del desarrollo en cada uno de estos contextos urbanos y regionales. Esto con el fin de integrar las áreas de influencia de las ciudades, en su ámbito urbano y rural, como generadoras del desarrollo.⁴ Por tanto, el derecho urbanístico deberá ser el encargado de vincular todas y cada una de estas acciones que deberán instrumentarse en los distintos países y de esta manera estar en posibilidad de lograr los objetivos.

Uno de los temas más relevantes es el de la planeación de los asentamientos humanos y el ordenamiento del territorio que toman especial relevancia en países en desarrollo, donde la pobreza y la falta de recursos económicos generan asentamientos irregulares sujetos a grandes riesgos naturales y medioambientales.

El reporte mundial de desastres menciona que alrededor de 96% de todas las muertes deriva-

⁴ Idem.

das de desastres naturales ocurren en países en vías de desarrollo. Además, el costo económico de los desastres naturales sobre los asentamientos humanos mal planeados es mucho mayor que el de prevenirlos.⁵

Para el caso de México, dadas las características geográficas que presenta el territorio nacional, éste se encuentra expuesto a la ocurrencia de fenómenos naturales, situación que provoca que más de 90 millones de habitantes en el país residan en zonas de riesgo, de los cuales cerca del 70% habitan en zonas urbanas, el 9.5% en zonas semiurbanas y el resto 20.5% lo hace en zonas rurales.⁶

Ello evidencia la desvinculación de la planeación territorial y las políticas para la prevención del riesgo, lo que ha propiciado la expansión de los asentamientos humanos hacia zonas no aptas. Lo anterior, aunado al aumento de fenómenos relacionados con el cambio climático, la problemática en el manejo de las cuencas hidrológicas, el deterioro ambiental, la marginación y la insuficiente cultura de prevención y mitigación, entre otros, conlleva a desastres cada vez más devastadores, tal como los que se han presentado en las últimas décadas.

Reconociendo que los desastres ocasionados por fenómenos naturales afectan, por regla general, a los más pobres, es indispensable profundizar en el tema de ordenamiento territorial y asentamientos humanos y su relación con las trágicas consecuencias de los desastres naturales, así como en la cooperación al interior y entre países.

Así, el desarrollo de las naciones debe ser entendido como un todo armónico que involucra estrategias destinadas a la protección del medio ambiente, al crecimiento económico, y al mejoramiento de los niveles de educación y de las condiciones de vida de toda la población, particularmente de los más necesitados.⁷

En los países en vías de desarrollo, la distribución de la población en el nivel de localidad se ha caracterizado principalmente por los siguientes aspectos:

- a) Un notable incremento en el número de localidades predominantemente urbanas que ha dado lugar a una gran dispersión de población;
- b) Una pérdida relativa de población rural que ha intensificado la concentración urbana;
- c) La consolidación muy reciente de un numeroso conjunto de ciudades intermedias receptoras de población metropolitana y de la actividad manufacturera que han perdido las grandes ciudades, y
- d) El predominio de unas cuantas aglomeraciones metropolitanas que ocupan los primeros lugares del sistema urbano.⁸

⁵ Programa Específico de atención Psicológica en casos de desastre 2001-2006, México, Secretaría de Salud, 2002.

⁶ Acuerdo por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Prevención de Riesgos en los Asentamientos Humanos, para el ejercicio fiscal 2013, México, Diario Oficial de la Federación, 28 de febrero de 2013.

⁷ Sesión extraordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el Examen..., op. cit.

⁸ Idem.



Recordemos que la única manera de generar suelo urbano es a través de la transformación de suelo rural, por tanto, el crecimiento de uno implica el deterioro del otro, esto sin considerar lo más importante que es la urbanización de suelo rural que no es susceptible de urbanización y que trae consecuencias fatales en muchas ocasiones.

Para apreciar de manera más clara las diferencias en la distribución de población en el sistema urbano nacional es necesario distinguir al menos tres tamaños de centros urbanos: ciudades pequeñas (de 15 mil a 99 mil habitantes); ciudades intermedias (de 100 mil a 999 mil habitantes), y ciudades grandes (mayores a un millón de habitantes).⁹

El proceso de desarrollo de los países latinoamericanos se canalizó inicialmente a través de un solo núcleo urbano de crecimiento, la principal ciudad, y fue a partir de 1940 cuando comenzó a diversificación del proceso de urbanización. En las últimas décadas la población urbana se ha triplicado y su elevado ritmo de crecimiento se debió no sólo al aumento de la migración del campo a la ciudad sino también a su incremento natural. Se estima que desde los años 1960-70 se dio un incremento de la población urbana que se estima en un 67% por el crecimiento natural y el 33% por la migración. De esta combinación resulta que la tasa de urbanización, que fue de 5.4% anual, es de las más elevadas del mundo.¹⁰

Es así que a partir de los años setenta, en América Latina los asentamientos de dimensiones pequeñas incrementan su importancia, al grado de que en ese año llegaron a 218 (tres veces más que en 1950) y su población representó 14.4% del total. Para los siguientes 25 años, esos centros urbanos mantuvieron su importancia, y aunque su porcentaje de población disminuyó ligeramente (un punto porcentual), su número aumentó a 373.¹¹

Las ciudades intermedias, particularmente las de mayor tamaño, son cada vez más numerosas. El número de ciudades de 100 mil a menos de un millón de habitantes se incrementó de 32 en 1970 a 101 en 1995; pero la más marcada expansión se dio en los centros intermedios más grandes (entre 500 mil y un millón de habitantes), que pasaron de 2 a 21 en el periodo, recibiendo mucho del impacto de la desconcentración y del acelerado crecimiento de la población urbana. En general, esas ciudades han mostrado una tasa de crecimiento promedio superior a las ciudades mayores de un millón de habitantes.¹²

A decir de Basolss, en los procesos de concentración y crecimiento urbanos han influido numerosos factores, algunos de ellos coinciden con sus similares de carácter mundial y otros son de

⁹ Guillermo Aguilar, Adrián, "Los asentamientos humanos y el cambio climático global", en Martínez, Julia y Fernández, Adrián (coords.), Cambio climático. Una visión desde México, México, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales-Instituto Nacional de Ecología, 2004, p. 269.

¹⁰ Basolss Batalla, Ángel, "Crecimiento e importancia regional de nuestras ciudades", Revista mexicana, de ciencias políticas y sociales, México, Nueva época, año XXVIII, núms. 111-112, enero-junio, 1983, p.25.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

¹² *Idem*.

índole nacional y regional, pero igualmente contribuyen al crecimiento desmedido en gran parte de los núcleos de población, además de las zonas periféricas o metropolitanas que más tarde terminan integrándose a los núcleos centrales.

Asimismo, “el problema de la migración interna no sólo radica en el constante incremento de su volumen, sino en que las corrientes migratorias se dirigen a unas cuantas ciudades. Se estima que, durante el último decenio, más de 50% de toda la migración de países como México, se dirigió a las áreas metropolitanas y otra proporción importante a las ciudades de menor tamaño.”

Es así que la sobrepoblación de los núcleos urbanos y, por ende, la ampliación de las zonas metropolitanas ha provocado hacinamiento, escasez de vivienda, congestionamiento del tránsito de personas, largos tiempos de traslado, inseguridad y carencia de servicios públicos, entre muchos otros problemas. Un ejemplo de estas situaciones lo encontramos en las grandes ciudades, donde las viviendas no se consiguen con facilidad, tienen un alto costo, los sistemas de transporte, como el metro o metrobús, están saturados, la inseguridad tiene índices alarmantes y muchas de sus zonas padecen graves problemas con los servicios públicos, como la dotación de agua, aunado a la concentración de contaminantes en la atmósfera y el inadecuado manejo de residuos.

Bajo este contexto y como parte de la catalogación de los derechos humanos ha surgido en nuestro país, a partir del principio de progresividad, la corriente que propugna por el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales de carácter urbanístico y ambiental, relacionada específicamente con las grandes prerrogativas esenciales con que cuentan los habitantes de asentamientos humanos en centros urbanos y rurales de población. Dicha tendencia se ha fundamentado, entre otros instrumentos internacionales, en: la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹³ el PIDESC,¹⁴ la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad,¹⁵ cuyos contenidos han sido desarrollados por algunos teóricos.¹⁶

Al respecto vale referir de nuevo las reformas a la CPEUM del 10 de junio de 2011, ya que a partir del reconocimiento de la progresividad de los derechos, mediante la expresión clara del principio pro persona como eje rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, cobran especial relevancia los Programas de Desarrollo Urbano y los de Ordenamiento Ecológico, ya que a partir de su interpretación en el caso que resulte aplicable, todas las autoridades del Estado (federal, estatal y municipal) deben favorecer la protección de las personas y sus derechos.¹⁷

¹³ Artículo 25.1 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica [...]”

¹⁴ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuadas [...]”

¹⁵ Se trata de un instrumento de soft law, con carácter orientador.

¹⁶ Borja, Jordi, “Nuevos derechos ciudadanos como respuesta política a los nuevos desafíos del territorio”, en Borja, J., et al., *La ciudadanía europea*, Barcelona, Península, 2000, in extenso.

¹⁷ Cabe mencionar que el Estado de Veracruz es el primero que reconoce expresamente los Derechos Urbanos Fundamentales en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Ley de Desarrollo Urbano, Ordenamiento Territorial y Vivienda para el Estado de Veracruz.



Por otro lado, la concentración de actividades típicas de las ciudades, como las económicas, las de los vehículos y seres humanos que caracteriza a las zonas metropolitanas también provoca un gran impacto en el medio ambiente: las montañas, que contribuyen a la recarga de los acuíferos, y los territorios rurales se transforman en zonas habitacionales o sitios donde se obtienen materiales para la construcción de vivienda, situación que conlleva graves impactos ambientales y daños ecológicos.

Además, debemos considerar que muchas de las zonas urbanizadas lo hacen a partir de que se cambia el uso del suelo, para dar paso a la construcción en sitios que por su naturaleza no es apta para ello: por lo que tenemos desarrollos inmobiliarios en lagunas o humedales desecados, cauces de ríos, o zonas aledañas, así como barrancas y suelo con baja estabilidad mecánica, lo que coloca a las personas que llegan a vivir a esos lugares en un alto grado de vulnerabilidad, poniéndose en riesgo su seguridad, su patrimonio y vida digna.

Cabe señalar que encontramos diversas maneras de llamar a esta rama del Derecho como, por ejemplo, Derecho del urbanismo, de la planificación territorial, de la planeación urbana, de las ciudades, de la ordenación del suelo urbano o de los asentamientos humanos entre otros. Sin embargo el término “Derecho Urbanístico” es el más común y más aceptado tanto en la doctrina nacional como extranjera como se refleja en los conceptos que señalamos.

El Derecho Urbanístico es aquella parte del Derecho Administrativo que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo, haciendo compatible el derecho a la edificación en el cumplimiento de una serie de cargas establecidas en beneficio de la comunidad directamente por la legislación urbanística aplicable o, en su virtud, por el planteamiento urbanístico.¹⁸

Por su parte Rebollo Puig define al Derecho urbanístico como “el sector del ordenamiento que regula los asentamientos de población en el espacio o, más concretamente, los fenómenos de creación, desarrollo y progreso de las ciudades.”¹⁹

Asimismo, según José Francisco Ruiz Massieu (citando a Claude Blumann), el derecho urbanístico está destinado a aportar una cierta racionalidad en el desarrollo de las ciudades, consistente en la organización de la ciudad.

Por último de acuerdo con Eduardo García de Enterría, el Derecho Urbanístico se encuadra en la organización administrativa y la participación ciudadana, los derechos ciudadanos y la incidencia urbanística de la ordenación y el derecho a la propiedad, así como en el régimen financiero de las urbes.²⁰

Como se desprende de lo anterior el fin último del citado derecho, consiste en racionalizar, ordenar y conducir la ciudad, pero sobretodo solucionar sus problemas. Al respecto, afirma Ruiz

¹⁸ Ramírez Sandoval, Georgina, “La Vivienda en México ...”, op. cit., p. 107.

¹⁹ Rebollo Puig, Manuel (coord.), Derecho urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía, Madrid, Iustel, 2007, p. 34.

²⁰ Ruiz Massieu, José Francisco, Derecho urbanístico, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1981, colección Introducción al Derecho Mexicano, p. 16.

Massieu que atrás de esta disciplina se halla un proyecto social, un proyecto ideológico o la llamada justicia urbana, siendo ésta la que da contenido, racionalidad, orden y dirección a la ciudad.²¹

Por lo anterior podemos establecer que el Derecho Urbanístico es una rama del Derecho Administrativo conformada por el sistema de normas jurídicas, así como, el conjunto de principios, que a través de la planeación, regulan el uso del suelo, y por tanto fijan los derechos y obligaciones del propietario para la creación, desarrollo, modificación y progreso, de los núcleos de población en beneficio de la comunidad.

Como podemos observar, el Derecho Urbanístico está conformado por tres grandes apartados, la planeación, la gestión y la disciplina, mediante los cuales se regula el proceso urbanístico en sus distintos momentos.

Cabe señalar que el término “Planeación de los asentamientos humanos”, fue inspirado por la Conferencia Mundial de Habitación de la ONU, celebrada en la ciudad de Vancouver Canadá en el año 1976, que fue cuando por primera vez a nivel mundial se acuñó el término “asentamiento humano”.

Por otra parte, para Ortega Blake, por asentamientos humanos debemos entender: “el establecimiento de personas con un patrón de relaciones de convivencia común en un área determinada, considerando dentro de ella sus componentes naturales y sus obras físicas o materiales”.²²

Así, podemos resumir que asentamientos humanos es el término que le damos a los núcleos de población establecidos en un lugar determinado, con independencia de que estén en las ciudades o en las zonas rurales.

Para el derecho urbanístico, la elaboración y aprobación del plan urbanístico constituye uno de los instrumentos más importante para llevar a cabo la ordenación urbanística y es por ello que nos atrevemos a afirmar que es el cimiento principal sobre el cual se estructura el sistema jurídico urbanístico.

Ahora bien, por gestión urbanística, entendemos la ejecución de la planeación urbanística que en la primera etapa se realizó.

En nuestro país, podríamos señalar que los entes que mayormente realizan la gestión urbanística son de orden federal, estatal, municipal o delegacional para el caso del Distrito Federal, sin embargo, en ocasiones se llega a realizar por los particulares.

En pocas palabras podemos decir que tanto los poderes públicos como los privados pueden verificar la defensa de la legalidad urbanística, ya que pueden ocuparse de contrastar que lo que se ha urbanizado coincide con lo que realmente se diseñó en la fase previa del planeamiento.

La disciplina urbanística es la vigilancia del cumplimiento de los deberes y limitaciones que impone el Derecho urbanístico. Esta vigilancia, con comprobación in situ de las actividades de los

²¹ *Ibidem*, p. 17.

²² Ortega Blake, Arturo J., *Diccionario de Planeación y Planificación (un ensayo conceptual)*, México, Edicol S.A., 1982, p.



administrados, es la que realiza la inspección, orientada a una función de prevención general y sobre todo, a preparar el posible ejercicio de las potestades administrativas de restablecimiento de la legalidad y sancionadora. No es una simple actividad material o técnica de la Administración, sino el ejercicio de una potestad que los inspectores ejercen con la condición de agentes de la autoridad y con facultad para exigir información y colaboración de particulares y Administrados.²³

De acuerdo con Parejo Alfonso: "de nada servirá el delicado y complejo entramado de instituciones y técnicas puesto al servicio de la racionalización del uso y aprovechamiento del suelo, el perfecto desarrollo del proceso urbanístico conforme a la secuencia planificación – ejecución (urbanización, de ser necesaria, y, en todo caso, edificación e implantación y desarrollo de usos), si no quedara luego asegurada permanentemente la observancia de la ordenación material reguladora de los usos y aprovechamientos, de los actos de utilización del suelo y de las edificaciones, construcciones e instalaciones. El sistema debe contar, para su compleción, con instrumentos adecuados para hacer frente a la infracción."²⁴ Es por ello que se explica la importancia y razón de ser que tiene la disciplina en la configuración del urbanismo como rama jurídica.

Al respecto, el profesor Jiménez Dorantes considera que "la realidad urbanística mexicana se distingue por el crecimiento desordenado y sin previsión, asentamientos humanos irregulares ubicados en zonas de alto riesgo debido a su asentamiento en montañas, laderas, barrancos, o, en otros casos, su vecindad con cauces de ríos, lagos, lagunas, embalses, la enorme actividad sísmica del territorio nacional, aunado a la tolerancia de las autoridades para autorizar construcciones o desarrollos urbanísticos en zonas inadecuadas para el asentamiento humano, así como la inactividad de las autoridades de protección civil para tolerar estas acciones, aportan elementos para incrementar la descoordinación e ineficacia del Estado mexicano en materia urbanística".²⁵

No obstante, las ciudades son una preocupación de primer orden para las políticas públicas en México, pues concentran al grueso de la población y buena parte de la actividad económica (alrededor del 86.5% del Producto Interno Bruto (PIB)).²⁶ El 77% de la población del país es urbana (86 millones de personas). En la última década se ha incrementado el número y tamaño de las ciudades del país. Las estimaciones del Consejo Nacional de Población (CONAPO) señalan que para 2030 el 81% de la población vivirá en ciudades.²⁷ Al mismo tiempo, son las ciudades las que concentran la pobreza y desigualdad social: 40% de la población urbana se encuentra en condiciones de pobreza.²⁸ Los más pobres están obligados a vivir en la periferia urbana o en zonas de riesgo,

²³ Rebollo Puig, Manuel (coord.), *Derecho urbanístico y ordenación...*, op. cit., p.476.

²⁴ Parejo Alfonso, Luciano, *La disciplina urbanística*, Madrid, Lustel, 2006, p. 13.

²⁵ Jiménez Dorantes, Manuel, "Reflexiones sobre la relación jurídica entre las materias de protección civil y urbanismo", *Revista Altamirano*, México, sexta época, año 9, núm. 39, mayo de 2010, p. 139.

²⁶ Las 56 zonas metropolitanas de México generaron el 73% del Producto Bruto Total (PBT). Cfr. ONU-Hábitat, *Estado de las Ciudades de México 2011*, México, Secretaría de Desarrollo Social, 2011.

²⁷ CONAPO, *Proyecciones de la Población de México 2005-2050*, México, Consejo Nacional de Población, 2007.

²⁸ SEDESOL, *Diagnóstico del Programa Hábitat*, México, Secretaría de Desarrollo Social, 2010.

con carencias de acceso a servicios básicos y generalmente en condiciones de irregularidad de la propiedad de la tierra que ocupan.²⁹

II. Planeación de los Asentamientos Humanos

Las bases normativas de la planeación de los asentamientos humanos se encuentran en la CPEUM, cuyo Artículo 27 faculta al Estado para ordenar los asentamientos humanos y para planear y regular su crecimiento; así como el Artículo 115, que faculta a los municipios para llevar a cabo la planeación del desarrollo urbano en su jurisdicción.

En el nivel legal es necesario referirnos a la Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH), que regula la planeación de los asentamientos humanos, en donde se destaca lo siguiente:

Asentamiento humano es el establecimiento de un conglomerado demográfico, con el conjunto de sus sistemas de convivencia, en un área físicamente localizada, considerando dentro de la misma los elementos naturales y las obras materiales que lo integran.

Como podemos observar se incorpora dentro del concepto de asentamiento humano los sistemas de convivencia y las obras materiales que permiten el desplazamiento de las personas, para después de manera detallada señalar las características que deberán tener dichos aspectos.

Es también en esta ley en donde encontramos la mención de ese fin último del propio estado a señalar que el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población, tenderá a mejorar el nivel y calidad de vida de la población urbana y rural.

Además de lo anterior, se considera de interés público y de beneficio social la determinación de provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población, contenida en los planes o programas de desarrollo urbano.

En congruencia con lo señalado se considera de utilidad pública:

- La ejecución de planes o programas de desarrollo urbano;
- La constitución de reservas territoriales para el desarrollo urbano y la vivienda;
- La ejecución de obras de infraestructura equipamiento y servicios urbanos;
- La preservación del equilibrio ecológico y la protección al ambiente de los centros de población.

Cabe destacar que se prevé que les corresponda a los municipios, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, entre otras las siguientes atribuciones:

- Regular, controlar y vigilar las reservas, usos y destinos de áreas y predios en los centros de población.
- Administrar la zonificación prevista en los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y los demás que de éstos deriven.

²⁹ Iracheta, Alfonso, Crisis Territorial en México: La hora de la reforma urbana, México, Red de investigación sobre áreas metropolitanas de Europa y América Latina, 2012.



- Promover y realizar acciones e inversiones para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.
- Prestar los servicios públicos municipales, atendiendo a lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la legislación local.
- Expedir las autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcción, fraccionamientos, subdivisiones, fusiones, relotificaciones y condominios de conformidad con las disposiciones jurídicas locales, planes o programas de desarrollo urbano y reservas, usos y destinos de áreas y predios.
- Participar en la creación y administración de reservas territoriales para el desarrollo urbano, la vivienda y la preservación ecológica de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables;

Para finalizar este apartado, es de suma importancia señalar el esquema de competencias de la participación de cada uno de los ordenes de gobierno, así podemos ver que se prevé que la planeación y regulación del ordenamiento territorial y el desarrollo urbano “estará a cargo de manera concurrente de la Federación, las entidades federativas y los municipios”, de acuerdo con sus respectivas competencias. De forma tal que la planeación de los asentamientos humanos se lleva a cabo a través de una serie de planes o programas sectoriales, responsabilidad de distintos niveles de gobierno (nacional, estatal, municipales y de centros de población).

III. Derecho a la Ciudad

Sin duda uno de los temas de mayor novedad en las grandes urbes es el del Derecho a un espacio para vivir adecuadamente y con las exigencias que amerita el acelerado desarrollo que se vive hoy en día, razón por la cual cobra mayor fuerza el término “Derecho a la Ciudad” estrechamente relacionado con el Derecho Urbanístico y la calidad del medio ambiente.

El término “Derecho a la Ciudad” es relativamente reciente, prácticamente su origen se dio durante la década de los noventas. Podríamos señalar que las corrientes dedicadas al estudio del medio ambiente y al mejor aprovechamiento de los recursos naturales, son las que le dieron impulso, debido a la preocupación de estos dos temas al interior de las ciudades.

Si bien es cierto que la existencia del derecho a la ciudad nos llevaría a realizar una amplia reflexión en torno a la forma de vida o de organización de los distintos tipos de sociedades, desde sus orígenes, su evolución y hasta su situación actual, en este proyecto nos limitaremos básicamente a sus implicaciones jurídicas en el contexto del Derecho Urbanístico y de los derechos humanos.

De acuerdo con Leckie, para justificar la existencia del derecho a la ciudad, tendríamos que plantearnos algunas interrogantes, como por ejemplo: a) ¿podría ser un medio para evitar (en términos prácticos y legales) los frecuentes conflictos entre los temas interrelacionados con la vivienda y el medio ambiente?; b) ¿podría proporcionar un medio para garantizar que tanto los derechos de vivienda como los ambientales sean incluidos en los futuros instrumentos de derechos humanos?; o c) ¿podría ofrecer una nueva visión de una ciudad sustentable y centrada en el pue-

blo, en la que se vinculen permanentemente los derechos de vivienda y los derechos ambientales? Una vez respondidas estas interrogantes, podríamos estar de acuerdo con la existencia del citado derecho.³⁰

El derecho a la ciudad puede definirse como una combinación de derechos humanos ya existentes, entendida como una unidad integral, esto constituiría el total de garantías incluidas en este derecho, de manera similar a la teoría de sistemas en física, la totalidad del derecho a la ciudad sería necesariamente mayor que la suma de sus partes para proporcionar su utilidad.³¹

Las partes que incluiría el derecho a la ciudad son las siguientes:

- 1.- El derecho a la vida y el sustento;
- 2.- El derecho a un adecuado nivel de vida;
- 3.- El derecho a una vivienda adecuada (un lugar para vivir en paz, con seguridad y dignidad);
- 4.- El derecho a servicios públicos;
5. El derecho a elegir el lugar de residencia;
- 6.- El derecho a la libertad de movimiento;
- 7.- El derecho a no sufrir ninguna forma de discriminación basada en la raza, sexo, o cualquier otra característica incluyendo el nivel de ingresos;
- 8.- El derecho a la privacidad;
- 9.- El derecho a la higiene ambiental;
- 10.- El derecho a la salud, y
- 11.- Los derechos especiales de las mujeres y los niños.

Es por lo anterior que debemos considerar que negar el derecho del pueblo a la ciudad equivale a la negociación, directa de uno o varios de los derechos incluidos en ese derecho general. Pero si ésta puede ser una visión del derecho a la ciudad definida en términos de los derechos humanos, este nuevo derecho requiere de una especificidad y precisión mucho mayor, ya que en la legislación actual de derechos humanos es imposible encontrar una mención expresa del derecho a la ciudad.

En términos prácticos, el derecho a la ciudad significaría, entre otras cosas, lo siguiente:

- 1.- Que los pobres, ocupantes, los que no tienen vivienda adecuada y otros tendrían tanto derecho a estar en la ciudad y gozar de sus beneficios como cualquier otra persona;
- 2.- Los desalojos sustentados en nombre del “embellecimiento de la ciudad”, el desalojo de las calles, la protección de las zonas ecológicas, la “reestructuración” urbana, al alivio

³⁰ Leckie, Scott, “Hacia el Derecho a la Ciudad”, Vivienda, México, Nueva época, vol. II, núms. 1 y 2, enero-diciembre de 1991, p. 78.

³¹ *Ibidem*, p. 79.

de las aglomeraciones y otras excusas serían totalmente inaceptables;

3.- Estuviera prohibido enviar a la gente “de vuelta al campo”;

4.- Los asentamientos actuales considerados “ilegales” serían legalizados, formulándose cláusulas apropiadas para garantizar plenamente la seguridad de la tenencia;

5.- Todos tendrían el derecho a participar plenamente en todas las decisiones que los afecten en el contexto urbano, desde la elección de políticos locales hasta la influencia en el proceso de planeación;

6.- Las condiciones de vida adecuadas y el acceso a un cierto nivel de calidad ambiental no estarían reservados exclusivamente a aquellos que pueden pagarlos;

7.- Se proporcionarían a los pobres tierra y servicios públicos;

8.- Se reconocería el sector informal como un todo;

9.- Se requeriría que el gasto público enfrentara adecuadamente todos los temas y problemas urbanos dentro del contexto de los derechos humanos.³²

De acuerdo con el profesor Lefebvre, se debe exponenciar la importancia del derecho a la ciudad, incluso por encima de otros, ya que de incurrir en una crisis urbana se estima más complicado recuperarse de ella que de una crisis económica.³³

La importancia de este Derecho la podemos comprender cuando sabemos que, se ha dicho que en las ciudades se deja de vivir o incluso se deja de aprender y que ésta queda sólo como un objeto de consumo cultural para turistas o para el esteticismo, sin mayor trascendencia, incluso hay quien llega a decir que la ciudad muere. Sin embargo, lo urbano persiste, en estado de actualidad³⁴ razón por la cual debe estar cada día más presente el derecho a la ciudad como un instrumento que garantice la prevalencia de todos los derechos que integra y para asegurar un buen nivel de vida de los ciudadanos.

El derecho a la ciudad busca enfrentar las causas y manifestaciones de la exclusión: económicas, sociales, territoriales, culturales y políticas. Se plantea como respuesta social, contrapunto a la ciudad-mercancía y como expresión del interés colectivo. Se define este derecho como “el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social”.³⁵

En este sentido, es importante referir la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, signada en el Foro Social de las Américas, en la ciudad de Quito, Ecuador en julio de 2004, la cual establece en su Artículo I:³⁶

³² *Ibidem*, 80.

³³ Lefebvre, Henri, *El Derecho a la Ciudad*, II, 4a. ed., Barcelona, Ediciones Península, 1976, p. 63.

³⁴ *Ibidem*, p. 123.

³⁵ Preámbulo de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, *ibidem*.

³⁶ Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, Organización de las Naciones Unidas-Hábitat, 2005.

1. Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual, así como a preservar la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta Carta.

2. El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Esto supone la inclusión de los derechos al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias; a fundar y afiliarse a sindicatos; a seguridad social, salud pública, agua potable, energía eléctrica, transporte público y otros servicios sociales; a alimentación, vestido y vivienda adecuada; a educación pública de calidad y la cultura; a la información, la participación política, la convivencia pacífica y el acceso a la justicia; a organizarse, reunirse y manifestarse. Incluye también el respeto a las minorías y la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural y el respeto a los migrantes.

El territorio de las ciudades y su entorno rural son también espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos colectivos como forma de asegurar la distribución y el disfrute equitativo, universal, justo, democrático y sustentable de los recursos, riquezas, servicios, bienes y oportunidades que brindan las ciudades. Por eso el Derecho a la Ciudad incluye también el derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la participación en la planificación y gestión urbana y a la herencia histórica y cultural.

3. La ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes.

4. A los efectos de esta Carta, el concepto de ciudad tiene dos acepciones. Por su carácter físico, la ciudad es toda metrópoli, urbe, villa o poblado que esté organizado institucionalmente como unidad local de gobierno de carácter municipal o metropolitano. Incluye tanto el espacio urbano como el entorno rural o semirural que forma parte de su territorio. Como espacio político, la ciudad es el conjunto de instituciones y actores que intervienen en su gestión, como las autoridades gubernamentales, los cuerpos legislativo y judicial, las instancias de participación social institucionalizada, los movimientos y organizaciones sociales y la comunidad en general.

5. A los efectos de esta Carta se consideran ciudadanos(as) a todas las personas que habitan de forma permanente o transitoria en las ciudades.



6. Las ciudades, en corresponsabilidad con las autoridades nacionales, deben adoptar todas las medidas necesarias -hasta el máximo de los recursos que dispongan- para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados y con la adopción de medidas legislativas y normativas, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Asimismo, las ciudades, con arreglo a su marco legislativo y a los tratados internacionales, deben dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter para hacer efectivos en ellas los derechos civiles y políticos recogidos en esta Carta.

De igual forma es destacable el Artículo XVI. Derecho a un medio ambiente sano y sostenible, que señala:

1. Las ciudades deben adoptar medidas de prevención frente a la contaminación y ocupación desordenada del territorio y de las áreas de protección ambiental, incluyendo ahorro energético, gestión y reutilización de residuos, reciclaje, recuperación de vertientes, y ampliación y protección de los espacios verdes.

2. Las ciudades deben respetar el patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico y promover la recuperación y revitalización de las áreas degradadas y de los equipamientos urbanos.

Como resultado de este instrumento internacional, el Gobierno del Distrito Federal adoptó la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad, en julio de 2010, a través de la cual se reconoce el carácter complejo y colectivo de este nuevo derecho; el cual busca “superar la visión y la atención sectorial y desarticulada de los problemas de la ciudad para enfrentar situaciones que afectan por igual a todos sus habitantes y visitantes, como la contaminación, el deterioro ambiental, la violencia, el tránsito vehicular y la segregación urbana”.³⁷ Este enfoque articula de forma muy vigorosa cuatro de las características inherentes a los derechos humanos: universalidad, integralidad, indivisibilidad e interdependencia, lo que ciertamente plantea retos importantes para su implementación.³⁸

Pese a lo apuntado, en la Ciudad de México se vive una denuncia constante respecto de la imposición de desarrollos inmobiliarios, obras de infraestructura (segundos pisos, súper vías, metrobús, metro) que afectan el derecho en cuestión. Recordemos que, por definición, corresponde a las autoridades crear condiciones para el cumplimiento de los derechos humanos, pero paradójicamente, son también las que pueden violarlos, por lo que son las principales responsables del respeto a los mismos, incluido el derecho a la ciudad.³⁹

³⁷ Comité Promotor de la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad, Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad, México, Secretaría de Gobierno del Distrito Federal, 2010.

³⁸ Ortiz Flores, Enrique, “Hacia el reconocimiento e implementación del derecho a la ciudad: perspectivas y retos”, Dfensor, Revista de Derechos Humanos, México, núm. 3, Año XI, marzo de 2013, pp. 6-7.

³⁹ Moctezuma Barragán, Pablo, “Vulnerabilidad del derecho a la ciudad y de los derechos humanos en la actualidad”, Dfensor, Revista de Derechos Humanos, México, núm. 3, Año XI, marzo de 2013, pp. 20-22.

IV. Derecho a la Vivienda

El derecho a la vivienda es un derecho ligado al tema del derecho urbanístico por varios motivos, entre otros por que las viviendas se encuentran edificadas en predios objeto de regulación urbana.

En orden a la jerarquía de normas que conocemos, revisaremos las disposiciones tanto nacionales como internacionales, que señalan el derecho a la vivienda.

La constitución federal establece en su artículo 4° “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

La Ley de Vivienda, publicada en el diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 2006, señala en su artículo 1° que la ley tiene por objeto establecer y regular la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa.

En cuanto al marco jurídico internacional encontramos los siguientes ordenamientos:

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC)

Artículo. 11 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. ...exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. ...no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada.



Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes: a) Seguridad jurídica de la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) Gastos soportables; d) Habitabilidad (...en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes); e) Asequibilidad; f) Lugar (la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales... De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes); g) Adecuación cultural (la manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos).

Es importante establecer que uno de los fines primordiales del derecho a la vivienda es dar un nivel de vida adecuado al ciudadano, en tal sentido debemos establecer como fundamental también el derecho a un nivel de vida adecuado.

Al respecto la Ley General de Desarrollo Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004, establece en su artículo 1° que se debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asegurando el acceso de toda la población al desarrollo social y como parte importante de este el Derecho a la Vivienda.

Lo anterior en virtud de que también se encuentran estrechamente ligados a las políticas públicas en materia de derecho urbanístico.

En el aspecto internacional encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala en su artículo 25, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

EL Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo 11, que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda ade-

cuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Sin duda alguna el tema de la vivienda en México está estrechamente ligado al de las disposiciones normativas de Derecho Urbanístico, pues no podemos concebir la construcción de vivienda de cualquier tipo de que se trate, incluyendo la de interés social sin respetar estas normas que de fondo deben prever la armonía con todas las disposiciones que permiten el desarrollo tanto económico como social de nuestro país.

Una parte muy importante del desarrollo urbano tiene que ver con el tema de la vivienda, es por ello que organismos internacionales han puesto énfasis en esto. Así, podemos citar que durante la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Hábitat II), la mayoría de los países miembros se comprometieron con dos metas importantes a nivel global. Por un lado, garantizar la vivienda para todos, y por otro lado, fortalecer la capacidad de las economías de los Estados, con el fin de lograr para su población una mayor accesibilidad al financiamiento destinado a obtener vivienda.⁴⁰

Sin duda, el hecho de que un país logre hacer frente a la demanda de vivienda, lo coloca como un Estado con un alto índice de desarrollo, tanto humano como urbano. Dentro de los países las grandes ciudades son la que presentan la mayor demanda de vivienda, situación que se ha dado en gran medida a consecuencia del desarrollo económico y político centralizado de los gobiernos.

La problemática de la vivienda en México no es nueva, tiene sus orígenes desde la conformación de la ciudad prehispánica, cuando los antiguos pobladores encontraron dificultades para la construcción de estas debido a que todo era un lago al que con el tiempo se le fue ganando terreno.

Como consecuencia de lo anterior, su crecimiento ha sido de manera horizontal, incluso en la actualidad, a diferencia de otras ciudades latinoamericanas en donde el mayor crecimiento urbano es de manera vertical.

Dentro de los países las grandes ciudades son la que presentan la mayor demanda de vivienda, situación que se ha dado en gran medida a consecuencia del desarrollo económico y político centralizado de los gobiernos.

Desafortunadamente, para hablar del fenómeno de la vivienda en cualquier país debemos referirnos a algo complejo que se encuentra relacionado más con la capacidad de pago de los habitantes que con las políticas sociales de su gobierno.

De acuerdo con la arquitecta Georgina Ramírez *“en países latinoamericanos, la existencia de una vivienda no es parte de la política social, sino de una actuación económica en la que el sector privado ha contado con el auspicio de los diversos niveles de gobierno para su desarrollo y potencial, por lo que, al margen tanto de los requerimientos sociales de la población como una de*

⁴⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), celebrada en Estambul (Turquía) del 3 al 14 de junio de 1996. http://www.un.org/spanish/ag/habitat/declaration_s.htm.



*las consecuencias provocadas por la expansión de las áreas urbanas y del medio ambiente, los promotores, ofrecen una mercancía.*⁴¹

Temas como el de la oferta y condiciones de la vivienda, las restricciones a la propiedad, las condiciones del buen aprovechamiento de los recursos naturales entre otros, son regulados por el derecho urbanístico, mismo que en nuestro país tiene sus orígenes formales después de la publicación de las reformas constitucionales de los artículos 27, 73 y 115 constitucionales de 1975 y que trajeron consigo la publicación de la ley General de Asentamientos Humanos de 1976.

Respecto del derecho a una vivienda adecuada como derecho humano, tenemos que ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales, como veremos a continuación:

- Artículo 25 (1), Declaración Universal de Derechos Humanos;
- Artículo 11 (1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Artículo 27 (3), Convención sobre los Derechos del Niño;
- Artículo 14 (h), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;
- Artículo 5 (c), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y
- Párrafo 61 del Programa de Hábitat (Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, Hábitat II).

Interesa especialmente el PIDESC, que dispone: *“Los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. (...) tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”*

Lo anterior es relevante porque recordemos que el Pacto cuenta con el Comité DESC, el cual, a efecto de verificar el cumplimiento del PIDESC, elaboró la Observación General Número 4, con el fin de profundizar en los elementos y el contenido mínimo que una vivienda debe tener para poder considerar que las personas tienen garantizado su derecho a la vivienda. Esta observación general menciona la accesibilidad en la adquisición de un inmueble y también el acceso al agua potable, la seguridad jurídica, la habitabilidad, la adecuación cultural, entre otros elementos del derecho a la vivienda. Por lo que si las familias cuentan con una construcción que carece de alguno de estos elementos no puede considerarse que cuenta con una vivienda digna.

Es destacable lo referente al concepto de adecuación, puesto que sirve para subrayar una serie

⁴¹ Ramírez Sandoval, Georgina, “La Vivienda en México un perspectiva desde el derecho humano a la vivienda”, Revista Trabajo Social, México, núm. 16, 2007, p. 107.

de factores que hay que tener en cuenta al determinar las formas de vivienda que pueden considerarse “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité DESC considera que es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figura el lugar, ya que dispone que:

La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.⁴²

En esta línea, nuestra Carta Magna, prevé que: *“Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.” Al respecto, es importante considerar que a lo largo del tiempo el Estado ha asumido diversas obligaciones de hacer para alcanzar el desarrollo humano digno bajo los criterios de igualdad, libertad y justicia social, ello debido a que la dignidad humana “es la finalidad última de la actividad política y económica del Estado”.*⁴³

En consonancia con lo anterior, el Artículo 2º de la Ley de Vivienda en México señala que: *“Se considerará vivienda digna y decorosa la que cumpla con las disposiciones jurídicas aplicables en materia de asentamientos humanos y construcción, habitabilidad, salubridad, cuente con los servicios básicos y brinde a sus ocupantes seguridad jurídica en cuanto a su propiedad o legítima posesión, y contemple criterios para la prevención de desastres y la protección física de sus ocupantes ante los elementos naturales potencialmente agresivos”.*⁴⁴

Mas, desde la Conferencia de Hábitat II ya referida, se hace alusión a la “vivienda adecuada”, es decir, *“algo más que tener un techo bajo el cual guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia,*

⁴² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a una vivienda adecuada (Art.11, párr. 1), CESCR Observación general N° 4, Nueva York, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1991, pp. 3-4.

⁴³ Bellver Capella, V., “El futuro del derecho al medio ambiente”, Persona y Derecho, Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos, Pamplona, núm. 6, 1996, p. 61.

⁴⁴ Ley de Vivienda, México, Diario Oficial de la Federación, 27 de junio de 2006, última reforma publicada DOF 24-03-2014.



*estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación (...) ventilación suficiente, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un desplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.*⁴⁵

Ya en el ámbito local, el 10 de agosto de 2010, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el “Decreto por el que se Reforma, Adiciona y Deroga la Norma de Ordenación Número 26, que forma parte de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal y del Programa General de Desarrollo Urbano del Distrito Federal”, misma que tiene por objeto la construcción de vivienda sustentable de interés social⁴⁶ y popular⁴⁷ a bajo costo por parte de particulares y el sector público, a través del Instituto de Vivienda del Distrito Federal.

No obstante, estos avances normativos, en nuestro país una parte de la población aún habita en condiciones precarias, por lo que no pueden ejercer este derecho plenamente. Entre las principales cuestiones a superar se hallan:

La condición de precariedad de las viviendas y el limitado acceso a opciones de vivienda por parte de la población en pobreza se manifiestan en tres vertientes que definen el rezago habitacional de los hogares:

- 1) Las características de ocupación de las viviendas (hacinamiento),⁴⁸
- 2) Los componentes y materiales utilizados en su edificación (materiales inadecuados falta de adecuación cultural-), y
- 3) El acceso a infraestructura social básica (agua potable, electricidad o drenaje).

Aunado a lo anterior, debemos considerar que la política nacional de vivienda se concentra en alcanzar metas de construcción habitacional y desarrollar estrategias para financiarlas.⁴⁹ Sin embargo, la localización de los conjuntos habitacionales y sus impactos –territoriales, sociales y

⁴⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Habitat II).

⁴⁶ Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, artículo 3º, fracción XXXVII. “Vivienda de Interés Social: La vivienda cuyo precio máximo de venta al público es de 15 salarios mínimos anuales vigentes en el Distrito Federal [...]”, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 10 de agosto de 2010.

⁴⁷ Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, artículo 3º, fracción XXXVIII. “Vivienda de interés popular: La vivienda cuyo precio de venta al público es superior a 15 salarios mínimos anuales, vigentes en el Distrito Federal y no exceda de 25 salarios mínimos anuales; [...]”, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 10 de agosto de 2010.

⁴⁸ El hacinamiento es la sobreocupación de una vivienda, que puede deberse a que existan hogares sin vivienda, o bien a que el índice de hacinamiento (relación entre el número de personas y cuartos habitables) recomendado por el Centro de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas, el cual es de 2.5 personas por cuarto.

⁴⁹ Entre 2003 y 2010 el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) otorgó poco más de 3.2 millones de créditos, más de los que otorgó en los 30 años anteriores. Cfr. IMCO, Viviendas para desarrollar ciudades. Índice de Competitividad en Materia de vivienda 2011, México, Instituto Mexicano para la Competitividad, 2011.

ambientales– han resultado menos importantes en la implementación de esta política nacional.⁵⁰

La tendencia de los desarrolladores inmobiliarios ha sido adquirir suelo barato en la periferia cada vez más lejana de las ciudades. Se ha vuelto cada vez más frecuente la compra de terrenos ejidales y su cambio de uso de suelo para construir conjuntos habitacionales; lo cual ha dado lugar a la urbanización sin ciudad o a la conformación de ciudades insulares; por tanto, La construcción masiva de vivienda ha alcanzado una escala sin precedentes. De acuerdo con el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) en el año 2010 el 26% de sus viviendas financiadas se encontraba desocupado o abandonado. El 21% de estos casos es resultado de la distancia que separa la vivienda de la ciudad.

Por todo lo expuesto, se considera imperativo llevar a cabo acciones para combatir el problema de acceso a viviendas dignas, el cual tiene una correlación muy fuerte con la pobreza y la garantía de otros derechos humanos.

V. Derecho a la Movilidad

La movilidad humana es la acción de desplazamiento del ser humano, tanto desde la perspectiva individual como colectiva. El desplazamiento físico o material implica moverse de un lugar a otro en un espacio territorial.⁵¹ Históricamente la movilidad es una práctica desarrollada para satisfacer necesidades, para comunicarse y socializar con otras personas, para acceder a recursos, bienes, servicios y destinos de interés o demanda colectiva o individual. En este sentido, y por lógica podemos deducir que en el centro del movimiento se encuentra la persona y la necesidad o deseo que tiene de moverse.⁵² Como muchos otros derechos, la movilidad tiene un valor instrumental que sirve como presupuesto para el ejercicio de otros derechos.

En general, en materia de movilidad y transporte, las ciudades latinoamericanas se destacan por la participación del transporte público, que llega a ser hasta del 43%, mientras que la caminata y bicicleta alcanzan un 28% en los desplazamientos, así como por el desarrollo de sistemas de transporte colectivo integrados.

Según el estudio “Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012. Rumbo a una nueva transición urbana”, la movilidad urbana es esencial para el desarrollo social y económico de las personas, ya que les permite acceder a servicios, oportunidades laborales, educativas, de relaciones sociales y disfrutar plenamente de la ciudad, por lo que, si se carece de una planeación

⁵⁰ Medina Ramírez, Salvador y Veloz Rosas, Jimena, Planes Integrales de Movilidad. Lineamientos para una movilidad urbana sustentable: Más allá del auto, México, Instituto de Políticas para el Transporte México y el Desarrollo-Centro Eure, 2012, p. 16.

⁵¹ También existe la movilidad de las ideas y los desplazamientos informáticos, pero ello no será objeto d este estudio.

⁵² Cfr. Caja Madrid, Movilidad Urbana Sostenible: Un reto energético y ambiental, Madrid, Caja Madrid-Obra Social, 2010, p. 7.



de la movilidad urbana eficiente, se afecta el desarrollo de las personas y la competitividad.

Aunado a ello, hay que considerar que el modelo que opera en México, basado en la movilidad a partir de los vehículos automotores, principalmente individuales, provocan altos niveles de congestión vial, incluso a ciertas horas, se llega a la paralización de vialidades, lo cual genera importantes costos tanto para los usuarios del automóvil como para los peatones; así como serias implicaciones sociales y ambientales, ya que existen estudios que demuestran que un vehículo que circula a 16 km/h, contamina 233% más que uno que circula a 48 km/h.⁵³ Al respecto, cabe mencionar que en nuestro país, durante 1980-2012 el uso del automóvil en las ciudades se ha incrementado a tasas anuales que oscilan entre el 5% y 9%, lo muestra una tendencia insostenible para el país.⁵⁴

En relación con la libre circulación y tránsito, es un hecho que los grandes conglomerados humanos faltos de planeación limitan este derecho, el cual se halla protegido en diversos instrumentos, como sigue:

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

PIDESC. Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

PIDESC. Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, [...], y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

⁵³ Revisión Crítica de Información sobre el Proyecto de Restricción Vehicular Sabatina, México, Clean Air Institute-Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal, 2007.

⁵⁴ Medina Ramírez, Salvador y Veloz Rosas, Jimena, Planes Integrales de Movilidad..., op. cit., p. 55.

CADH, Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia.

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. (...).

Ya en el ámbito nacional la CPEUM establece en su Artículo 11:

“Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. [...]”.

Especial comentario merece el Artículo 9° de la LGAH en tanto establece la competencia del municipio para vigilar y controlar los usos y destinos, esto es fines públicos y privados que se determinen para permitir la movilidad; la prestación de los servicios urbanos que permitan el desplazamiento de personas, como el de calles, tránsito municipal y seguridad pública; así como la realización de acciones tendientes al mejoramiento, la reordenación y revitalización de espacios públicos e infraestructura asociados a la movilidad urbana.

También es importante acotar que la libertad de tránsito no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en la prerrogativa que tiene “todo persona” para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República, sin hacer alusión al medio de transporte, esto es, el derecho a la libertad de tránsito, únicamente, protege al individuo y no así a los objetos o bienes a través de los cuales se realiza el desplazamiento por el territorio nacional. En este orden de ideas, para que se actualice una violación al derecho fundamental constitucional de libertad de tránsito, es necesario que se afecte la libertad del individuo para entrar o salir del país, desplazarse dentro del territorio nacional y mudar su residencia, pero la garantía descrita no tiene por objeto salvaguardar los medios a través de los cuales los individuos hacen efectiva la libertad de tránsito, tales como los vehículos automotores que destinen para tal actividad.

Como hemos visto, la movilidad resulta fundamental para que las personas puedan acceder a los bienes y servicios básicos, indispensables para vivir una vida digna. Desde esta óptica podemos observar una relación estrecha entre dicho fenómeno factual con el reconocimiento jurídico de la facultad para ejercer libre y dignamente dicha actividad de las personas, que ingresa en el vasto campo de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales de los asentamientos humanos en el país.

Por último, tenemos que el reconocimiento de los derechos humanos y la ampliación en su protección, tutela y garantía contenida en varias cláusulas constitucionales, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, contribuirán a materializar la garantía, tutela, concreción y eficacia de los derechos que tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, la ordenación y planificación de los asentamientos humanos de forma sustentable, así como al desarrollo de cada persona en lo individual, lo que a su vez se traduce en la garantía de su derecho al desarrollo, a una vida digna y a un medio ambiente sano, así como al agua potable y saneamiento.



⁵⁵ Contradicción de Tesis 164/2009 entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo, Tercero, Noveno y Décimo Quinto, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 28 de octubre de 2009. Tesis de jurisprudencia 192/2009. Aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada del 4 de noviembre de 2009.

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA DE TRANSPARENCIA EN MÉXICO

Autor//

Otero Salas, Filiberto¹

Resumen: Las administraciones públicas enfrentarán el combate a la corrupción a través del nuevo modelo de 5 de mayo de 2015 en materia de derecho de la información en México. El nuevo modelo prevé nuevos mecanismos de defensa como son: el recurso de revisión; el recurso de inconformidad; el recurso de revisión por cuestiones de seguridad nacional, y el recurso de revisión por cuestiones jurisdiccionales ventilado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las grandes problemáticas que presenta el nuevo modelo: es que los servidores públicos no cuentan con ningún mecanismo de defensa; el recurso de revisión por cuestiones de seguridad nacional, es un mecanismo restringido y limitado; y en el caso del recurso de revisión por cuestiones jurisdiccionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convirtió en juez y parte.

Abreviaturas: Derecho de la información; derecho de acceso a la información; transparencia; recurso de revisión; recurso de inconformidad; prueba de interés público; definitivo e inimpugnabile; recurso de revisión por cuestiones de seguridad nacional, y recurso de revisión por cuestiones jurisdiccionales.

Sumario: I. Introducción / II. El recurso de revisión / III. El recurso de inconformidad / III. El recurso de revisión por cuestiones de seguridad nacional / IV. El recurso de revisión por cuestiones jurisdiccionales / VI. Conclusiones / y VII. Bibliografía.

I. Introducción

Entre el 2002 y el 2014 el derecho de la información en México fue diseñado paulatinamente, es decir en 2002 se aprobó la primera Ley en materia de transparencia, y se reformó la Constitución Federal en 2007 y en 2014. Los mecanismos de impugnación en materia de transparencia y las instituciones que conocían de estos se diseñaron asimétricamente, es decir, las legislaciones de las 32 entidades federativas regularon de distinta forma los medios de defensa y los órganos u organismos encargados de la defensa del derecho humano y fundamental de acceso a la información pública. Dicha asimetría constituye uno de los factores esenciales para que en México el

¹ Licenciado en Derecho, Especialista en Derecho Administrativo y Maestro en Derecho, todos por la Universidad Nacional Autónoma de México. Realizó sus estudios de Doctorado en Derecho en el Instituto Internacional del Derecho y del Estado.



7 de febrero de 2014 se reforma la Constitución que vino a establecer el nuevo modelo en México en materia de transparencia, en armonía con la reforma constitucional se expidió la nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dichos ordenamientos, delinearón los límites y alcances de los mecanismos de defensa del derecho humano de acceso a la información de los administrados a nivel federal y local; de las autoridades por razones de seguridad nacional, y de la Suprema Corte de Justicia de la nación en tratándose de información vinculada con cuestiones jurisdiccionales. Lo importante será establecer si los mecanismos que se han diseñado son los adecuados, o en su defecto, necesita volverse a diseñar el sistema de mecanismos de impugnación.

II. El Recurso de Revisión

Como bien lo señala el Profesor Filiberto Otero Salas la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública no da una definición de lo que implica el recurso de revisión; aunque el Acuerdo de 3 de marzo de 2016,² en su artículo 2, dispone lo siguiente:

“El recurso de revisión es el medio de impugnación que el solicitante por sí mismo o a través de su representante, interpone ante los organismos garantes para la revisión de la legalidad de las respuestas emitidas por los sujetos obligados a las solicitudes de información y de datos personales”, mientras que el citado profesor, considera que el recurso de revisión corresponde a un medio a través del cual, el titular del derecho de acceso a la información, por sí o por interpósita persona, solicita al organismo garante, sopesa la violación a la prerrogativa de acceso a la información pública como consecuencia de la actuación de un sujeto obligado, con la norma, con la finalidad de que confirme, revoque o modifique dicha actividad.³

El solicitante podrá interponer personalmente o, a través de representante, directamente, o por conducto de medios electrónicos el recurso de revisión ante el organismo garante correspondiente o ante la Unidad de Transparencia del sujeto obligado que conoció de la solicitud, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la notificación de la respuesta o cuando se venza el plazo de notificación.

² ACUERDO mediante el cual se aprueban los Lineamientos generales para que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales ejerza la facultad de atracción, así como los procedimientos internos para la tramitación de la misma. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5428452&fecha=03/03/2016 (16 de agosto de 2018 a las 10:11 AM).

³ Otero Salas, Filiberto, Teoría General del Derecho de la Información y el Nuevo Modelo en México, Veritatis Verbum, México, 2017. Pág. 53.

En el caso de que el recurso de revisión se tramite ante la Unidad de Transparencia del sujeto obligado, este deberá remitirlo a su vez, al organismo garante, al día siguiente de haberlo recibido.

Los supuestos en que procederá el recurso de revisión, son los siguientes:

- I. La clasificación de la información;
- II. La declaración de inexistencia de información;
- III. La declaración de incompetencia por el sujeto obligado;
- IV. La entrega de información incompleta;
- V. La entrega de información que no corresponda con lo solicitado;
- VI. La falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información dentro de los plazos establecidos en la ley;
- VII. La notificación, entrega o puesta a disposición de información en una modalidad o formato distinto al solicitado;
- VIII. La entrega o puesta a disposición de información en un formato incomprensible y/o no accesible para el solicitante;
- IX. Los costos o tiempos de entrega de la información;
- X. La falta de trámite a una solicitud;
- XI. La negativa a permitir la consulta directa de la información;
- XII. La falta, deficiencia o insuficiencia de la fundamentación y/o motivación en la respuesta, o
- XIII. La orientación a un trámite específico.⁴

Quienes elaboraron la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, desconocen la Teoría General del Proceso, como consecuencia de que en el artículo 143, regularon lo que nosotros llamamos, recurso de revisión sobre recurso de revisión, es decir, la Ley General dispone que aquella respuesta que den los sujetos obligados, derivada de una resolución a un recurso de revisión, que haya procedido por las causales previstas en la disposición referida, en sus fracciones III, VI, VIII, IX, X y XI, es susceptible de ser impugnada de nueva cuenta mediante el mismo recurso, lo anterior corresponde a una verdadera falta de coherencia y sistematización respecto de dicho procedimiento administrativo.

Pongamos un ejemplo de la barbaridad jurídica que reguló el legislador: Una persona acude y solicita información de la no clasificada a un sujeto obligado, este último como así lo permite la ley, le indica al solicitante que no es competente, fundando y motivando su incompetencia, ya sea porque no cuenta con las atribuciones para poder haber emitido la información requerida, y por considerar que no cuenta con ella; el solicitante decide impugnar dicha decisión a través

⁴ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 143. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:15 AM).



del recurso de revisión, el organismo garante solicita un informe al sujeto obligado, y este último responde lo mismo que le respondió de inicio al solicitante, soy incompetente y por ende no tengo los documentos o la información solicitada, una respuesta fundada y motivada, contra dicha respuesta el solicitante podrá interponer nuevamente otro recurso de revisión, lo anterior equivale a una incongruencia procesal.

Si el sujeto garante, después de la respuesta del sujeto obligado acredita que sí es competente, entonces porque volver a decirle al solicitante que impugne a través del recurso de revisión, lo propio sería que el organismo garante a través de otro medio, obligue en principio al sujeto obligado a que se declare competente, o el mismo organismo garante declarar la competencia; segundo, al ser renuente el sujeto obligado, como es el caso, inmediatamente que se adopte una decisión, como podría ser separarlo de su encargo, y tercero fincarle responsabilidad administrativa, y cualquier otra que fuera procedente por su conducta.

Pero que consecuencia tendría volver a plantear otro recurso de revisión, sobre una misma respuesta motivo de un primer recurso de revisión, desde nuestra perspectiva ninguna.

El recurso de revisión que plantee el solicitante ante el sujeto obligado, de conformidad con el artículo 144 de la Ley General, deberá contener lo siguiente:

- I. El sujeto obligado ante la cual se presentó la solicitud;
- II. El nombre del solicitante que recurre o de su representante y, en su caso, del tercero interesado, así como la dirección o medio que señale para recibir notificaciones;
- III. El número de folio de respuesta de la solicitud de acceso;
- IV. La fecha en que fue notificada la respuesta al solicitante o tuvo conocimiento del acto reclamado, o de presentación de la solicitud, en caso de falta de respuesta;
- V. El acto que se recurre;
- VI. Las razones o motivos de inconformidad, y
- VII. La copia de la respuesta que se impugna y, en su caso, de la notificación correspondiente, salvo en el caso de respuesta de la solicitud.

Adicionalmente a los requisitos que tiene que colmar quien promueva recurso de revisión, podrá anexar pruebas y elementos que considere procedentes someter a juicio del organismo garante; asimismo en ningún caso será necesario que el particular ratifique su recurso.

Cuando el recurrente omita alguno de los requisitos establecidos para el recurso de revisión y el organismo garante correspondiente no cuente con los elementos para subsanarlos, lo prevendrá a través del medio que haya establecido para recibir notificaciones, por una sola ocasión, para que subsane dicha omisión en un plazo de cinco días, contados a partir de que se le haya notificado de la prevención, y en el caso de que el recurrente no la atienda, se desechará el referido recurso.

En el caso de que haya habido alguna prevención, el plazo que tienen los organismos garantes para resolver el recurso se interrumpirá, de tal manera, que comenzará a correr a partir de que la prevención haya sido desahogada. Está prohibido hacer una prevención a través del nombre que

haya dado el solicitante.

El recurso de revisión deberá ser resuelto por el organismo garante en un plazo de cuarenta días contados a partir de su admisión, el referido plazo podrá ampliarse por una sola ocasión y hasta por veinte días.

Durante el procedimiento a través del cual se tramite el recurso de revisión, operara la suplencia de la queja en favor del recurrente. No se deberán cambiar los hechos expuestos, y deberá asegurarse que las partes presenten sus argumentos base de sus pretensiones de forma oral o escrita, fundados y motivados.

El contenido del artículo 147 de la Ley General establece la potestad de los comisionados para poder acceder a la información clasificada con la finalidad de determinar su naturaleza, y los sujetos obligados establecerán la normatividad para su acceso.

El artículo 148 de la Ley General, debemos relacionarlo con el 147 de la misma ley, el cual establece que la información reservada o confidencial, indispensable para resolver el asunto, que sea consultada por los comisionados, deberá continuar como tal y no podrá estar disponible en el expediente, salvo que sobrevenga su desclasificación o se requiera por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, en función del derecho nacional e internacional.

Uno de los temas más controversiales que pudiera presentarse al resolver un recurso de revisión, se da cuando se trate de aplicar la prueba de interés público, en el supuesto de que exista una colisión de derechos.

Hasta donde se tiene idea, nuestros órganos y organismos jurisdiccionales no han podido determinar el alcance y los límites de lo que implica la figura del interés público, además de esto, se tiene la problemática de aplicar tres elementos, no justificados lógicamente ni jurídicamente, como son: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

El interés público, ha sido catalogado como uno de los vocablos indeterminados e indefinibles, de tal manera, que la autoridad jurisdiccional ha recomendado su aplicación a través de la individualización de casos, lo que desde nuestro particular punto de vista, corresponde a una absoluta discrecionalidad y actividad contraria a lo establecido en el artículo 16 constitucional, el cual prevé el principio de certeza jurídica.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, el organismo garante deberá basarse en tres figuras, como son: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad: la primera, sustentada en el derecho adoptado como preferente y adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; la segunda, basada en la falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información para satisfacer el interés público, esto es sumamente criticable, al no saber el significado elemental de dicha figura, que la ley disponga que se pueda satisfacer a través de un medio alternativo menos lesivo; y tercera, el equilibrio entre el perjuicio y beneficio, en pro del interés público, como es posible que la ley indique que será en favor del interés público, cuando ni siquiera se sabe la naturaleza jurídica del citado vocablo.

La prueba de interés público es un supuesto no objetivo y absolutamente discrecional que vulnera el artículo 16 constitucional, al pretender ser factor fundamental en la resolución de un



recurso de revisión, donde esté en juego la prevalencia de un derecho.

Algunos estudiosos han considerado que, de acuerdo al caso concreto, debe hacerse una ponderación de derechos con la finalidad de analizar cuál es el que debe prevalecer, y así resolver en dicho sentido.

Presentado el recurso de revisión, el presidente del organismo garante lo turnará al comisionado ponente con la finalidad de que este lo analice y emita una decisión, la cual puede ir en determinado sentido, admitirlo o desecharlo.

Admitido el recurso de revisión, el Comisionado ponente deberá integrar un expediente y lo pondrá a disposición del sujeto obligado y del recurrente para que en un plazo máximo de siete días manifiesten lo que a su derecho convenga.

Dentro del plazo de siete días, las partes podrán ofrecer todo tipo de pruebas o alegatos, excepto la prueba confesional de los sujetos obligados y aquellas que sean contrarias a derecho. La redacción del artículo, presenta una gran problemática, debido a que en lugar de “y” se puso la letra “o”, es decir presentan pruebas o alegatos, lo que consideramos incorrecto, ya que una cosa son las pruebas y otra los alegatos, estas representan figuras diferentes con objetivos distintos.

El Comisionado ponente podrá celebrar audiencias con las partes durante la tramitación del recurso de revisión.

Una vez que hubiere concluido el plazo de siete días, el Comisionado ponente deberá decretar el cierre del periodo de instrucción; después de declarado el cierre de instrucción, el organismo garante no tendrá obligación de atender la información remitida por el sujeto obligado.

A partir del cierre del periodo de instrucción, el expediente pasará a resolución, la cual deberá emitirse en un plazo que no podrá exceder de veinte días.

La resolución que adopten los organismos garantes, podrán ir en tres sentidos, siendo los siguientes:

- I. Desechar o sobreseer el recurso;
- II. Confirmar la respuesta del sujeto obligado, o
- III. Revocar o modificar la respuesta del sujeto obligado.⁵

Las resoluciones establecerán términos y plazos de su cumplimiento y los procedimientos que aseguren su ejecución, los cuales no podrán exceder de diez días, excepto los organismos garantes previa fundamentación y motivación, amplíen dicho plazo.

Atendiendo a la relevancia de la información, la incidencia de las solicitudes sobre la misma y el sentido reiterativo de las resoluciones, los organismos garantes en su resolución podrán señalar a los sujetos obligados que la información que deben proporcionar será considerada como obliga-

⁵ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 151. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:20 AM).

ción de transparencia.

Las resoluciones deberán ser notificadas a las partes al tercer día siguiente de su aprobación, mientras que los sujetos obligados deberán informar del cumplimiento de la resolución en un plazo no mayor a tres días a los organismos garantes.

Cuando un organismo garante determine que durante la tramitación del recurso se pudo haber incurrido en una probable responsabilidad, lo hará del conocimiento al órgano interno de control, o a la instancia competente para que inicien el procedimiento de responsabilidad respectivo.

El recurso de revisión será improcedente en los siguientes supuestos:

- I. Sea extemporáneo por haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 142 de la presente Ley;
- II. Se esté tramitando ante el Poder Judicial algún recurso o medio de defensa interpuesto por el recurrente;
- III. No actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 143 de la presente Ley;
- IV. No se haya desahogado la prevención en los términos establecidos en el artículo 145 de la presente Ley;
- V. Se impugne la veracidad de la información proporcionada;
- VI. Se trate de una consulta, o
- VII. El recurrente amplíe su solicitud en el recurso de revisión, únicamente respecto de los nuevos contenidos.⁶

Una vez admitido el recurso, este será sobreseído en todo o en parte cuando se actualice alguno de los siguientes supuestos:

- I. El recurrente se desista;
- II. El recurrente fallezca;
- III. El sujeto obligado responsable del acto lo modifique o revoque de tal manera que el recurso de revisión quede sin materia, o
- IV. Admitido el recurso de revisión, aparezca alguna causal de improcedencia en los términos del presente Capítulo.⁷

Para los sujetos obligados las resoluciones de los organismos garantes serán definitivas, vin-

⁶ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 155. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:27 AM).

⁷ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 156. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:32 AM).



culatorias e inatacables, excepto, el Consejero Jurídico del Gobierno Federal interponga recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este supuesto también corresponde a uno de los casos que denominados recurso de revisión sobre recurso de revisión, en este supuesto no es el particular como en los anteriores, sino el sujeto obligado a través del Consejero, quien decide interponer el recurso de revisión, en el supuesto de que dicha resolución emitida por el organismo garante ponga en peligro la seguridad nacional.

Del recurso de revisión por tratarse de causas que puedan poner en peligro la seguridad nacional, nos resulta ilógico que sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien conozca, desde nuestra perspectiva, el organismo garante Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales a nivel federal es el organismo especializado, quien de conformidad con la Constitución Federal y la Ley General cuenta con los miembros adecuados para resolver una cuestión de esta magnitud. Con dicho recurso, volvemos al centralismo judicial, e incurrimos en la desconfianza de un ente especializado como es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Nos parece que otorgarle potestad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación atenta contra la autonomía plena del referido organismo, por lo que resulta muy cuestionable dicho recurso de revisión por razones de seguridad nacional.

Por lo que respecta a los particulares, estos podrán impugnar las determinaciones del organismo garante ante el Poder Judicial de la Federación. El mecanismo que se tiene, y que puede resultar más viable sería por cuestiones de violación de derechos humanos, durante el procedimiento o en la resolución del recurso de revisión, y procedería el amparo indirecto, pero que pasaría cuando la autoridad ha indicado y probado que es incompetente, sería improcedente.

III. El Recurso de Inconformidad

Para el Profesor Filiberto Otero Salas el recurso de inconformidad corresponde al medio a través del cual el titular del derecho de acceso a la información solicita al Instituto Nacional sopesa la resolución de un organismo garante local con la norma con la finalidad de confirmar, revocar o modificar dicha resolución.⁸

Cuando quien resuelva un recurso de revisión sea un organismo garante de una entidad federativa, la resolución se podrá combatir por los particulares ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, o ante el Poder Judicial de la Federación.

Los particulares que acudan ante el Instituto Nacional podrán interponer el recurso de inconformidad contra las resoluciones siguientes:

⁸ Otero Salas, Filiberto, Op. Cit. Pág. 56.

⁹ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 160. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:37 AM).

- I. Confirмен o modifiquen la clasificación de la información, o
- II. Confirмен la inexistencia o negativa de información.⁹

Una vez que se haya tenido conocimiento de la resolución al recurso de revisión o haya vencido el plazo para que este sea emitido, el recurso de inconformidad deberá plantearse dentro de los quince días posteriores, vía electrónica o por escrito ante el organismo garante o el mismo Instituto.

Cuando el recurso de inconformidad se haya planteado por escrito ante el organismo garante de una entidad federativa, este lo hará del conocimiento del Instituto Nacional al día siguiente de su recepción, debiéndolo acompañar de la resolución que se impugna, por conducto de la Plataforma Nacional.

Es una obligación de que el expediente donde se lleve el recurso de inconformidad esté disponible en la Plataforma Nacional.

El recurso de inconformidad deberá contener los siguientes requisitos:

- I. El sujeto obligado ante el cual se presentó la solicitud;
- II. El número de la resolución del recurso de revisión de la resolución impugnada;
- III. El organismo garante que emitió la resolución que se impugna;
- IV. El nombre del inconforme y, en su caso, del tercero interesado, así como las correspondientes direcciones o medios para recibir notificaciones;
- V. La fecha en que fue notificada la resolución impugnada;
- VI. El acto que se recurre;
- VII. Las razones o motivos de la inconformidad, y
- VIII. La copia de la resolución que se impugna y, en su caso, de la notificación correspondiente.

El recurrente podrá anexar las pruebas y demás elementos que considere procedentes someter a consideración del organismo garante.¹⁰

El recurso de inconformidad será examinado por el Instituto Nacional, y en su defecto, podrá requerir al organismo garante de la entidad federativa que se trate, los elementos que considere necesarios.

Si el escrito de inconformidad no cumple con alguno de los requisitos ya referidos, y el Instituto Nacional no cuenta con los elementos necesarios para subsanarlos, prevendrá al inconforme en un plazo que no excederá de cinco días por una sola ocasión, y a través del medio que haya elegido para recibir notificaciones, para que subsane las omisiones dentro de un plazo que no podrá

¹⁰ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 162. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:42 AM).



exceder de quince días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la prevención, apercibiendo de que en caso de omisión, se tendrá por no presentado el recurso.

Al igual que en el recurso de revisión, la prevención interrumpirá el plazo que tiene el Instituto Nacional para resolver el recurso de inconformidad, mismo que iniciará a contarse a partir de su desahogo. De igual manera, está prohibido hacer la prevención por el nombre que proporcione el inconforme.

El recurso de inconformidad deberá resolverse en un plazo que no podrá exceder de treinta días, mismo que podrá ampliarse por única vez y por un periodo igual; asimismo, la resolución deberá notificarse vía Plataforma Nacional al inconforme, al sujeto obligado, al organismo garante responsable, y en su defecto, al tercero interesado.

Durante la tramitación del recurso de inconformidad deberá aplicarse la suplencia de la deficiencia de la queja, por tanto no se podrán cambiar los hechos en favor del recurrente; asimismo, se deberá asegurar que las partes presenten sus pruebas y alegatos.

Del recurso de inconformidad que se admita, se correrá traslado del mismo al organismo garante responsable con la finalidad de que en un plazo no máximo de diez días rinda su informe justificado.

El inconforme, una vez que le ha sido notificado la admisión del recurso de admisión, podrá manifestar lo que a su derecho convenga y aportar los elementos que considere oportunos dentro de los diez días siguientes a la notificación; también podrá solicitar la ampliación del plazo hasta antes del cierre de instrucción y hasta por un periodo de diez días adicionales.

Podrán admitirse pruebas supervenientes, mismas que se podrán ofrecer después del cierre del periodo de instrucción y hasta antes de dictada la resolución; también será admisible la petición de ampliación de informes a los organismos garantes y sujetos obligados.

Es de notarse que se regula la figura del tercero interesado, respecto del mismo, la Ley General, dispone que a dicho sujeto se le notificará del recurso de inconformidad con la finalidad de que en un plazo no mayor a cinco días acredite su carácter y alegue lo que a su derecho convenga.

La resolución que emita el Instituto Nacional podrá ser en los siguientes sentidos:

- I. Desechar o sobreseer el recurso de inconformidad;
- II. Confirmar la resolución del organismo garante, o
- III. Revocar o modificar la resolución del organismo garante.¹¹

Si el Instituto Nacional determina que se pudo haber incurrido en responsabilidad durante la tramitación del recurso, lo hará del conocimiento a la autoridad competente para que inicie el procedimiento de responsabilidad respectivo.

¹¹ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 170. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:45 AM).

En el supuesto de que el Instituto Nacional determine la modificación o revocación de lo decidido por el organismo garante local en el recurso de revisión, este deberá dictar un nuevo fallo dentro del plazo de quince días contados a partir de que se haya tenido conocimiento o notificado de la resolución dictada.

De conformidad al caso concreto y sus circunstancias especiales, los organismos garantes solicitaran de manera fundada y motivada la ampliación del plazo para dictar la nueva resolución, la cual deberá realizarse a más tardar cinco días antes de que venza el plazo otorgado para el cumplimiento de la misma, lo anterior con la finalidad de que el Instituto resuelva sobre la petición de ampliación del referido plazo.

La nueva resolución que adopte el organismo garante local, como cumplimiento a una decisión del recurso de revisión emitido por el Instituto Nacional, deberá notificarse a través de la Plataforma Nacional al Instituto y al sujeto obligado correspondiente a través de su Unidad de Transparencia, con el propósito de que dé cumplimiento.

Emitido y notificado el fallo al sujeto obligado, a través de la Unidad de Transparencia deberá dar cumplimiento, para esto, contará con un plazo no mayor a diez días, excepto se haya fijado un plazo diferente en la resolución; también deberá informar sobre el cumplimiento que haga de la resolución emitida.

El sujeto obligado deberá informar al organismo garante local o al de la Ciudad de México según sea el caso, sobre el cumplimiento del fallo, mismo que deberá hacerse dentro de los diez días o en el que se haya fijado en dicho fallo.

Los organismos garantes locales vigilaran y darán seguimiento del debido cumplimiento del fallo por parte del sujeto obligado; asimismo, para efectos del cumplimiento se podrán aplicar las medidas de apremio que prevé la Ley General, las cuales deberán establecerse en la propia resolución.

El recurso de inconformidad, podrá ser desechado en los siguientes supuestos:

I. Sea extemporáneo por haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 161 de la presente Ley;

II. Se esté tramitando ante el Poder Judicial algún recurso o medio de defensa interpuesto por el inconforme o, en su caso, por el tercero interesado, en contra del acto recurrido ante el Instituto;

III. No se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 160 de la presente Ley;

IV. Cuando la pretensión del recurrente vaya más allá de los agravios planteados inicialmente ante el organismo garante correspondiente;

V. El Instituto no sea competente, o

VI. Se actualice cualquier otra hipótesis de improcedencia prevista en la presente Ley.¹²

¹² Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 178. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 10:49 AM).



Una vez admitido el recurso de inconformidad, podrá ser sobreseído, cuando se actualicen las siguientes hipótesis:

- I. El inconforme se desista expresamente del recurso;
- II. El recurrente fallezca;
- III. El sujeto obligado responsable del acto lo modifique o revoque de tal manera que el recurso de inconformidad quede sin materia, o
- IV. Admitido el recurso de inconformidad, aparezca alguna causal de improcedencia en los términos del presente Capítulo.¹³

La resolución que emita el Instituto Nacional será, según dispone la Ley General, definitiva e inatacable, tanto para el organismo garante, como para los sujetos obligados, mientras que los particulares podrán impugnar dicha resolución ante el Poder Judicial de la Federación, de inicio podría ser en amparo indirecto.

La falta de resolución de los organismos garantes de las entidades federativas en el plazo que tienen para hacerlo, se interpretará como una negativa de acceso a la información pública.

Contra dicha omisión, se podrá interponer recurso de inconformidad ante el Instituto Nacional, este a su vez dará vista en un término de tres días, contados a partir del día en que fue recibido el recurso, al organismo garante local, para que alegue lo que a su derecho convenga en un plazo de cinco días.

Recibida la contestación, el Instituto Nacional deberá emitir su resolución en un plazo no mayor a quince días; sin embargo cuando no haya contestación del organismo garante, no pruebe su resolución o no exponga fundando y motivando que se está ante información confidencial y reservada, el Instituto deberá resolver en favor del solicitante.

Transcurrido el plazo para dar cumplimiento, el sujeto obligado de que se trate, deberá informar al organismo garante sobre el mismo, para tales efectos, el organismo garante verificara de oficio, y al día siguiente de recibir el informe de cumplimiento dará vista al recurrente para que dentro de cinco días siguientes manifieste lo que a su derecho convenga, si considera que el cumplimiento no corresponde a lo ordenado por el organismo garante, deberá expresar las causas por las cuales así lo considera.

En un plazo no mayor a cinco días, el organismo garante deberá pronunciarse sobre todas las causas que el recurrente manifieste así como del resultado de la verificación realizada, y en el supuesto de que considere que se dio cumplimiento a la resolución, emitirá un acuerdo y ordenara el archivo del expediente, en caso contrario, el organismo garante actuará de la siguiente forma:

¹³ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 179. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 11:05 AM).

- I. Emitirá un acuerdo de incumplimiento;
- II. Notificará al superior jerárquico del responsable de dar cumplimiento, para el efecto de que, en un plazo no mayor a cinco días, se dé cumplimiento a la resolución, y
- III. Determinará las medidas de apremio o sanciones, según corresponda, que deberán imponerse o las acciones procedentes que deberán aplicarse, de conformidad con lo señalado en el siguiente título.¹⁴

IV. El Recurso de Revisión por Cuestiones de Seguridad Nacional

Cuando las resoluciones del Instituto pongan en peligro la seguridad nacional, el Consejero jurídico del Gobierno Federal podrá interponer recurso de revisión directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El recurso deberá interponerse durante los siete días siguientes a aquel en el que el organismo garante notifique la resolución al sujeto obligado, debiendo inmediatamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación la suspensión de la ejecución de la resolución, y dentro de los cinco días siguientes a la interposición del recurso, resolver sobre su admisión o improcedencia.

En el recurso de revisión, el Consejero jurídico deberá indicar lo siguiente:

- 1.- La resolución que se impugna;
- 2.- Los fundamentos y motivos por los cuales considera que se pone en peligro la seguridad nacional;
- 3.- Los elementos de prueba necesarios.¹⁵

La información reservada y confidencial solicitada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, indispensable para resolver el recurso, deberá mantener dicho carácter y no figurar en el expediente; asimismo, en todo momento, los ministros tendrán acceso a la información clasificada con la finalidad de determinar su naturaleza si se requiere; y su acceso será de conformidad con la normatividad establecida para el resguardo o salvaguarda de la información.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación confirme la resolución recurrida, el sujeto deberá dar cumplimiento y entregar la información dentro de un plazo de tres días; sin embargo, cuando se revoque la resolución, el Instituto deberá actuar en los términos que ordene la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁴ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 198. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 11:13 AM).

¹⁵ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 190. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 11:17 AM).



V. El Recurso de Revisión en Tratándose de Asuntos Jurisdiccionales

Por asuntos jurisdiccionales, la Ley General, entiende a aquellos que están relacionados con el ejercicio de la función constitucional de impartición de justicia competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Ley Federal será la encargada de precisar los términos.

Para aplicar las disposiciones de la Ley General, vinculadas con la información de asuntos jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se creará un comité especializado en materia de acceso a la información, integrada por tres ministros.

Con la finalidad de dar solución a los recursos de revisión planteados con motivo de información de asuntos jurisdiccionales, el comité atenderá a los principios, reglas y procedimientos establecidos en la Ley General y contará con las facultades de los organismos garantes.

El recurso de revisión del que conocerá la suprema corte de justicia de la nación, nos parece incorrecto e ilógico, en el entendido de que el organismo especializado a nivel federal es el organismo garante, es una contradicción, y se convierte en juez y parte cuando la SCJN es sujeto obligado, y correlativamente quien conocerá del recurso de revisión vía comité, nos parece que lo más correcto debió dársele competencia al organismo garante a nivel federal.

Los sujetos obligados deberán dar cumplimiento a través de su unidad de transparencia a las resoluciones de los organismos garantes e informar de su cumplimiento; podrán solicitar a los organismos garantes la ampliación del plazo para el cumplimiento de la resolución.

La solicitud de ampliación del plazo, deberá presentarla dentro de los primeros tres días del plazo otorgado para el cumplimiento, con la finalidad de que los organismos garantes resuelvan sobre su procedencia o no dentro de los cinco días siguientes.

Transcurrido el plazo para dar cumplimiento, el sujeto obligado deberá informar al organismo garante sobre el mismo, para tales efectos el organismo garante verificara de oficio, y al día siguiente de recibir el informe de cumplimiento dará vista al recurrente para que dentro de cinco días siguientes manifieste lo que a su derecho convenga, si considera que el cumplimiento no corresponde a lo ordenado por el organismo garante, deberá expresar las causas por las cuales así lo considera.

En un plazo no mayor a cinco días, el organismo garante deberá pronunciarse sobre todas las causas que el recurrente manifieste así como del resultado de la verificación realizada, y en el supuesto de que considere que se dio cumplimiento a la resolución, emitirá un acuerdo y ordenara el archivo del expediente, en caso contrario, el organismo garante actuará de la siguiente forma:

I. Emitirá un acuerdo de incumplimiento;

II. Notificará al superior jerárquico del responsable de dar cumplimiento, para el efecto de que, en un plazo no mayor a cinco días, se dé cumplimiento a la resolución, y

III. Determinará las medidas de apremio o sanciones, según corresponda, que deberán imponerse o las acciones procedentes que deberán aplicarse, de conformidad con lo señalado en el siguiente título.¹⁶

VI. Conclusiones

Primera.- Desde nuestra perspectiva los mecanismos de impugnación son de distinta naturaleza; instrumentos que tienen como sujetos tanto a los titulares del derecho de acceso a la información, como a quienes no tienen la calidad de sujetos obligados como la Consejería Jurídica de Ejecutivo Federal;

Segunda.- Los servidores públicos en este nuevo modelo quedan sin mecanismos de defensa; lo anterior sería adecuado, si contáramos con organismos autónomos integrados por comisionados que fueran verdaderos especialistas en transparencia; sin embargo, ninguno de estos conoce la Teoría General del Derecho de la Información;

Tercera.- El recurso de revisión y el recurso de inconformidad los consideramos adecuados en el nuevo modelo;

Cuarta.- El recurso de revisión por cuestiones de seguridad nacional, desde nuestra perspectiva sólo opera para la materia Federal, salvo argumento en contrario; mientras que a las entidades federativas les fue prohibido insertar en sus disposiciones de transparencia una figura similar;

Quinta.- En el recurso de revisión por cuestiones de seguridad nacional se atenta contra la autonomía del organismo público autónomo, ya que del citado mecanismo conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es algo ilógico.

Sexta.- En tratándose del recurso de revisión por asuntos jurisdiccionales la Suprema Corte de Justicia de la Nación es juez y parte, con esto se contraría un principio elemental de la Teoría General del Proceso.

VII. Bibliografía

Otero Salas, Filiberto, Teoría General del Derecho de la Información y el Nuevo Modelo en México, Veritatis Verbum, México, 2017.

ACUERDO mediante el cual se aprueban los Lineamientos generales para que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales ejerza la facultad de atracción, así como los procedimientos internos para la tramitación de la misma.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

¹⁶ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 198. Consulta realizada en la siguiente página electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> (16 de agosto de 2018 a las 11:22 AM).



UNA PUGNA EN PRO DEL DIÁLOGO INTERRELIGIOSO EN MÉXICO

Autor//

Bernardo Perera Calzada¹

Sumario: I.- Introducción / II.- La religión como elemento cultural / III.- México, la religión y su concepción histórica / IV.- Laicismo y laicidad / V.- Conclusiones / VI.- Bibliografía.

Resumen: El dialogo interreligioso es un elemento fundamental en los Estados democráticos, ya que pugna por una apertura a diferentes ideales culturales que tienen por origen las religiones. En México éste es un tema que pareciera estar olvidado, del cual la autoridad Estatal no ha tenido mayor interés y del que prefiere mantenerse ajeno. Sin embargo, en un país en donde no se valore el dialogo, las religiones y el derecho a la libertad religiosa, se está promoviendo la intolerancia y por consecuencia la violencia, razón por la cual es de suma importancia transitar de un Estado laicista a uno verdaderamente laico que respete y vele por el diálogo interreligioso.

Palabras clave: Democracia; derechos humanos; dialogo interreligioso; laicidad; laicismo; México.

I. Introducción

Nos han enseñado que, en una reunión -familiar o con amigos- nunca debe de hablarse de futbol, política y religión, ello bajo el -erróneo- argumento de que lo único que se va a generar de dicha conversación serán discordancias y altercados. Sin embargo, el limitarnos a hablar de temas trascendentes como lo son la política y la religión - claramente excluyo el futbol por carecer de relevancia - nos ha acarreado problemas y rezagos que trascienden el ámbito personal.

Si como sociedad plural que somos evitamos hablar de temas de relevancia como lo es la política y la religión, lo único que estamos propiciando es la intolerancia con respecto de diversas posturas que no nos resultan compatibles -a primera vista- con los ideales propios o con las creencias que uno profesa. Situación que ha derivado, entre otras cosas, se nos excluya por la ideología política que tengamos, o peor aún, por la creencia o religión que profesemos.

En las siguientes páginas se intentará argumentar en favor del diálogo abierto y público como un elemento fundamental para la democracia, no respecto del ideal político que cada uno decida

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac Querétaro, docente de las materias de Derechos Humanos, y Contratos Internacionales, en la misma casa de estudios. Correo electrónico: bernardoperera@gmail.com

adoptar, sino respecto de la creencia o religión que se profese. El tema suele resultar escabroso y levantar emociones encontradas, sin embargo, es importante abordarlo, ya que el callar respecto de estos temas únicamente genera que más personas sean calladas; que posicionarse como ajeno propicia la intolerancia; así como el caer en extremismo religiosos puede llegar a generar más violencia.

No se busca defender una postura radicalista con respecto de ninguna religión o creencia, como tampoco se tiene la intención de caer en un laicismo que llegue a limitar la libertad de religión o de creencia; sino resaltar la importancia que tiene el diálogo público interreligioso para el desarrollo de las sociedades verdaderamente democráticas, destacar la importancia de que la moral derivada de la religión y las creencias sea extrapolada al ámbito público, y no se limite a la vida meramente privada.

En ese sentido, primeramente, es necesario hacer énfasis en la importancia que han tenido las religiones para el desarrollo de los Estados democráticos y sus culturas en el mundo, para después enfocarnos en el caso de México y su desarrollo histórico, y finalmente terminar con una correlación entre el diálogo interreligioso como elemento fundamental en las democracias modernas y en el desarrollo holístico de los Estados.

II. La Religión como Elemento Cultural

Muchos son los casos que pueden ejemplificar a la religión como un elemento de la cultura de los pueblos, sin embargo, la Iglesia de San Román, en Toledo, España, es un ejemplo clarísimo de ello, ya que, como se desarrollará a continuación, agrupa una serie de elementos arquitectónicos que son característicos de diferentes religiones, algunas de ellas inclusive estuvieron, en su momento, en constante pugna. Elementos que vienen a impactar directamente en el ámbito cultural de la Provincia de Castilla la Mancha, así como de distintas partes de Europa.

La Iglesia de San Román –considerada un monumento medieval emblemático del siglo XIII–, claramente es uno de los edificios más bellos de Toledo. Para aquellos que hayan tenido la oportunidad de visitar la Provincia de Castilla la Mancha, y especialmente el municipio de Toledo, sabrán que hay una serie de edificios que por regla casi obligada se deben de conocer, en este listado se encuentra forzosamente la Iglesia de San Román, en donde –ya tiempo atrás– fue la capital de la España cristiana.

La primera impresión al momento de entrar por las puertas de la Iglesia de San Román, aparte del magnífico retablo que adorna el muro principal, son los arcos de apariencia islámica en forma de herradura, mismos que poseen en sus bóvedas internas unas piedras que alteran su color entre blanco crema y rojo arenisca, justo igual que los arcos que se encuentran al interior de la mezquita del siglo VII de Córdoba y muchos otros edificios islámicos.

El visitante atento, podrá cuestionarse, ¿porqué unos arcos islámicos adornan el interior de una iglesia medieval del siglo XIII?, y la respuesta, acertada pero incompleta, podría ser que, antes de ser reconstruida como iglesia católica había sido una mezquita, creada cuando España se encontraba bajo dominio de los musulmanes, y en ese sentido es que se implementaron los arcos en



forma de herradura tan característicos del islam. Sin embargo, esta respuesta no cuenta la historia completa, ya que antes de ser una mezquita ya había sido una iglesia católica, y tenía los mismos arcos. Y aún antes, en el siglo VII, previo a que San Román se convirtiera en una iglesia católica, había sido un templo de la iglesia cristiana visigoda², ello derivado de la conquista de España en el siglo V. Es así, que los arcos en forma de herradura que podemos apreciar hoy en San Román no se originaron en la España católica del siglo XII, ni tampoco en una mezquita musulmana, sino varios siglos atrás, derivado de una innovación arquitectónica de los visigodos, considerados barbaros que saquearon Roma en el año 410 d.C., previo a la conquista misma de Francia del sur y de España. Inclusive, el nombre comúnmente aceptado y correcto que llevan dichos arcos es el de “arco de herradura romanovisigodo”.

En ese sentido podemos, aún más, mirar a mayor profundidad en retrospectiva, percatándonos de que, por un lado, los visigodos eran una tribu de agricultores que se asentaron a lo largo del Danubio –territorio ahora rumano–, y que sus antecesores procedían de las tribus paganas de godos en Escandinavia. En ese sentido los bellos arcos que componen la arquitectura de la Iglesia de San Román se extiende más atrás del mero siglo XIII, hacia el pasado en las orillas del Danubio y a la región geográfica de Escandinavia. Y, por otro lado, dichos arcos nos remiten, de igual manera, a las estelas funerarias hispano-romanas encontradas recientemente al restaurar las murallas leonesas, que fechan del siglo II y III d.C., en las cuales se aprecian los mismos arcos en forma de herradura.

Es así como los arcos de San Román, sirven como pieza clave para percatarnos y recordarnos de la amplia gama de civilizaciones, culturas y religiones que ha tenido influencia importante en el desarrollo de las sociedades modernas. Es de resaltarse el papel fundamental que han jugado las distintas religiones en la historia de Europa –por hablar de este caso en concreto–, y del mundo en general.

La confluencia multirreligiosa en un territorio o en una región determinada ha sido punto de partida para la creación de edificios que hoy en día son emblemáticos, para la educación en la cultural y la historia de los pueblos, así como para la edificación de sociedades tolerantes que pugnen por Estados laicos en donde sean respetadas todas las religiones y creencias. En donde la utilización de símbolos religiosos en espacios públicos no sea un obstáculo para el libre desarrollo de la persona, en donde la utilización del velo, la burka o el nicab por parte de mujeres musulmanas no sea un impedimento para transitar libremente por su ciudad³. Tristemente esta meta no se ha conquistado del todo, y ello encuentra como uno de sus fundamentos a aquellas posturas pugnan por una separación rotunda entre los asuntos religiosos y aquellos de la esfera pública Estatal.

² Los visigodos que conquistaron España en el siglo V construyeron la Iglesia de San Román, y no eran considerados católicos romanos, sino arrianos, siendo una versión del cristianismo que se había considerado herética por Roma.

³ Cfr. Caso: S.A.S v. Francia.

III. México, la Religión y su Concepción Histórica

La confluencia religiosa en nuestro país no es cuestión menor, en México 17 de cada 20 personas declaran tener o profesar alguna religión. Siendo la católica la que cuentan mayor número de feligreses con el 87 por ciento, seguida de la religión cristiana con un 4 por ciento, los Testigos de Jehová con un 2 por ciento y los evangelistas con un uno por ciento⁴.

En ese sentido, resulta absurdo que el Estado Mexicano quiera posicionarse como ajeno a una situación que, en suma, es verdaderamente importante para la gran mayoría de las personas en nuestro país, sin embargo, su excusa reiterada para no abordar los temas religiosos desde el ámbito público es el mal llamado “principio histórico de la separación del Estado y las iglesias”, tal y como lo señala el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pero previo a abordar la situación actual que se vive en nuestro país con respecto al derecho a la libertad religiosa o de creencias, el poco –y prácticamente nulo– posicionamiento por parte del Estado Mexicano al respecto y la dicotomía en la moral de nuestros servidores públicos, es necesario realizar un recuento histórico de México respecto del tema; cuales han sido los avances y retrocesos de país, y de que manera se ha abordado a nivel constitucional la relación entre el Estado y las iglesias.

El desarrollo histórico de la relación entre el Estado y las iglesias tiene un quiebre, un parteaguas que marca la concepción rezagada que se tiene respecto de las iglesias hoy en día. Éste se da con los revolucionarios de la primera parte del siglo XX, en donde se determinó, de manera rotunda, que el Estado y la iglesia se encontraban completamente separados, y que el primero era “ajeno” del segundo. Éste parteaguas ha sido malinterpretado y sobre exagerado, situación que ha derivado en que se propague en nuestro país una cultura antirreligiosa por parte del Estado –principalmente– y por aquellas personas que pugnan por un laicismo exacerbado.

Como es bien sabido, la idea de formar una nación independiente, aunque si tiene su origen –endebles– en 1810, fue realmente plasmada por José María Morelos y Pavón en 1813 en el texto titulado Los Sentimientos de Nación, mismo que fue presentado al Congreso de Chilpancingo. Dicho documento está integrado por 23 artículos y constituye un proyecto de nación que está fundamentado en cuatro pilares principalmente: la existencia de un gobierno republicano, la elección democrática de los gobernantes por parte de los ciudadanos, la justicia social y el carácter católico de la sociedad mexicana. Éste último pilar tiene la intención de mantener una relación con el pasado histórico de la nueva nación independiente.

Morelos al plantear dichos pilares o ejes es plenamente consciente de que no puede desarrollarse una nación si ésta no tiene una fuerte influencia moral sobre las políticas que van a desarrollar, es en ese sentido –acompañado del trasfondo histórico ya mencionado– que opta por

⁴ Consulta Mitofsky. (2007). Encuesta: La Cercanía con la Religión. México: Consulta Mitofsky. Obtenido del: <http://consulta.mx/index.php/estudios-e-investigaciones/mexico-opina/item/641-la-cercania-con-la-religion>



incluir dentro de dicho proyecto la religión católica, para que ésta fungiera como directriz moral en el ejercicio de la gestión pública y del Estado, acompañado de aquellos valores que imperan en la sociedad civil –mismos que hasta ese momento eran prácticamente católicos–.

Sin embargo, la postura propuesta por Morelos no era del todo viable –independientemente de la buena intención de la que iba acompañada– ya que el establecimiento de una religión como única y oficial por parte del Estado, era –y es– incompatible con un proyecto democrático de nación, en el cual se busque pugnar por el consenso deliberativo de los ciudadanos, ya que, al momento de establecer como obligatoria una religión cierras la puerta a que los feligreses de las demás creencias religiosas puedan participar de manera directa en el debate público, aunado a que se está imponiendo a que las personas profesen una religión específica –la católica en este caso–, cuestión que resulta completamente invasiva a la esfera más personal de la persona y obstruye su libre desarrollo físico y de conciencia, ya que trasgrede el derecho inalienable a profesar públicamente cualquier convicción religiosa, o ninguna, si ese es el caso.

Una vez consolidado el México independiente y promulgada la Constitución de 1824, tampoco se opta por una forma de gobierno en donde se vele por la pluralidad religiosa y la libertad de auto determinar aquella creencia que más compagine con los valores e ideales. En dicha constitución, en su artículo tercero, puede leerse: “La religión de la nación mexicana es y será perpetuamente católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”⁵.

Lo anterior dio pie a una constante pugna entre los mismos miembros de la sociedad, en donde la partes en conflicto nunca llegaron a visualizar la importancia y pertinencia que llegan a tener las religiones para el desenvolvimiento del ámbito público. Por un lado, ello se debe a que la visión de nuestros padres fundadores se enfrascaba únicamente en una religión, y ello limitaba –e imponía– a que la única religión formalmente aceptada fuera la católica y por consecuencia prohibía la manifestación pública de cualquier otra creencia religiosa. Por el otro lado quienes no aceptaban dicho mandato constitucional pugnar por que la religión quedara ajena al ámbito público y se extrapolara a la vida privada. Situación que vino a causar en el país un gran rezago en cuanto al derecho a la libertad religiosa o de creencia. El enfrascar a las religiones en la esfera de la vida meramente privada es un gravísimo error, ya que se termina limitando el debate público, la libertad de expresión y se obstruye –hasta cierto punto– a que los feligreses participen de manera directa en los asuntos del Estado.

Tras la adopción de la Constitución de 1857 se promulgó la *Justificación de las Leyes de Reforma*, texto en el que se señalaba de manera explícita el reconocimiento a la libertad religiosa, la cual se consideraba indispensable para proteger la República. Dicho texto muestra un gran avance en el Estado Mexicano, sin embargo, encuentra la problemática de que dicha libertad debe de ser

⁵ Cfr.: Constitución de 1824, artículo 3. Obtenido de: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf

entendida en el foro estrictamente de la vida privada, sin dar pie a la posibilidad de que las instituciones religiosas tuvieran una injerencia en la esfera pública.

Lo anterior se da derivado de la guerra civil mediante la cual se calificó la labor de la Iglesia Católica como contraria a los intereses del país, situación que fue acompañada de la expropiación de sus bienes y recursos públicos. En ese sentido puede observarse que la reforma liberal del siglo XIX no trata de garantizar únicamente los elementos constitucionales que propicien el derecho de libertad religiosa o de creencia, así como las libertades necesarias para generar un proyecto democrático para el país, sino que se genera como consecuencia de un suceso meramente histórico entre conservadores y liberales, cuestión que derivó en una reforma intolerante con cualquier manifestación religiosa en el ámbito público; privatizando, así, todas las construcciones culturales religiosas.

Una vez entrado el siglo XX se generó la Constitución de 1917 –ahora vigente–, en ella se buscaba resolver las injusticias sociales que se derivaron de la lucha entre conservadores y liberales, que se vieron plasmadas en la Constitución de 1857. Sin embargo, la separación entre el Estado y las religiones se mantuvo –artículo 130–, y en lugar de buscar un punto medio en el cual ambas instituciones tuvieran una confluencia pacífica en el ámbito público, se mantuvo la idea respecto a la privatización cultural de la religión. Siendo así que, por segunda ocasión, y hasta ahora de manera definitiva, se tienen privadas a las religiones –en plural y no de manera exclusiva a una sola– de participar en la esfera pública.

Lo anterior, aunque de primera mano no parezca tener gran trascendencia, ni que genere una afectación para los ciudadanos mexicanos, la realidad es otra, ya que al volver exclusivo de la esfera privada el diálogo religioso genera que la intolerancia y el laicismo antirreligioso se propaguen en mayor medida. Lo anterior ya que el Estado no puede posicionarse como ajeno a un tema que resulta de vital importancia para sus ciudadanos, no puede, ni debe dar igual tratamiento a la violencia religiosa que se vive en nuestro país, derivado de una intolerancia que, de entrada, ha sido propiciada de manera indirecta por el mismo gobierno. Es por ello que la pugna en pro de un Estado laico –y no laicista– que promueva y verdaderamente tome en cuenta el diálogo interreligioso es sumamente necesario.

IV. Laicismo y Laicidad

Explicar la diferencia entre laicismo y laicidad es de suma importancia para comprender el papel que debe de optar el Estado en lo referente a temas religiosos. Ambos son términos que suelen confundirse y que abonan a la problemática que se vive hoy en día en nuestro país con respecto de la intolerancia religiosa y el nulo espacio público de diálogo interreligioso.

En México nos jactamos de ser una República laica⁶ la cual está compuesta por Estados igual-

⁶ Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal,



mente laicos⁷, en donde nos regimos bajo el –mal– llamado principio histórico de la separación del Estado y las iglesias, el cual tiene su origen en la Constitución de 1857 –tema ya previamente expuesto–; sin embargo, podría asegurar, que muy pocas personas podría definir a cabalidad lo que significa ser un Estado laico, y más aún la diferencia entre laicismo y laicidad.

El laicismo y la laicidad exponen dos puntos de vista encontrados, dos propuestas muy diferentes sobre el lugar que puede ocupar la religión en nuestra sociedad. Situación que nos conduce a definir el Estado laico y cuales son las pautas para desarrollar una democracia valorativa en el entorno de una sociedad pluralmente religiosa y en la que confluyen distintos orígenes culturales.

Los sucesos que se viven en el mundo occidental actualmente respecto a la secularización religiosa no son meramente violentos –con sus debidas excepciones–, sin embargo, sí buscan desartar de toda esfera pública a las religiones, al grado de que, prácticamente se le exige al creyente que renuncie a su ser religioso cuando se incorpora a la esfera pública.

La religión es considerada por todos estos movimientos como un *mal hábito*, más tratándose en la esfera pública, el cual –al igual que todos los vicios– debe de ser desaparecido paulatinamente, y si se va a ejercer debe de ser dentro de la vida privada, de manera discreta y restringida, bajo la mera responsabilidad del *consumidor*.

En ese margen de ideas es en donde toma relevancia la diferenciación entre laicismo y laicidad. Jorge E. Traslosheros, menciona que “el laicismo tiene una clara intención de eliminar las formas de vida y pensamiento religioso de la escena de la vida pública, no sólo en lo que relaciona con los asuntos del Estado, sino también con la vida civil.”⁸ Busca, de ese modo, excluir a las religiones de la vida cultural, enfrascándola en la mera vida individual de quién la profesa, situación que, no puede –o mejor dicho, no debería– de darse, ya que las religiones han tenido una fuerte influencia en la consolidación misma de los Estados modernos, de las sociedades y claramente de su cultura.

Aquellas personas que pugnan por el laicismo, abanderan la idea de que debe de existir una necesaria neutralidad ideológica y moral con respecto del Estado y de cualquier debate público. En ese sentido es tarea primordial del Estado mantener ajenas a las personas –religiosas– que, con sus pensamientos y visiones parciales, moralistas, oscuras y poco objetivas, buscan interferir en la órbita de lo público y entorpecer en el desarrollo del Estado y sus objetivos.

compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Cfr.: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 40.

⁷ Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre...

Cfr.: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 115.

⁸ Traslosheros, Jorge E. Fundamentos de la libertad religiosa. En Traslosheros, Jorge E. Coordinador. LIBERTAD RELIGIOSA Y ESTADO LAICO. México. Porrúa. Primera Edición. 2012. Página 9.

Sin embargo, tal neutralidad ideológica es, no solo falsa, sino prácticamente inconcebible. Adolfo Sánchez Vázquez⁹ explicaba que existe una imposibilidad real respecto de la neutralidad ideológica, a la cual llamó: la ideología de la neutralidad ideológica. Lo que busca exponer el filósofo es que resulta imposible mantenerse al margen de las ideologías, dentro de ellas las religiosas. Lo anterior en razón de que éstas se encuentran fuertemente enraizadas en la sociedad; por lo tanto, sobresale como preocupante y antiético la posición de muchos –principalmente de aquellos que abanderan el laicismo– que se jactan de superiores, respecto de los creyentes, por el hecho –falso– de que no se encuentran sometidos a religión o ideología alguna, jactándose de una visión objetiva del mundo.

Para el laicismo –en los términos que lo hemos venido exponiendo– la libertad religiosa no es considerada como un derecho humano, sino como una cuestión meramente individual que no debe de sobrepasar el ámbito privado, y mucho meno inmiscuirse en el público. Posicionamiento que contraviene rotundamente lo señalado por los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹⁰

Al mismo tiempo el Estado laicista aprovecha de la posición antirreligiosa para propagar limitaciones en cuanto al ejercicio de dicho derecho, creando límites y prohibiciones directas al ejercicio público de la religión; como es el lamentable caso de Francia respecto a la prohibición de burkas y nicabs en espacios públicos. En esta situación, y en otras similares, el Estado ha considerado al creyente como un fanático extremista religioso¹¹, a quién sí reconoce su posibilidad de elegir la religión que más se adecue a sus creencias y valores, sin embargo reprende cualquier manifestación pública de la misma.

La laicidad por otro lado, y en oposición al laicismo, no busca limitar el ejercicio de ninguna religión, sino que impulsa el crecimiento, el desarrollo y el dialogo interreligioso de todas las instituciones y sus feligreses por igual. Es una postura democrática en cuanto a la apertura al diálogo y la integración de los religiosos en los debates públicos. Promueve una visión en donde la expresión pública respecto de la moral de las religiones no solo es permitida, sino que necesaria.

El Estado laico al no ser neutral ni ajeno a los temas religiosos impulsa el crecimiento y libre desarrollo de la personalidad, así como la democracia valorativa, mediante la promoción de los derechos humanos, principalmente el derecho a la libertad de religión y de conciencia.

⁹ Sánchez Vázquez, Adolfo. La ideología de la “neutralidad ideológica” en las ciencias sociales. En LA FILOSOFÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. México. Grijalbo, Primera edición. 1976, páginas 287.315.

¹⁰ Cfr.: Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12; Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 18, y la Adición de expertos sobre la prohibición al odio nacional, racial y religioso del Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹¹ Con respecto del extremismo religioso, es importante mencionar que tiene los mismos efectos que el laicismo: limitar el derecho a la libertad religiosa de los demás. Ya que dicho fanatismo busca imponer su religión como única y por sobre las demás, sin dar apertura al dialogo y a la concordancia interreligiosa.



V. Conclusiones

Para el verdadero y eficiente desarrollo de la democracia en los países modernos es necesaria la inclusión de las religiones en el debate público, en donde el Estado opte por una laicidad que opere como facilitador en pro del dialogo interreligioso. En ese sentido, no podemos jactarnos de velar por los derechos humanos si tenemos excluido a un sector de la población tan importante como lo es el de la religión.

La libertad de religión o de conciencia es un derecho humano que resulta fundamental para el libre ejercicio de la personalidad, sin el cual se vería privado de un elemento sustancial y de vital importancia en la composición de su persona. Aunado a ello, dicho derecho aparte de contribuir a la persona en lo individual, fomenta la cultura y el desarrollo de las sociedades.

En México, si bien es cierto que el artículo 24 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce dicho derecho, también es cierto que la postura que el Estado ha optado es de laicista, ello en cuanto a las limitantes que señala para su libre ejercicio. Es momento de que las autoridades mexicanas opten por realmente valorar las diversas posturas religiosas, las cuales, en términos generales, comparten los mismos principios y valores. En ese sentido, el querer excluir a las religiones de toda esfera pública es igual que el excluir las voces de los feligreses que viven bajo una serie de preceptos y valores morales derivados de su religión.

Debemos de comenzar por quitarnos la idea de que las religiones quieren adoctrinarnos y que ellas son un mecanismo de represión social; es importante que valoremos en ellas las grandes aportaciones ideológicas y culturales que han desarrollado en el mundo, y principalmente en nuestro país. Que no se nos olvide que México es un país en el que más del 85% de sus ciudadanos se manifiestan abiertamente como religiosos; en donde, según la encuestadora Parametría la sociedad mexicana confía más en instituciones religiosas que en el propio Estado.¹²

VI. Bibliografía

DE CAPÍTULOS DE LIBROS

Sánchez Vázquez, Adolfo. La ideología de la “neutralidad ideológica” en las ciencias sociales. En LA FILOSOFÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. México. Grijalbo, Primera edición. 1976.

Traslosheros, Jorge E. Fundamentos de la libertad religiosa. En Traslosheros, Jorge E. Coordinador. LIBERTAD RELIGIOSA Y ESTADO LAICO. México. Porrúa. Primera Edición. 2012.

PÁGINAS DE INTERNET

Consulta Mitofsky. (2007). Encuesta: La Cercanía con la Religión. México: Consulta Mitofsky.

¹² Parametría. 2012. Goza de alta confianza la iglesia católica en México. México: Parametría. Obtenido de: http://www.parametría.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4507



Obtenido de: <http://consulta.mx/index.php/estudios-e-investigaciones/mexico-opina/item/641-la-cercania-con-la-religion>

Parametría. 2012. Goza de alta confianza la iglesia católica en México. México: Parametría.

Obtenido de: http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4507

LEGISLACIÓN

Nacional

Constitución de 1824.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos para los Derechos Humanos.



DERECHO INDÍGENA CONSTITUCIONAL.

ALGUNAS CONSIDERACIONES AL ARTÍCULO 2º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Autor//

Ricardo del Río Trejo¹

I. Introducción / II. Antecedentes Histórico-Constitucionales / III. Consideraciones al artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos / IV. Conclusiones y propuestas.

I. Introducción

La presente ponencia tiene por objeto el demostrar cómo el derecho llamado indígena forma parte del derecho subjetivo público inmerso de forma tardía en nuestra constitución, en el reconocimiento de una serie de derechos humanos para un sector de la población, que en el caso de México representa alrededor del 12% de la misma. Así mismo, de cómo este derecho ha sido soslayado en los planes y programas académicos de la educación superior en derecho, que se imparte actualmente en las Universidades latinoamericanas.

Cuando hablamos de población indígena, nos estamos refiriendo en general a aquella población originaria de un lugar determinado, que conserva tradiciones y costumbres que normalmente datan de la época anterior a la colonización europea. Nos referimos a aquellos grupos que *“Conservan totalmente o parcialmente sus idiomas, instituciones y estilos de vida tradicionales que los distinguen de la sociedad dominante, habían ocupado un lugar particular antes de la llegada de otros grupos poblacionales”*².

Sin bien el denominativo indígena puede aplicarse a los grupos originarios con las características mencionadas en cualquier parte del planeta, aceptamos como referencia de Derecho indígena al que se aplica a los pueblos originarios de América, y en el caso de la presente ponencia, a los

¹ Ponencia presentada por el Dr. Ricardo del Río Trejo, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro, México, para el XIX Congreso Latinoamericano de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina AFEIDAL, celebrado en la Ciudad de Cancún, Quintana Roo, México, del 8 al 10 de Marzo de 2018.

² Gamboa Montejano, Claudia. Derechos indígenas. Estudio teórico conceptual, de antecedentes e iniciativas, presentadas en la LIX legislatura. Cámara de Diputados LX Legislatura. Centro de documentación, Información y análisis. México, Julio 2008, pág. 4.

originarios de América latina. “El término indio y sus derivados, como indígena, se emplean comúnmente para designar a los individuos pertenecientes a los pueblos originarios de América”³. Así bien, el término aplicaría también a los pueblos originarios de África u Oceanía, por citar algunos ejemplos.

Ahora bien, debemos tener en cuenta para la conformación del Derecho indígena en América latina, el aspecto cultural de nuestros pueblos originarios, es decir las concepciones que los mismos tienen sobre elementos diversos, así como la forma de relacionarse con sus semejantes, no necesariamente concuerdan con las concepciones liberales más individualistas. “Los derechos que se generan del derecho indígena son de carácter polisubjetivo, intersubjetivo, es decir, de espíritu colectivo, comunitario”⁴. Encontramos así un sentido de pertenencia a la comunidad y de derechos independientes y naturales de ésta.

Surge así entonces una concepción colectiva del derecho, que reconoce a su vez a un grupo de derechos de naturaleza colectivista. “La convivencia de los derechos humanos de carácter individualista, de la tradición jurídica europea continental, y los derechos humanos de naturaleza colectivista, y la tradición jurídica indígena americana, dará lugar a una tradición jurídica diferente”⁵.

Independientemente del reconocimiento del derecho indígena por parte del derecho positivo, especialmente en la Constitución, no podemos negar la existencia de un derecho indígena anterior a este reconocimiento, pero sí de la ausencia de garantías que le pudieran haber proporcionado validez y protección, con anterioridad de las grandes reformas constitucionales de finales del siglo XX. “El espacio jurídico ocupado por los pueblos indígenas ha carecido de validez”⁶.

“El derecho indígena al insertarse en el texto constitucional obtiene reconocimiento y no se trataría de creación de derechos nuevos”⁷, con lo que se resalta que si bien no había estado escrito en la norma fundamental, el derecho indígena ha estado presente en nuestros pueblos originarios de América latina y en sus autoridades que vienen realizando funciones tanto administrativas, en el reparto para la producción agrícola, así como jurisdiccionales, en la resolución de controversias entre los miembros de la comunidad.

Así mismo el derecho indígena tiene un origen comunitario mucho más realista que nuestro derecho positivo que considera a la letra de la ley aunque ésta esté descarnada de la realidad política y social.

³ Gamboa Montejano, op. Cit. Pág. 4.

⁴ Gamboa Montejano, op. Cit. Pág. 6.

⁵ Gamboa Montejano, op. Cit. Pág. 6.

⁶ Gómez, Magdalena. La pluriculturalidad ausente: valores y principios constitucionales. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 15. México, Agosto 2003. Pág. 3

⁷ Gómez, Magdalena. op. Cit. Pág. 3.



II. Antecedentes Histórico-Constitucionales

En el caso de México, como en el de muchos pueblos de América latina, la población indígena participó activamente en los movimientos emancipadores en contra de la dependencia de la colonización española. Sin embargo, esta lucha no fue del todo reconocida, *“luchas en las que los pueblos indígenas aportaron una gran cuota de sangre, pero cuando se diseñó el modelo de organización política que prevalecería en el país se les ignoró por completo por el grupo social dominante que asumió el poder.”*⁸ Por lo que las luchas independentistas, beneficiaron a los propios europeos avecindados en América, y en todo caso a la población mestiza, pero no así a los pueblos indígenas.

En el caso de México, cuando se accede a la independencia como nación, no había una población homogénea sino más bien diversos grupos étnicos, con características culturales, políticas y sociales diferentes. Aún en el caso de la población indígena, no podemos hablar de un grupo sino más bien de una gran variedad de pueblos indígenas.

Por tal motivo, los valores y principios liberales heredados de la Revolución francesa, como el de la igualdad, no aplicó adecuadamente en nuestros nacientes pueblos heterogéneos, ya que estaban constituidos por diversidad de grupos, incluyendo a los indígenas, con derechos y costumbres diferenciados. *“La declaración de igualdad de todos los habitantes del naciente país era una forma soterrada de negarnos nuestros derechos pues no todos éramos iguales y no podíamos aspirar a serlo si no se creaban las condiciones para ello.”*⁹

Al tratar de igualarse a los pueblos indígenas con el resto de la población, y dada su condición precaria y alejada de las clases dominantes, fueron marginados e ignorados, ya que si bien son reconocidos, en nuestro caso como mexicanos, no gozaban de los medios para poder ejercer sus derechos políticos y además les fueron negados sus derechos como pueblos indígenas.

La concepción liberal de nuestra naciente nación, plasmada en la primera constitución de 1824, así como las siguientes, trataron de conformar una sola población con individuos dotados de igualdad de derechos, perdiendo de vista que nuestro pueblo en realidad se conformaba por una diversidad de pueblos. *“El constitucionalismo decimonónico se atenía a una inspiración de matriz europea hasta el extremo de dar por supuesto que la presencia indígena habría de disolverse en el seno de una ciudadanía abstraída tanto de la pluralidad de culturas en concurrencia como del derecho particular de las que fueran precedentes en tierra propia, las indígenas”*¹⁰. Disolución que hasta la fecha no ha ocurrido, razón por la cual el mismo derecho ha tenido que reconocer a los grupos indígenas a finales del siglo XX dotándolos de autonomía y reconociendo sus derechos humanos.

⁸ López Bárcenas, Francisco. Legislación y derechos indígenas en México. Cámara de Diputados LXI legislatura. Colección Legislación y Desarrollo Rural. Tercera edición. México, 2010. Pág. 23.

⁹ López Bárcenas, op. Cit. Pág. 24.

¹⁰ López Bárcenas, Francisco. Op. Cit. Pág. 14.

“Durante el siglo XIX el Estado y la sociedad mexicanos no sólo negaron la existencia de los pueblos indígenas sino además hicieron todo cuanto estaba a su alcance para que desaparecieran y así quedarse con sus propiedades”¹¹. Vemos entonces que el derecho decimonónico es un reflejo de la sociedad nacional, ya que la discriminación y la marginación de la que aún siguen siendo los grupos indígenas se ve reflejada en el nulo reconocimiento jurídico que se tuvo de ellos.

La falacia liberal trataba de homologar al indígena con el hacendado, con el militar o el aristócrata, cosa que resultaba imposible dado que por una parte las clases dominantes conocían y estaban instruidos en sus derechos, mientras que los indígenas adolecían de toda formación.

Iniciado el periodo revolucionario en nuestro país, a principios del siglo XX, se enarbolaron las causas populares que tenían que ver con temas como el trabajo, la propiedad, el salario, la democracia, etc. Sin embargo el derecho indígena no fue un tema propuesto ni postulado por alguno de los proyectos revolucionarios, comenzando por el Plan de San Luis de Francisco Madero, ni por la propia Constitución de 1917, pasando por los diversos planes de los caudillos.

Resulta indiscutible que, a principios del siglo XX, la situación en nuestro país, así como en gran parte de América Latina, era una situación de desigualdad social y atraso de grandes sectores de la población, aunado a la falta de productividad tanto del campo como de los pocos sectores industriales, aún muy incipientes.

Así mismo, y con gran impulso en las facciones revolucionarias, la pobreza jugaría un papel fundamental en la lucha social por la cual se pretende la reivindicación de obreros y de campesinos. Pero no es una lucha para los indígenas, ya que a ellos no se les tomaba en cuenta y muy someramente se les equiparaba a campesinos.

Así lo vemos en la propia constitución de 1917 *“Venustiano Carranza convocó a un Congreso Constituyente en la cual la cuestión indígena no era un tema prioritario en la agenda nacional... Para los constituyentes los indígenas eran campesinos y, por lo tanto, no ameritaban un tratamiento diferente al resto de la clase.”¹² Y así quedaría inscrito el desconocimiento de los pueblos indígenas en nuestro México revolucionario.*

La revolución campesina no es una revolución indígena, o cuando menos no postuló el reconocimiento de los pueblos y derechos indígenas, sino más bien y en todo caso el de los campesinos *“El universo indígena fue retirado de la agenda nacional o, cuando mucho, quedó englobado en el complejo problema agrario. El indio fue visto como un campesino más, y el liberalismo acabó otorgando un trato jurídico igual a los desiguales.”¹³ Esto no quiere decir que los indígenas no participaran en la Revolución, de hecho los encontramos en ambos bandos, ya sea en las facciones revolucionarias como la de Zapata y de forma menor pero también en las fuerzas gubernamentales por el reclutamiento forzoso a través de la leva.*

¹¹ López Bárcenas, Francisco. Op. Cit. Pág. 44.

¹² Gamboa Montejano, op. Cit. Pág. 12.

¹³ Sola Ayape, Carlos. Derecho Constitucional Indígena. Revista Jurípolis. Tecnológico de Monterrey, Número 5. México. Enero, 2007. Pág. 3.



Aún así y ya en las postrimerías del siglo XX nuestra Constitución será de las primeras en el mundo que reconozca los derechos de los pueblos indígenas elevados a la máxima jerarquía jurídica.

Las principales reformas a la Constitución las tendremos en los años 90´s aunque incipientemente hubo reconocimientos generales anteriores pero no con tales detalles. *“He aquí la primera de toda América que da paso al reconocimiento del derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación.”*¹⁴

III. Consideraciones al Artículo 2º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos

En el presente apartado, pretendemos hacer algunas consideraciones y comentarios respecto del texto constitucional vigente en el más importante de los artículos constitucionales que contienen al Derecho indígena, como lo es el vigente texto del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Citaremos solo algunas partes conducentes que consideramos de vital importancia para entender el reconocimiento constitucional de actual Derecho indígena, mencionando así mismo las que a nuestro juicio pudieran ser contradicciones o bien obstáculos para el desarrollo y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

El primer párrafo del mencionado artículo 2º define a los pueblos indígenas de una manera que consideramos muy apropiada, ya que se refiere a la población originaria en el territorio al inicio de la colonización. *“Artículo 2o. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.*

En este texto, encontramos un reconocimiento por parte de la norma máxima al concepto del derecho de los pueblos indígenas, es decir, el reconocimiento de un derecho de grupo. Y no quiere decir de manera alguna que el texto otorgue un derecho a los pueblos indígenas, sino que más bien, aunque tardíamente decíamos antes, reconoce la existencia previa de un derecho comunitario indígena, lo cual no es cosa menor y más aún cuando queda plasmado en el texto constitucional.

Así mismo, el texto constitucional reconoce que estos pueblos indígenas conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Esto también es de gran importancia, porque el derecho mismo está formado por instituciones, es decir, que en este texto la constitución reconoce un derecho indígena preexistente, es decir previo a su propio reconocimiento, más aún, previo al propio texto constitucional.

En efecto, estamos en presencia de un derecho surgido de la realidad histórica, social y cul-

¹⁴ López Bárcenas, op. Cit. Pág. 19.

tural plenamente reconocido ahora por el derecho positivo, como es el caso del derecho indígena al referirse a las instituciones de los pueblos indígenas. Reconocimiento que así mismo incluye a sus costumbres, autoridades y prácticas políticas, de forma expresa, así como jurisdiccionales de forma implícita.

Conforme a la clásica teoría constitucional del estado, éste se refiere a un pueblo asentado en un territorio con sus propias autoridades. Elementos que ahora aplican plenamente al concepto de comunidades o pueblos indígenas establecido en el propio texto constitucional *“Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”*.

Se nos antoja equiparar a las comunidades indígenas definidas en el texto constitucional con las antiguas polis griegas que también eran comunidades asentadas en un territorio con sus propias autoridades. Entonces ¿podríamos hablar de pequeños estados dentro del Estado? ¿Por qué no? De hecho, eso es el Estado Federal, un estado de estados, aún más, en nuestro caso municipios autónomos, en estados libres y soberanos, unidos en una federación. Entonces ¿cuál sería la naturaleza jurídica de estas nuevas comunidades y pueblos indígenas a los que la Constitución les reconoce autodeterminación?

Que en realidad no son nuevas comunidades, son más bien comunidades con tradiciones y culturas centenarias reconocidas ahora en nuestra Constitución. Es decir, este derecho o costumbre de los pueblos indígenas no es nuevo, sino tan solo su reconocimiento en el texto constitucional. Podemos afirmar entonces que, desde nuestra independencia han subsistido en nuestro país y quizá en gran parte de América latina dos sistemas de derecho, uno positivo de origen europeo establecido en las Constituciones escritas y por otro lado otro sistema consuetudinario, aceptado, aplicado y reconocido por los pueblos indígenas desde antes de la independencia de nuestras naciones.

Lo hasta aquí asentado representa en el texto de la Constitución un gran avance y un reconocimiento muy importante de una práctica jurídica que de hecho han tenido nuestros pueblos indígenas como lo es el reconocimiento de sus propias autoridades con sus procesos de elección, así como un sistema jurisdiccional a través del cual resuelven sus propias controversias.

Sin embargo, también la propia Constitución en el texto del artículo que ahora analizamos, impone límites y obstáculos para el desarrollo de un verdadero derecho como lo es el mandar el reconocimiento de los pueblos indígenas a las constituciones y leyes secundarias: *“El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas”*.

Consideramos una grave deficiencia Constitucional el someter el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas a las constituciones y leyes secundarias, ya que se trata del derecho indígena mismo, que queda solamente enunciado en el texto del artículo 2º constitucional, pero irresponsablemente delega la facultad para generar la estructura del derecho indígena a las legislaturas locales.

Lo que a nuestro concepto debió haber ocurrido es que el texto de la Constitución Federal de-



bió haber sido mucho más enfático en el reconocimiento de los pueblos indígenas y en todo caso obligar a las legislaturas locales a la regulación para la protección de sus derechos.

Con esta salvedad, sin embargo, y de una manera un tanto contradictoria con lo anteriormente mencionado, el artículo 2º en cita en su apartado A reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación: “A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación”. Lo cual sin duda reivindica el reconocimiento y en una interpretación literal podemos afirmar que lo concede, independientemente de la delegación arriba mencionada.

Esta libre determinación que la Constitución reconoce y concede a los pueblos indígenas vuelve a limitarse con las diversas fracciones que contiene el apartado mencionado por lo que nos limitaremos a comentar algunas de ellas.

La primera de ellas, que consideramos la más importante, ya que se refiere a la libre determinación política, pudiera tener varias implicaciones: “I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.”

Esta libertad de determinación de formas internas de convivencia, refuerza la idea de los elementos del estado que arriba comentábamos. Es decir, libertad de determinación social, económica y política, dentro de un territorio determinado. Aunque en una concepción más moderna de estado podríamos referirnos no al territorio sino a una comunidad determinada.

Esta fracción I del apartado A del artículo 2º Constitucional pudiéramos considerarla la piedra angular del reconocimiento del derecho indígena, ya que, en un pueblo o comunidad determinada indígena, ésta puede decidir y reglamentar su forma de organización política, económica y social y cuenta con todo el respaldo y protección de nuestra Constitución.

Ahora bien, la fracción II del mismo apartado se refiere al reconocimiento jurisdiccional de los pueblos indígenas de la siguiente manera: “II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”.

Esta fracción por un lado reconoce la facultad de resolución de conflictos internos, y por otra la existencia previa de sistemas normativos. Es decir, con esta disposición, los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas, aún de carácter costumbrista, adquieren validez jurídica.

Debemos tener en cuenta que los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas reconocidos por la Constitución en los términos anteriormente mencionados, desde luego tendrán como límite la protección de los derechos humanos, cuyo límite también es aplicable al resto del derecho.

Explícitamente la fracción III del apartado en comentario menciona y en consecuencia reconoce formas de gobierno internas de las comunidades y pueblos indígenas al referirse a la elección de sus autoridades: “III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno”.

Respecto de la elección de sus autoridades en los pueblos y comunidades indígenas, podemos hacer mención en nuestro país, que de hecho la elección local en municipios indígenas se ha venido realizando conforme a los llamados usos y costumbres, que aplica literalmente el texto en cuestión.

Un tema muy importante dentro del derecho indígena es el de la propiedad, por lo que se puede hablar de formas de propiedad indígena, que no son materia de la presente ponencia, pero la mencionamos en virtud de que la fracción VI de apartado en análisis se refiere a la libertad de los pueblos indígenas para acceder a las formas de propiedad y tenencia de la tierra: *“VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia”*.

Sin embargo, ese aparente derecho conferido a los pueblos y comunidades indígenas para acceder a las modalidades de la propiedad y tenencia de la tierra, está limitado a las establecidas en la Constitución y las leyes de la materia, por lo que consideramos entonces que el supuesto derecho conferido en la fracción VI está sobrando y el texto es innecesario, ya que los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas son ciudadanos mexicanos y como tales gozan de todos los derechos que otorga la Constitución.

Nos referimos aquí que el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas quedó incompleto en el texto que analizamos de la Constitución en virtud de que no se reconocen ni aceptan las formas de propiedad y tenencia de la tierra propios de estos pueblos y comunidades indígenas, lo cual ha sido materia de conflicto y abandono por muchos años.

Reitero que es materia de otro estudio y además de análisis a las modalidades de la propiedad contenidas en el artículo 27 de la Constitución, pero brevemente mencionemos que el concepto de propiedad en la cultura indígena es diferente al concepto de propiedad en el derecho liberal como lo establece nuestra Constitución. Empezando por que en el derecho indígena no existe la propiedad privada y en el derecho liberal no existe el concepto de propiedad de los pueblos, que es diferente al de propiedad comunal o ejidal que establece el artículo 27 de la Constitución.

En la fracción VII del apartado A del artículo 2º constitucional que comentamos, se establece también un supuesto derecho a elegir representantes ante los ayuntamientos: *“VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.”*

Nos referimos a supuesto derecho en virtud de que, como arriba comentábamos, el derecho a elegir representantes ante los ayuntamientos es de todos los mexicanos y no solamente de las comunidades y pueblos indígenas. Otro sería el caso de que la Constitución obligara a las legislaturas para que en aquellos municipios con población indígena las leyes electorales establecieran como requisito para el registro de fórmulas de ayuntamiento el que las mismas estuvieran integradas con representantes indígenas en una proporción equivalente al de su población en el municipio.

El apartado B del artículo 2º Constitucional establece la obligatoriedad a las autoridades para protección del derecho indígena en los siguientes términos: *“B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.”*

Aunque si bien podemos observar que el apartado B del artículo en análisis establece la obligatoriedad de manera muy genérica, ya que se refiere a los niveles de gobierno, podemos colegir que comprende a las autoridades de los tres poderes en los niveles de gobierno y que la omisión



podiera ser atribuible a alguna de estas autoridades en el caso que se presente.

Sean pues estas, algunas consideraciones al artículo 2º de la Constitución por las que se ha pretendido demostrar cómo ha existido simultáneamente en nuestro país y quizá en la totalidad de América latina, durante al menos los últimos 2 siglos, la existencia de dos sistemas de derecho, uno tradicional y costumbrista indígena y otro positivo, liberal y constitucional.

Por lo anterior es menester el estudio y reflexión del derecho indígena, ahora integrado al derecho constitucional, en nuestras escuelas e institutos de derecho de América latina, ya que el mismo ha constituido una realidad y una forma de vida de un sector importante de nuestros pueblos.

IV. Conclusiones y Propuestas

PRIMERA. Implementar y proponer la asignatura de Derecho indígena en la currícula de las escuelas e instituciones de derecho.

SEGUNDA. Fomentar cursos de extensión universitaria sobre Derecho indígena.

TERCERA. Ampliar las líneas de investigación universitaria para abarcar al Derecho indígena.

CUARTA. Promover la asesoría jurídica gratuita por parte de los bufetes jurídicos de las Universidades hacia los pueblos y comunidades indígenas, donde se tenga presencia de ellos.

QUINTA. Propiciar entre el alumnado de las escuelas de derecho el conocimiento de tradiciones indígenas.

Bibliografía

Gamboa Montejano, Claudia.

Derechos indígenas. Estudio teórico conceptual, de antecedentes e iniciativas, presentadas en la LIX legislatura.

Cámara de Diputados LX Legislatura. Centro de documentación, información y análisis. México, Julio 2008.

Gómez, Magdalena.

La pluriculturalidad ausente: valores y principios constitucionales.

Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 15.

México, Agosto 2003.

López Bárcenas, Francisco.

Legislación y derechos indígenas en México.

Cámara de Diputados LXI Legislatura. Colección Legislación y Desarrollo Rural. Tercera edición. México, 2010.

Luzia Colaco, Thais.



El Reconocimiento Constitucional del Derecho y la Jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Revista Alegatos. Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco. Número 87, México, Mayo, 2014.

Sola Ayape, Carlos.

Derecho Constitucional Indígena. Revista Jurípolis. Tecnológico de Monterrey, Número 5. México. Enero, 2007.

EL CONSTITUYENTE

Revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro.
Año I, Número 1, Noviembre 2018. Se terminó de imprimir en Printor Technology.

Dirección: José Frontera No. 9 Col. Mercurio. C.P. 76040 Querétaro, Qro.

Se imprimieron 200 ejemplares.



Anáhuac
Querétaro

UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO
Calle Circuito Universidades I,
Kilómetro 7 Fracción 2 El Marqués, Querétaro.
C.P. 76246 / TEL. 245 67 42



/ anahuacqro
www.anahuac.mx/queretaro