



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**“LA DETENCIÓN ARBITRARIA EN MEXICO A LA LUZ DEL
SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
CUITLAHUAC LINA RAMOS**

ASESOR: LIC. ROGELIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALBORES

MAYO 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PRESENTACION.

Los Derechos Humanos tienen apenas unos veinticinco años haciéndose presentes en el discurso público y menos años que van confrontando y obligando a modificar la práctica de las instituciones del Estado en nuestro país.

Uno de los ámbitos en los que también, los derechos humanos, van ganando un lugar es en la formación de los abogados y abogadas y este trabajo es muestra de ello. Lo que hasta hace no mucho era apenas una materia optativa, hoy puede ser el eje que permite estructurar el pensamiento y modular la manera de acercarnos a la realidad para transformarla y hacer posible todos los derechos para todas las personas.

Este trabajo de tesis hace un recorrido por la doctrina y la historia de los derechos humanos, luego nos dará una buena cantidad de elementos, filosóficos y jurídicos, sobre un derecho humano clave como es la libertad para posteriormente ponernos frente a la detención arbitraria, una de las formas como se vulnera este derecho. Por último nos obliga a echar una mirada sobre lo que pasa con la libertad de las personas en el contexto actual que vive nuestro país de inseguridad y violencia.

Un trabajo fundamental que tienen que hacer quienes trabajan a favor de los derechos humanos es ayudar a que se tornen visibles violaciones de derechos humanos, muchas de las cuales son cotidianas y nos parecen “normales”; ese es el caso de las detenciones arbitrarias, la gran mayoría de las detenciones que se practican en el país son así y no nos escandalizan. La tolerancia social a la detención arbitraria es enorme.

Una detención arbitraria puede ser el inicio de muchas otras violaciones a los derechos humanos de las personas como serían los malos tratos, la tortura, el ser acusado de un delito que no se cometió y posiblemente tener que cumplir una sentencia injusta.

Esta tesis es un significativo esfuerzo de ayudar a reflexionar sobre lo amenazada que está nuestra libertad y la urgente necesidad de cambiar las leyes y sobre todo para que efectivamente se garantice este derecho.

Espero que este esfuerzo siga adelante y haga de Cuitlahuac un abogado por y para los derechos humanos.

Edgar Cortez.

AGRADECIMIENTOS Y NOSTALGIAS.

Ahora me encuentro feliz y terriblemente nostálgico, festejando en silencio este cierre de gran ciclo en esta Universidad, cierre de un gran pedazo de vida en esta institución que permaneció en el tiempo, y los compañeros de aula pasaron a ser recuerdo.

Sobran desconocidos sobre estos pasillos, ahora; se han ausentado ya por razones de la naturaleza algunos profesores y ya hay nuevos salones habilitados, con nuevos estudiantes.

Abandono esta tierra azul y oro, tal y como he abandonado alguna región, un país visitado, y después de todos estos años, acá también me siento visitante, agradecido por esta formación, por los amigos y compañeros, por la cátedra y hasta por el deporte. Son demasiadas fotografías instantáneas las que guardo en mi maleta, y representan grandes agradecimientos, de diferente intensidad cada una de ellos, de camino sobre la ruta.

Las primeras y grandes instantáneas, sobre las que se reflejan mis ojos, proyectando todo mi agradecimiento, son las de mis padres, Trini y Pedro, quienes me apoyaron a lo largo de este trayecto y lo siguen haciendo, cada uno a su manera. Sin su apoyo el camino hubiese sido riguroso, a cada paso; y esta no es una frase trillada.

Gracias a Mali, michina, por ser mi peralte en esta curva que es la existencia, y hasta por la ayuda en este trabajo de titulación. También estuvo y está presente en mi Tesis.

Reconocimiento especial a compañeros, importantes en este ciclo, y co-protagonistas en este proceso universitario. Compañeros, hermanos, queridos, unos militantes como yo, de la conciencia y todos integrantes de la gran familia que es la izquierda social: Pato, Koji y Efrén (La academia), Nancy, Claudia, Arturo Turo, Virita, Karina.

Mucho agradecimiento y cariño para amigos entrañables, con los que transité codo a codo por los pasillos, y salones, como el buen Joshi, Deisy, Nadia y todos mis compañeros de generación que forman parte de esta historia.

Especial agradecimiento, respeto y admiración por Edgar, Jorge, Alfredo, Mario, Iván y todos los demás defensores por vocación, conocidos, del medio de defensa y promoción de los derechos humanos en México. Gracias a ellos por sus enseñanzas y su ejemplo. Éste trabajo también es en honor a la huella que todos ellos han dejado en mí. En memoria de Digna, Rafa y Lilia.

Aprovecho la ocasión para expresar mi respeto, infinito respeto, admiración y solidaridad con las familias de Rosendo Radilla, de las víctimas del feminicidio en Ciudad Juárez, y a las de Inés y Valentina. Todo mi corazón y fuerza con las víctimas de violaciones flagrantes a derechos humanos, guerreros de vida. Todo mi agradecimiento para ellos, por su valiosa lección de vida.

En contra parte, dedicatoria especial merecen en este trabajo, muchos de los representantes de los poderes públicos, represores, criminales que han lacerado la

dignidad e identidad del pueblo mexicano, durante décadas. A ellos toda mi consideración bañada en desprecio. A ellos está dedicada mi propuesta.

Termino, esperando no parecer pretencioso, al decir que además de la Ciudad de México y Veracruz; París, mon París, Strasbourg, Heidelberg, Barcelona y Madrid han estado muy presentes en este proceso de titulación. En ellas he tenido la fortuna de investigar, aprender, madurar, leer y redactar esta Tesis. Conservo especial cariño por estas ciudades y especial agradecimiento por el magnífico recibimiento que tuve de sus calles, sus ríos y vientos.

En la misma medida, profundamente agradecido estoy con mi alma mater, la UNAM, la Universidad Iberoamericana, la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; con Mr Flauss, Hela, Manon, y el respectivo reconocimiento a los compañeros del Diplomado en el Instituto Internacional de Derechos Humanos y la Universidad de Strasbourg III; gracias a la Universitat de Barcelona, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; a EQUITAS, al College Jhon Abbot y al gobierno de Canadá. Gracias a todas estas personas e instituciones por las experiencias académicas y la formación que me han brindado y brindarán.

Quizá mi única noción de patria
sea esta urgencia de decir nosotros...

El viejo Mario

INDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPITULO 1. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1.1 ELEMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	5
1.1.1 Definición.....	5
1.1.1.1 <i>Hacia la actualización del concepto de Derecho Internacional Público</i>	6
1.1.2 Fuentes.....	8
1.1.2.1 <i>Tratados</i>	9
1.1.2.2 <i>Derecho consuetudinario internacional</i>	10
1.1.2.3 <i>Principios generales del derecho</i>	11
1.1.3 Sujetos.....	12
1.1.3.1 <i>El Estado</i>	12
1.1.3.2 <i>Las organizaciones internacionales o intergubernamentales</i>	13
1.1.3.3 <i>La persona física y jurídica</i>	18
1.1.4 Ramas que regulan la protección de la persona humana.....	18
1.1.4.1 <i>Derecho Internacional Humanitario</i>	19
1.1.4.2 <i>Derecho de Internacional de los Refugiados</i>	20
1.1.4.3 <i>Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>	21
1.2 LAS TEORÍAS MONISTA Y DUALISTA.....	22
1.3 EL IUS COGENS.....	24
1.4 LA SOBERANÍA DEL ESTADO.....	25
1.4.1 Definiciones y particularidades.....	25
1.4.2 Atributos de la soberanía.....	30
1.5 TRATADOS INTERNACIONALES.....	31
1.5.1 Definiciones.....	31
1.5.2 Clasificación de los tratados.....	34
1.5.3 Elementos del tratado.....	35

1.5.4 Etapas en la elaboración.....	36
1.5.4.1 Convocatoria.....	36
1.5.4.2 Negociación.....	37
1.5.4.3 Adopción del texto.....	37
1.5.4.4 Firma.....	37
1.5.4.5 Ratificación, aceptación o aprobación.....	38
1.5.4.6 Depósito.....	38
1.5.4.7 Adhesión.....	39
1.5.4.8 Reservas y declaraciones.....	39
1.5.4.9 Entrada en vigor.....	40
1.5.4.10 Enmiendas y denuncia del tratado.....	41
1.6 ALCANCE DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.....	41

CAPITULO 2. DERECHOS HUMANOS

2. 1 TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	45
2.1.1 Definiciones.....	45
2.1.1.1 Una visión particular de los derechos humanos.....	47
2.1.2 Principios o características.....	48
2.1.3 Generaciones.....	50
2.1.3.1 Primera generación.....	50
2.1.3.2 Segunda generación.....	52
2.1.3.3 Tercera generación.....	52
2.1.3.4 Derechos emergentes.....	53
2.2 PRINCIPALES ENFOQUES FILOSÓFICOS.....	54
2.2.1 Ius naturalismo y ius positivismo.....	55
2.2.2 Universalidad.....	58
2.2.3 Reflexión acerca de los enfoques filosóficos.....	61
2.3 DERECHO INTERNACIONAL DE	

LOS DERECHOS HUMANOS.....	63
2.3.1 Definición.....	63
2.3.2 Características.....	65
2.3.3 Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos ratificados por México.....	66
2.3.3.1 <i>Características de los Tratados sobre Derechos Humanos</i>	66
2.3.3.2 <i>Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>	70
2.3.3.3 <i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	74
2.3.3.4 <i>Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	76
2.3.3.5 <i>Alcance de los tres artículos relativos a la libertad persona, incluidos en los instrumentos revisados anteriormente</i>	77
2.4 SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	79
2.4.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	80
2.4.1.1 <i>Reseña histórica</i>	81
2.4.1.2 <i>Estructura orgánica</i>	81
2.4.1.3 <i>Funciones y competencia</i>	82
2.4.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	83
2.4.2.1 <i>Estructura orgánica</i>	84
2.4.2.2 <i>Competencia y funciones</i>	85
2.4.2.3 <i>El impacto de las sentencias y jurisprudencia</i>	86

CAPITULO 3. LIBERTAD Y PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

3.1 ASPECTOS DE LA LIBERTAD.....	90
3.1.1 Noción filosófica.....	90
3.1.2 Noción sociológica.....	91
3.2 LIBERTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.....	93
3.2.1 Clasificación de acuerdo al criterio constitucional.....	95
3.2.2 Precisiones sobre la libertad personal o ambulatoria.....	96

3.3 PRIVACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD PERSONAL.....	98
3.3.1 El fundamento Constitucional.....	99
3.3.2 Formas controversiales de privación legítima de la libertad personal.....	101
3.3.2.1 <i>Acerca de la prisión preventiva</i>	103
3.3.2.2 <i>Acerca del Arraigo</i>	105
3.4 PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD PERSONAL EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.....	107
3.4.1 Dispersión e inconsistencias en los supuestos que establecen la privación ilegal de la libertad personal, cometida por servidores públicos.....	108
3.4.2 Tipos similares a la privación ilegal de la libertad personal, cometida por servidor público, y la tutela del bien jurídico.....	112

CAPITULO 4. LA DETENCIÓN ARBITRARIA EN MÉXICO

4.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DETENCIÓN ARBITRARIA.....	115
4.1.1 Conceptualización particular propuesta.....	117
4.1.2 Los bienes jurídicos tutelados.....	124
4.1.2.1 <i>La libertad de la persona</i>	124
4.1.2.2 <i>La seguridad e integridad de la persona</i>	124
4.1.2.3 <i>La adecuada procuración de justicia</i>	125
4.1.3 El entorno de la detención arbitraria en México.....	125
4.1.3.1 <i>Estado democrático y globalización</i>	126
4.1.3.2 <i>Políticas públicas y operativos policíacos</i>	129
4.1.3.3 <i>La impunidad</i>	132
4.2 CASOS DE DETENCIONES ARBITRARIAS A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	136
4.2.1 Peticiones ante la CIDH.....	136

4.2.2 Intervención de la COIDH.....	144
4.2.2.1 <i>Caso Radilla Pacheco</i>	147
4.3 INFORMES Y RECOMENDACIONES AL ESTADO MEXICANO.....	151
4.3.1 Órganos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.....	151
4.3.1.1 <i>Consejo de Derechos Humanos</i>	152
4.3.1.2 <i>Comité de Derechos Humanos</i>	153
4.3.1.3 <i>Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias</i>	154
4.3.1.4 <i>Comité contra la Tortura</i>	157
4.3.1.5 <i>Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos:</i>	158
4.3.1.6 <i>Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la Tortura</i>	160
4.3.2 Organismos Gubernamentales Mexicanos.....	163
4.3.2.1 <i>Comisión Nacional de los Derechos Humanos</i>	163
4.3.2.1.1 <i>Caso Atenco</i>	165
4.3.2.1.2 <i>Caso “altermundistas” en Jalisco</i>	166
4.3.2.1.3 <i>Caso Oaxaca</i>	168
4.3.2.2 <i>Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal</i>	170
4.3.3 Organizaciones no gubernamentales.....	174
4.3.3.1 <i>Amnistía Internacional</i>	174
4.3.3.2 <i>Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez</i>	175
Conclusiones.....	179
Propuesta	184
Lista de abreviaciones.....	187
Bibliografía.....	189

Introducción

A manera de consideración preliminar, necesario es advertir al lector, que con el objeto de agilizar la lectura de este trabajo, he incorporado una lista de abreviaturas que serán utilizadas a lo largo del texto, y que permitirán identificar los nombres de organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales e instancias de gobierno, entre otros.

Asimismo, ruego al respetable lector, tome especial consideración del enfoque de Derechos Humanos a partir del cual está elaborado el presente trabajo, viéndose fuertemente complementada la materia jurídica de este.

Introduciendo al tema esencial de este trabajo, es pertinente decir, que en creciente medida, la libertad ambulatoria de las personas en México, se ha visto afectada por detenciones arbitrarias, cometidas por elementos de cuerpos policiacos y militares.

En ese sentido, tanto el Derecho Internacional Público como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - éste último, rama enfocada a la protección de la persona humana, - representan una gran pantalla de proyección que permitirá visualizar el escenario en el que se circunscribe la propuesta de reforma, a diversas disposiciones dentro del orden jurídico mexicano, manifestadas en el presente texto.

Factores relevantes de análisis soportan la propuesta que hoy presento, y que pretende mejorar las condiciones de justiciabilidad para las víctimas de esta práctica violatoria de derechos humanos.

Algunos de estos factores, son los tratados internacionales que buscan garantizar la integridad y libertad física de las personas, entre otros derechos humanos. Estos tratados han desempeñado sin duda un papel relevante en la protección de los derechos humanos.

Otro factor, se ve integrado con el tema de la soberanía de los Estados. En este sentido, es menester decir que el Estado es soberano hasta un límite: el de sus

compromisos internacionales en materia de derechos humanos y el que imponen ciertos principios del Derecho Internacional como será visto adelante.

Por su parte, se hallarán en la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a casos de detención arbitraria en México y Latinoamérica, las bases jurídicas trascendentes que permitirán integrar un marco referencial de la detención arbitraria, así como las tesis jurisprudenciales que se encuentran al alcance de cualquier juez penal federal, en favor de toda víctima de ésta práctica en México.

Por otra parte, el derecho internacional consuetudinario imperativo también constituye un factor de análisis relevante para este trabajo y con ello puntualizo la relevancia que guarda el Derecho Internacional en el ámbito legal interno.

No existe justificación alguna que legitime violaciones a derechos, por parte del Estado, con la excusa del cumplimiento de la ley, y bajo el alegato de salvaguarda al estado de derecho. La clase política gobernante debe entender que el respeto al Estado de Derecho significa fundamentalmente la observancia y respeto de los derechos humanos.

En razón de lo expresado, las normas de ius cogens representan un factor importante en las condiciones de justiciabilidad por detenciones arbitrarias y otras violaciones a derechos humanos, pues prohíben a las instituciones del Estado, la implementación de toda disposición que violente derechos y garantías; obligación que el Estado Mexicano sigue incumpliendo además, por omisión, como recientemente se ha visto en el seno de la SCJN, en relación al Amparo en revisión promovido por la viuda del indígena Zenón Medina, acribillado por elementos del ejército en Sinaloa, en el año 2008. En este asunto, la SCJN se ha negado a revisar la constitucionalidad del fuero militar, aún frente a la exigencia social creciente por eliminar dicho privilegio, frenar con ello la impunidad prevaleciente para militares criminales, y aún frente el aumento de violaciones de derechos por parte de elementos castrenses en los últimos nueve años.

Por otro lado, en la teoría de los derechos humanos, se halla el enfoque con el que la propuesta debe ser analizada. La diversidad cultural en el mundo y la disparidad de

condiciones de vida entre las sociedades de los países desarrollados y subdesarrollados, marca diferencias en la noción de educación, defensa y promoción de los derechos humanos. Iusnaturalismo y ius positivismo nutren el enfoque aplicado a esta disciplina y permitirán una mejor comprensión del tema.

Tomando como referencia estos elementos de doctrina, así como el desarrollo histórico de los derechos humanos, he decidido desarrollar mi propuesta, alcanzando el análisis de los elementos teóricos y jurídicos generados en el seno del Sistema Interamericano para la protección de los Derechos Humanos.

En relación al estudio de la libertad como valor humano, tema fundamental para el entendimiento de la detención arbitraria, queda impuesta una consideración inicial: la libertad como concepto amplio y heterogéneo, requiere de un contexto pragmático en donde éste cobra sentido. Todos los aspectos cobran vigencia frente a dicho contexto, sin embargo, considero que la moral, la dinámica social y la norma jurídica definen con mayor fortaleza las relaciones interpersonales y las formas de convivencia social en donde la libertad se significa.

Así, para adentrarse en el entendimiento del concepto y las características de la libertad, culminando en el enfoque jurídico del término y de la contextualización de la privación de la libertad, es abordado previamente el significado de dicha cualidad humana, desde los enfoques filosófico y social, pues me parecen relevantes éstos, en el sentido de que fungen como espíritu y esencia del concepto jurídico de libertad.

Dimensionar la importancia de la libertad personal, como valor humano fundamental, conlleva a su vez a dimensionar la gravedad de la afectación a éste bien, por parte de agentes del Estado.

En ese sentido, a manera de introducción al tema de la detención arbitraria en México, objeto de esta tesis, debemos tomar en consideración una premisa: el ejercicio de las funciones de seguridad pública no debe ser pretexto de violación al derecho de libertad personal ni a las garantías que se desprenden de ella. Es decir, no hay justificación válida sobre el hecho de que la intervención de las fuerzas del orden genere nuevas violaciones a derechos que queden impunes.

Así, se parte de la consideración de que las actuaciones policiales de detención, aún cuando sean legales, pueden ser arbitrarias, por lo que deben ser plenamente identificadas y reguladas, en apego a las normas y principios nacionales e internacionales de protección de derechos humanos, mismos que serán revisados.

En base a la noción jurídica de la libertad personal serán identificados en este trabajo, los elementos constitutivos de este tipo de detención, analizados los datos de casos paradigmáticos llevados ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y complementariamente aquellos casos que las Organizaciones No Gubernamentales nacionales e internacionales han documentado.

Finalmente, propongo un amplio concepto de detención arbitraria, puntualizando algunos de los factores políticos y sociales más relevantes en nuestro país, que constituyen el entorno de dicha práctica sistemática violatoria de derechos humanos, con responsabilidad moral y material para el Estado.

CAPITULO I

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1.1 ELEMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

1.1.1 Definición.

Antes de la relevante aportación doctrinaria de Jeremias Bentham¹, el Derecho Internacional se conocía como *jus gentium* (derecho de gentes), denominación que proviene del Derecho Romano, y que no correspondía cabalmente al significado y contenido del Derecho Internacional Público actual; esto, en función de que el Derecho Romano antiguo, rígido y limitado, correspondía a una sociedad romana primitiva y rural², a la que, el derecho de gentes, le permitía regular las relaciones entre extranjeros (Peregrini) y ciudadanos romanos (cives).

Existen numerosos conceptos y definiciones sobre el Derecho Internacional Público. En una de las nociones más sintéticas del Derecho Internacional, el jurista Francés *Pierre-Marie Dupuy* nos dice que “*está constituido por el conjunto de normas e instituciones destinadas a regir la sociedad internacional.*”³

Con ampliación del concepto, el jurista *Julio Diena* considera a esta rama del Derecho como ciencia y como derecho positivo; y explica que:

Bajo el primer aspecto se define: la ciencia que tiene por objeto el estudio de los principios jurídicos destinados a regular las relaciones entre los miembros de la comunidad jurídica internacional. Bajo el segundo aspecto puede decirse que el derecho internacional es el conjunto de normas que por voluntad recíproca de los

¹ Diversos autores coinciden en que J. Bentham concibió el término de Derecho Internacional en su obra “*Introduction to the Principles of Morals and legislation*”, en 1789.

² Véase ARELLANO GARCIA, Carlos en *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa 4ª. Ed., 1988. Pág. 107.

³ DUPUY Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 2000. pág. 1

*Estados y de los otros entes que forman parte de la Comunidad jurídica internacional, están obligados a respetar en sus relaciones mutuas*⁴.

Más específico ha sido Arellano García al considerar que el Derecho Internacional Público es:

*el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, las relaciones de los organismos internacionales entre sí, las relaciones de los Estados con los organismos internacionales, las relaciones de los órganos de los organismos internacionales entre sí y con los organismos internacionales, las relaciones de los hombres que rebasan las fronteras de un Estado y que interesan a la comunidad internacional*⁵.

A partir de las definiciones presentadas, es de destacarse la trascendencia del acuerdo de voluntades, primordial en la constitución de la norma que rige las relaciones entre los Estados (principales sujetos de derecho), elemento esencial del DIP.

1.1.1.1 Hacia la actualización del concepto de Derecho Internacional Público.

En consideración al hecho de que el DIP, así como las demás disciplinas del derecho, se re-significa al ritmo del progreso de las sociedades y la ampliación del conocimiento científico, considero conveniente reparar en algunos de los aspectos que actualizan la función y el valor de esta rama de la Ciencia Jurídica.

Es de mi interés, en principio, recoger el señalamiento de *Franz Von Liszt* en relación a la función que cumple el DIP respecto de la soberanía de los Estados.

⁴ Citado por ARELLANO GARCIA, *op.cit.*, pág. 105.

⁵ ARELLANO GARCIA, *op.cit.*, pág. 106.

Así, Para el jurista alemán, el DIP “*determina los derechos y deberes recíprocos de los Estados pertenecientes a la comunidad internacional, sin limitarse al ejercicio de los derechos inherentes a la soberanía de cada uno de ellos*”.⁶

De manera preliminar, considero que la re-dimensión de dicho atributo del *Estado* afecta directamente la vida de la comunidad de Estados y del DIP contemporáneo, pues en interpretación a contrario sensu de lo dicho por *Von Liszt*, el alcance del DIP rebasa el ámbito de la soberanía estatal. ¿Significaría esto entonces que el Derecho Internacional moderno, logre por ejemplo, *imponer* la protección irrestricta de los derechos humanos, independientemente de que el Estado, en ejercicio de su soberanía, acepte o no la protección de estos, en el orden jurídico interno?

Matthias Herdegen ha señalado que: “*El respeto de los derechos humanos más elementales (por ejemplo, la prohibición de las torturas y de otros tratos inhumanos o la protección frente a una detención arbitraria) hace parte de los valores fundamentales del derecho internacional actual.*”⁷.

Con esta aseveración, debe entenderse que el jurista alemán ha ubicado la protección de los derechos humanos como una prioridad del DIP, y por tanto, ha colocado a los derechos humanos en su justa dimensión, como elemento sustancial de esta rama del Derecho. Es sin duda esta situación, una muestra de la prevalencia del individuo como sujeto de derecho en el ámbito Internacional, lo que representa una aportación significativa para el interés del presente trabajo.

Con estas últimas significaciones, valorada queda la relevancia que guarda la defensa y protección de los derechos humanos y su incompatibilidad con las teorías que sobrevaloran a la soberanía del Estado y apelan a este atributo en el incumplimiento de las obligaciones internacionales de protección a la persona humana. Los derechos humanos se convierten entonces en un elemento fundamental de las sociedades

⁶ *Ibid.*, pág. 104.

⁷ HERDEGEN Matthias. *Derecho Internacional Público*. México: UNAM, 2005. Pág. 43.

modernas que nos lleva a su vez a la revaloración del DIP y del papel que cumple frente a la comunidad de Estados.

1.1.2 Fuentes.

Las fuentes constituyen los orígenes de las normas del DIP. Tales fuentes, están reconocidas en el artículo 38, numeral 1 del Estatuto de la Corte internacional en los términos siguientes:

(...)1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

*a. las **convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

*b. la **costumbre internacional** como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*

*c. los **principios generales de derecho** reconocidos por las naciones civilizadas⁸;*

*d. las **decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia** de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...)*

A partir de esta enunciación de las fuentes, Arellano García, ha comentado acertadamente que dicho artículo ha omitido los actos unilaterales de los Estados y las determinaciones de los organismos internacionales *como* fuentes del DIP, igualmente importantes.⁹

⁸ Cabe señalar la equivocada connotación que refleja la frase “naciones civilizadas” expresada dentro de las fuentes que especifica dicho Estatuto, pues genera confusión, en el sentido de que un término como este, sugiere la lamentable prevalencia de una visión “eurocéntrica”, es decir una visión que contempla como “naciones civilizadas” a los países europeos u occidentales.

⁹ Véase ARELLANO GARCIA, *op.cit.*, pág. 185.

Considero fundamental esta última aportación que amplía a seis, las fuentes, puesto que principalmente los organismos internacionales, en función de sus actividades, generan nuevas e importantes herramientas de producción jurídica, y de interpretación de reglas del derecho internacional (*Ej: informes y resoluciones*). Por otra parte, a través de la clasificación de las fuentes que propone Arellano García¹⁰ respecto del origen de la norma jurídica, éstas se dividen en los siguientes tipos:

Son fuentes reales las que están conformadas por elementos meta-jurídicos, que le imprimen un contenido a las normas jurídicas. Estos elementos son de carácter económico, político, cultural, religioso etc. (*Ej: La revolución mexicana dio origen a los artículos 27 y 123 Constitucionales*)

Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de actos que concluyen en la creación de la norma jurídica y que le dan un aspecto externo a ésta. Alguna de las formas en que están constituidas estas fuentes son los tratados internacionales, la costumbre internacional, de las decisiones de algún organismo internacional, etc.

Finalmente las fuentes históricas son aquellos documentos jurídicos del pasado y *que contribuyeron a la creación de las normas jurídicas vigentes.*

Así, las principales fuentes del Derecho Internacional Público, son las siguientes:

1.1.2.1 Tratados.

La mayoría de los autores coinciden en que los tratados son la fuente más importante del Derecho pues en ellos se expresa la voluntad de los Estados en ser contratantes.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 182.

Este tema será tratado más ampliamente en el apartado correspondiente a los tratados Internacionales en el presente capítulo y en el siguiente, en donde puntualizaré las características de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

1.1.2.2 Derecho consuetudinario internacional.

El Derecho consuetudinario internacional es una forma de creación de “*normas jurídicas internacionales que se caracteriza por cierta conducta del sujeto de Derecho Internacional, que entraña actos externos que hacen presumir el consentimiento de los Estados.*”¹¹

Como fuente formal del DIP, la costumbre internacional contiene dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El primero manifestado en el “*corpus*” significa que debe existir la “*reiteración de una conducta, en una práctica repetida de actos u omisiones*”¹² por parte de los Estados.

El elemento subjetivo consistente en el “*animus*” romano, ánimo o la intención; que “*requiere la convicción de que la conducta era obligatoria*”.¹³

Es importante señalar, que los actos externos de los Estados deben “*consolidarse en un lapso adecuado sobre una cierta conducta, que se toma como muestra. La prueba de que ocurrió una vez no es suficiente. Esto niega la posibilidad de aceptar la producción espontánea del derecho consuetudinario*”¹⁴

El *ius dispositivum* o derecho dispositivo, como reglas de derecho consuetudinario internacional representa normas que pueden ser modificadas, por parte de los Estados, mediante celebración de Tratados. En contraste, el *ius cogens*, norma de derecho consuetudinario imperativo no admite acuerdo en contrario. Respecto de esta última figura, ahondaré en el análisis más adelante.

¹¹ ARELLANO GARCIA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. México: Porrúa, 1976. Pág. 64.

¹² ARELLANO GARCIA, *op.cit.*, pág. 189

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ HERDEGEN, *op.cit.*, pág. 147

1.1.2.3 Principios generales del derecho.

Los *principios generales* del derecho son también una fuente formal del DIP. Se trata de “*conceptos jurídicos fundamentales, que por su validez universal se preservan a través del tiempo y el espacio.*”¹⁵

A mi parecer, la razón de validez universal de los principios generales del derecho responde a que son *modelos* idóneos, soportes de la ciencia jurídica, pues sea que nazcan en el seno de la vida jurídica interna de los países o en el contexto de los actos internacionales de los Estados, son materia de influencia y retroalimentación entre sistemas jurídicos de los países de la comunidad de Estados, convirtiéndose así en principios universales (Ej; principio *pacta sunt servanda*). En este sentido, el uso del derecho comparado unifica los principios y los consolida como modelos.

Así, los Principios Generales del Derecho que son comunes entre los Estados son factor importante en la conformación de los principios del DIP que se originan en tratados internacionales o en el derecho consuetudinario.

Cuadro 1. *Principios del derecho internacional público contenidos tanto en la Carta de las Naciones Unidas, como en el artículo 1 de la “Declaración sobre los principios del derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados.*

- **Prohibición a los Estados de hacer uso de la fuerza.**
- Solución pacífica de controversias o disputas internacionales.
- **Prohibición de intervención en asuntos internos o externos de otro Estado.**
- Deber de cooperación entre Estados.
- **Igualdad de derechos y principio de autodeterminación de los pueblos.**
- Igualdad soberana de los Estados.
- **Los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas.**

¹⁵ ARELLANO GARCIA, *op.cit.*, pág.193

1.1.3 Sujetos.

Después de las dos guerras mundiales del siglo XX, el Derecho Internacional modificó su perspectiva y se constituyó con una concepción comunitaria de los Estados. Todavía en 1909, para Anzilotti, era *"inconcebible que existan sujetos de derechos y deberes internacionales distintos de los Estados."*¹⁶ En el Derecho Internacional actual, son diversos los sujetos con capacidades concretas de actuación jurídica reconocidos por la norma jurídica internacional.

Así, para Arellano García, *"es sujeto de Derecho Internacional Público todo ente físico o jurídico que tenga derechos u obligaciones derivados de una norma jurídica internacional."*¹⁷ Según el jurista mexicano, los sujetos en esta rama del Derecho son: los Estados, los organismos internacionales (organismos intergubernamentales), el individuo o persona física, y las personas morales.

1.1.3.1 El estado.

El Estado ocupa un lugar privilegiado entre los sujetos del Derecho Internacional, y soberanía lo diferencia, en el marco de esta clasificación, de la organización internacional (siguiente sujeto de derecho internacional), pues ésta última no tiene más que competencias funcionales, relacionadas únicamente a la realización de su objeto y sus fines específicos en común.

Para Rodríguez Carrión¹⁸ y para Michael Akehurst¹⁹, se han distinguido tradicionalmente tres elementos del Estado: *El territorio, la población, y la organización política o gobierno*. Agregaré a estos elementos, el de *soberanía* - elemento revestido

¹⁶ Citado por RODRIGUEZ CARRION, Alejandro en *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: TECNOS 5ª. Ed., 2002. Pág.75.

¹⁷ ARELLANO GARCIA, *op.cit.*, pág.285.

¹⁸ Véase RODRÍGUEZ CARRIÓN, *op.cit.*, pág.77-78.

¹⁹ AKEHURST Michael. *Introducción al Derecho internacional*. Madrid: Alianza Universidad, 1994. Pág. 61.

de especial importancia en el ámbito del DIP, – no sin expresar que éste elemento constituye una cualidad indirecta del Estado, tal y como es apreciado más adelante.

1.1.3.2 Las organizaciones internacionales o intergubernamentales.

Las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional, en el sentido de que son titulares de derechos y obligaciones. Consisten en estructuras de cooperación institucional y funcionamiento, establecidas por un acuerdo entre dos o más Estados, para alcanzar objetivos y fines comunes, además de metas trazadas en un sistema solidario internacional.

A diferencia de los Estados, los organismos internacionales no son sujetos originarios en el derecho internacional, sino que tienen un origen convencional, es decir derivado, pues *“proviene de la voluntad de los miembros, expresada en un acuerdo internacional.”*²⁰

Cabe aclarar que, aunque desde el ámbito del DIP, las organizaciones no gubernamentales internacionales como *AI* o *Greenpeace*, no son sujetos de DIP en tanto que no participan en la vida de la comunidad internacional como titulares de derechos y deberes propios; sus destacadas actividades y participaciones tienen afectaciones importantes en el ámbito Internacional, constituyéndose, desde mi perspectiva, como factores incidentes del DIP. Como ejemplo, mencionamos los informes y observaciones que emite *AI* en distintos países, en materia de derechos humanos, que constituyen argumentos teóricos informativos contemplados en celebración de tratados.

Importante mención merece la ONU, organismo internacional compuesto por Estados soberanos. Estos Estados se adhieren voluntariamente a la ONU con la intención de colaborar en pro de la paz mundial, promover la amistad entre todas las naciones y apoyar el progreso económico y social.

²⁰ DUPUY Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 2000. Pág. 140.

La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945 por los 51 Estados que firmaron la "*Carta de San Francisco*" al finalizar la Segunda Guerra Mundial. En la actualidad, la ONU cuenta con 192 Estados Miembros²¹.

Como antecedentes de la ONU podemos mencionar la Conferencia de Moscú de 1943, seguida de la Declaración de Moscú en la que se expresaba una "*necesidad de establecer en la fecha más temprana posible un organización internacional general basada en la igualdad soberana de todos los Estados amantes de la paz*"²², y finalmente la Carta de las Naciones que establecería como uno de los propósitos de la Organización, la promoción y respeto de los derechos humanos.

Sus fines están especificados en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. En síntesis, dichos fines consisten en: Mantener la paz y seguridad internacionales; fomentar entre las naciones relaciones de amistad en fortalecimiento de la paz universal; la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales, y servir de centro de las naciones para alcanzar los propósitos comunes.

Las Naciones Unidas tienen seis órganos principales. Cinco de ellos, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Secretaría, se encuentran en la Sede, en Nueva York. El sexto, la Corte Internacional de Justicia, está en La Haya (Países Bajos).

Cuadro 2. Breve descripción de los órganos principales de la ONU y sus funciones.²³

PRINCIPALES ÓRGANOS DE LA ONU:	FUNCIONES:
ASAMBLEA GENERAL	Todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas están representados en la <u>Asamblea General</u> , una especie de "parlamento de naciones". Se reúne en períodos ordinarios y extraordinarios de sesiones para examinar los problemas más apremiantes del mundo.

²¹ Véase sitio web ONU, en <http://www.un.org/>

²² Citado por SEARA Modesto. Derecho Internacional Público. México: Porrúa 12^a Edición., 1988. Pág.146.

²³ Véase Sitio web ONU en <http://www.un.org/spanish>.

SECRETARIA GENERAL	La <u>Secretaría</u> de la ONU lleva a cabo la labor sustantiva y administrativa de este órgano según le indican la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y los demás órganos. Al frente de la Secretaría está el Secretario General, quien proporciona orientación administrativa de carácter general.
CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA	Establecido para brindar supervisión internacional a 11 territorios en fideicomiso administrados por siete Estados Miembros y garantizar que se tomaran las medidas apropiadas para preparar a esos territorios para la autonomía o la independencia.
CONSEJO DE SEGURIDAD	Es un órgano al que la Carta de las Naciones Unidas asigna la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. Cuando existe una amenaza a la paz internacional, puede recomendar principios para que se llegue a un acuerdo o iniciar la labor de mediación. En los casos de beligerancia, procura una cesación del fuego. Puede adoptar medidas para hacer que sus decisiones se cumplan, imponer sanciones económicas u ordenar un embargo de armamento.
CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL	Bajo la autoridad general de la Asamblea General, <u>el Consejo Económico y Social</u> coordina la labor económica y social de las Naciones Unidas y del sistema de las Naciones Unidas. El desarrollo económico y la cooperación en sus respectivas regiones se promueve a través de cinco comisiones regionales. El Consejo también realiza consultas con organizaciones no gubernamentales y de ese modo mantiene un vínculo vital entre las Naciones Unidas y la sociedad civil.

De igual manera, los *organismos regionales*, son sujetos de derecho internacional. La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 52, numeral 1, establece la base formal de los organismos regionales de la ONU.²⁴

Dentro de estos organismos se encuentran los considerados como *organizaciones internacionales* en estricto sentido, es decir organizaciones intergubernamentales; y las demás formas de asociación entre Estados.

Para mi estudio, interesa hacer una breve mención de los organismos internacionales en estricto sentido, ahondando en el organismo del continente Americano.

²⁴ Artículo 52. 1. Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

El *Consejo de Europa*²⁵, creado en 1949 y con sede en Strasbourg, Francia, tiene por objeto proporcionar en éste continente un espacio democrático y jurídico común, organizado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de otros textos de referencia sobre la protección de la persona. El Consejo está conformado actualmente por 47 países miembros.

La *Unión Africana*, por su parte, fue constituida en el año 2000, reemplazando a la Organización de la Unión Africana (OUA) conformada en 1963.

Algunos de los objetivos de la UA que considero relevantes, establecidos en el artículo 3 de su documento constitutivo²⁶, consisten en acelerar la integración política y socioeconómica del continente; promover la cooperación internacional, tomando debida cuenta de la Carta de las Naciones Unidas y de la DUDH, promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos de acuerdo con la Carta Africana sobre Derechos Humanos, y de los pueblos y otros instrumentos relevantes en materia de derechos humanos.

En 1945, fue creada la *Liga Árabe* o *Liga de los Estados Árabes*, entre cuyos propósitos²⁷, de conformidad con su Estatuto, se encuentra el de profundizar las relaciones entre los Estados miembros y coordinar sus políticas. La Liga tiene como marco de cooperación principalmente en los asuntos económicos y financieros, cooperación judicial, y asuntos en materia de migración y nacionalidad, entre otros.

En el continente americano, la *OEA*, es un organismo regional dentro de las Naciones Unidas nacido el 30 de abril de 1948, cuando 21 países del Continente adoptaron la Carta de Organización de los Estados Americanos.

Según el artículo 1 de la Carta de la OEA este organismo pretende lograr un orden de paz y justicia, fomentar la solidaridad entre los Estados Americanos, robustecer su colaboración y defender su soberanía, integridad territorial e independencia.

²⁵ *Conseil de l' Europe*. [En línea]. Disponible en: <http://www.coe.int/>

²⁶ Véase HERDEGEN, *op.cit.*, págs. 344-345.

²⁷ *Ibid.*, pág. 347.

Según información del sitio web oficial de este organismo, se señala que *“Es el principal foro multilateral de la región para el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos como la pobreza, el terrorismo, las drogas y la corrupción.”*

La OEA es el elemento central del *sistema interamericano* que se compone de tres instrumentos: El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de 1947 (pacto de Río); el Tratado Interamericano de solución Pacífica de Controversias de 1948 (Pacto de Bogotá), y la Carta de la OEA de 1948.

Como antecedentes relevantes encontramos el Congreso de Panamá de 1826, convocado por el Libertador Simón Bolívar, con la idea de crear una asociación de Estados americanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primera expresión internacional de principios de derechos humanos firmada al igual que la Carta de la OEA, durante la Novena Conferencia Internacional Americana, y la Unión Panamericana de 1910 que reemplazó a ésta última.

Algunos de los propósitos de la OEA de conformidad con artículo 2 de su Carta son: Afianzar la paz y la seguridad del Continente, prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros, y promover por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural.

Son 14 los principios que los Estados Americanos reafirman y que están expresados en el artículo 3 de la Carta. Recogeré a continuación, los que he considerado más relevantes para los fines de este trabajo:

- El derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.
- Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.
- La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.

- El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.

1.1.3.3 La persona física y la persona jurídica.

La tendencia del DIP ha sido la de otorgar protagonismo al Estado como sujeto de derecho en relación al individuo y a la persona jurídica. Los individuos y las personas jurídicas o personas morales han adquirido participación como sujetos de derecho en este ámbito siempre y cuando los Estados celebren actos jurídicos internacionales que repercuten directamente en los primeros.

Sin embargo, la necesidad de protección de los Derechos Humanos ha permitido que el individuo fortalezca su presencia dentro del orden jurídico internacional.

Por ello, sostengo que la posibilidad de la persona física de acudir a una instancia internacional para denunciar la violación a sus derechos, representa para esta, mayor presencia y participación como sujeto de derecho en el ámbito del DIP.

1.1.4 Ramas que regulan la protección de la persona humana.

La protección internacional de los derechos humanos tiene sus orígenes, a la par del Derecho Internacional, en el *derecho de gentes o ius gentium* romano²⁸ y en la vieja usanza del Derecho Internacional que daba derechos a los Estados sin que se generaran derechos a favor del individuo²⁹.

²⁸ Véase LEDESMA, José. (1976) Vitoria, forjador del derecho de gentes. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 8, Sección de Previa, Págs. 317-322. [Inicialmente el derecho de gentes aludía a los ciudadanos romanos o era aplicable a todo aquel que se encontrara bajo potestad del imperio romano. Posteriormente, el concepto fue modificándose hasta adquirir la connotación del derecho entre Estados y sus obligaciones mutuas.]

²⁹ Véase CASTILLO, Mireya. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Págs. 35-36.

La producción teórica en materia de derechos humanos y la práctica jurídica internacional, han concretado hasta hoy, la sistematización de tres ramas del DIP enfocadas a la protección a la persona humana. Se trata del DIH, DIR y el DIDH.

Estas tres ramas se encuentran íntimamente ligadas, pues, a la luz de mi propia consideración, concuerdan por razón de la materia con los principios de interdependencia e indivisibilidad que constituyen la esencia misma de los derechos humanos (infra, pág. 48). Así, las tres ramas se complementan teniendo aplicación concomitante, y como lo ha dicho Cancado Trindade, *“Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes, amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana.”*³⁰

1.1.4.1 Derecho Internacional Humanitario.

El DIH es *“la rama del Derecho Internacional público que protege al ser humano; contra las consecuencias de la guerra; que se inspira en un sentimiento humanitario, y se centra en la protección de la persona.”*³¹ Además, *“... protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y limita el empleo de medios y métodos de guerra.”*³²

Por su parte, Buergenthal³³ lo define como el componente de derechos humanos en el derecho de guerra, y anuncia respecto a sus orígenes:

La legislación humanitaria es mucho más antigua que la legislación internacional de derechos humanos. Comúnmente se ha señalado que su evolución moderna parte de una serie de iniciativas que los suizos asumieron en el siglo XIX,

³⁰ CANCADO TRINDADE, Antonio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias, en Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México: Porrúa, 2003. Pág. 109.

³¹ HERRERA, Margarita. *Manual de derechos humanos*. México: Porrúa, 2003. Pág. 23.

³² Véase Comité Internacional de las Cruz Roja. *¿Qué es el DIH?* [En línea]. Disponible en: <http://www.icrc.org/>

³³ BUERGENTHAL, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*. México: Gernika 2ª. Ed., 2002. Pág. 43.

*abocadas al logro de acuerdos internacionales que volvieran aplicables algunas medidas humanitarias en la conducta de guerra. Estas iniciativas fructificaron en la Convención de Ginebra de 1864...*³⁴

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales³⁵, son los tratados internacionales representativos del DIH.

El Comité Internacional de la Cruz Roja³⁶, *organización independiente y neutral que presta protección y asistencia humanitaria a las víctimas de la guerra y de la violencia armada*, a partir del Derecho Internacional, tiene como función *prestar asistencia en forma imparcial a los prisioneros, los heridos y los enfermos, y los civiles afectados por los conflictos*. En el desarrollo de esta rama del Derecho tratada, el CICR ha jugado un papel fundamental desde su fundación a mediados del siglo XIX.

1.1.4.2 Derecho Internacional de los Refugiados.

Ligado particularmente al fenómeno de las migraciones³⁷, el DIR encuentra sus razones en los desplazamientos de los grupos de personas afectados por conflictos bélicos en sus países.

Algunos de los orígenes históricos del DIR se remontan al problema de los refugiados durante gran parte del siglo XX, como los estragos de la revolución rusa, las persecuciones nazis y fascistas, los perseguidos como resultado de la 2ª. Guerra Mundial. En los ochenta y noventa predominaron los desplazados por las guerras, el

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Convenios de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y el relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Así como el protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977, y el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del mismo año.

³⁶ Véase Comité Internacional de las Cruz Roja... *op.cit.*

³⁷ Véase RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Derechos Humanos, Derecho de los refugiados: evolución y convergencias en *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México: 2003. Pág.104

hambre y la miseria. Estos forman parte de los fenómenos que han dado vida a esta rama del Derecho Internacional.³⁸

Como nos comparte Ruiz de Santiago³⁹, entre otras limitaciones, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los Refugiados consideraba que el término refugiado se aplicaba a las personas víctimas de la guerra anteriores al 1 de enero de 1951, que se vio remplazado con el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 1967, y ampliado en la Declaración de Cartagena de 1984, al considerarse también como refugiados *“a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”*⁴⁰

La ACNUR, creada en 1950 por la ONU, es la organización humanitaria por excelencia de protección a los refugiados, que busca las condiciones para la reinstalación de los mismos.

1.1.4.3 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Intimamente ligado a los derechos humanos, el DIDH como rama del DIP, refiere a los instrumentos y sistemas de protección de la persona humana.

Éste es un tema que desarrollaré posteriormente.

³⁸ Véase MARTÍN, Juan. *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el Derecho de Asilo*. Madrid: Dykinson, 2000, pág. 26

³⁹ RUIZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, pág. 104.

⁴⁰ Declaración de Cartagena. Conclusiones y Recomendaciones, Apartado III, conclusión tercera.

1.2 LAS TEORÍAS MONISTA Y DUALISTA.

La relación que guarda el derecho interno con el derecho internacional, ha sido tema constante de controversia entre especialistas. Las doctrinas monista y dualista, constituyen dos visiones antagónicas respecto del papel que juega el Derecho Internacional frente al orden normativo interno de cada Nación.

Por una parte, la doctrina del *monismo* considera que el derecho interno y el Derecho Internacional son dos elementos que conforman un mismo sistema, y que por lo tanto guardan interdependencia.

La primera variación de esta doctrina es la teoría monista nacionalista, que le da prevalencia a la norma interna sobre la internacional en un supuesto conflicto entre ambas normas, sobre-exaltando el carácter soberano del Estado. A decir de Arellano, esta teoría *“es negativa de la supremacía del Derecho Internacional y fortalece la fragmentación de la comunidad internacional en Estados poderosos que pueden darse el lujo de desacatar, velada o abiertamente, sus compromisos internacionales.”*⁴¹

Por su parte, la teoría monista internacional, defiende la idea de un solo orden jurídico integrado por la norma interna e internacional, prevaleciendo, en caso de conflicto entre ambas normas, la internacional.

*“De conformidad con esta teoría favorable al derecho internacional, los órganos nacionales tienen que aplicar directamente el derecho internacional”*⁴², aplicándose este criterio, incluso, cuando el derecho internacional resulta contrario a la constitución o a alguna ley de derecho interno, según plantea el jurista alemán Matthias Herdegen.

La segunda doctrina, representada en la *teoría dualista*, establece que existe independencia entre ambos ordenamientos jurídicos. Desde esta perspectiva, el derecho interno tiene sus propias fuentes, mecanismos, sujetos y ámbitos territoriales

⁴¹ ARELLANO GARCIA. *Primer Curso... op.cit.*, pág. 89.

⁴² HERDEGEN, *op.cit.*, pág. 167

de aplicación; por lo tanto la norma internacional no puede producir efectos en el sistema jurídico nacional y viceversa.

Aunque el dualismo es la tendencia prevaleciente actualmente, según la opinión generalizada de los distintos internacionalistas estudiados en esta tesis, parece que los estados adoptan las disposiciones de derecho internacional a sus leyes, en función del reconocimiento e incorporación de éstas como normas de derecho interno. Esto es a lo que Herdegen llama “*Dualismo moderado*”⁴³.

En el mismo sentido se manifiesta Arellano cuando explica del dualismo, que:

*El legislador interno no tendrá la pretensión de emitir leyes que tengan validez como normas jurídicas internacionales. A su vez los tratados internacionales están hechos para regir las relaciones internacionales y no las relaciones internas. Para que tengan validez en lo interno los tratados internacionales requerirán de normas internas que le den aplicabilidad interna.*⁴⁴

Ejemplo de lo dicho por Arellano es el caso de México, que por su artículo 133 constitucional, desde 1943 ha otorgado el carácter de ley suprema a los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado.

En particular sobre este tema, me parece que el supuesto problema de la supremacía de la ley que encierran ambas teorías ha sido rebasado, en tanto que actualmente, la práctica muestra que el enfoque desde el cual se pretende ver el alcance del Derecho Internacional, mucho depende de los procesos de desarrollo de la comunidad internacional, y de la tradición jurídico-teórica de cada Estado. Lo cierto es que el sistema normativo internacional va teniendo más peso en la vida interna de los Estados, por ejemplo, frente a la exigencia latente y creciente por garantizar la protección de los derechos humanos, entre otros paradigmas de la comunidad internacional. Así, es de

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ ARELLANO GARCIA. *Primer Curso...* op.cit., pág. 86.

considerarse que se ha generado una transformación del Derecho Internacional y de su papel frente al derecho interno de los Estados. En todo caso, me parece, que tratándose de conflicto de la norma aplicable, conveniente sería adoptar el enfoque de un dualismo flexible, que responde a la norma que mejor proteja los intereses comunes de la persona humana.

1.3 EL IUS COGENS.

Las normas de derecho consuetudinario internacional, como lo vimos anteriormente, son fuentes del DIP. El *ius Cogens*, es una especie del derecho consuetudinario internacional consistente en una norma internacional de observancia obligatoria para todos los integrantes de la comunidad de Estados.

En palabras de Arellano, “*El ius cogens es la norma jurídica internacional obligatoria, ajena a la voluntad de las partes (...) representa un principio de heteronomía en el establecimiento de deberes a cargo de los Estados*”⁴⁵. Esto significa que los deberes de los Estados están determinados por la pluralidad de ellos y por tanto se hacen aplicables a todos y cada uno de ellos como obligatorios. Ante el acuerdo de la mayoría, se aplican uniformemente.

La CVDT de 1969, así como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 1986 establecen una definición de Derecho consuetudinario internacional imperativo (*ius cogens*), al preverlo, ambas, en el artículo 53:

53. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida*

⁴⁵ ARELLANO GARCIA. *Primer Curso... op.cit.*, pág. 178.

por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Los medios idóneos para la constitución de *ius cogens* son, claro está, la costumbre, pero en combinación de ésta con los tratados “...o entre la costumbre y ciertas resoluciones de Organizaciones internacionales, como principalmente la ONU...”⁴⁶

Corcuera ha aclarado que “*las normas de ius cogens no son evadibles ni siquiera a través de una ‘objeción persistente’ al principio por ellas consagrado.*”⁴⁷

Esto significa que, aún cuando la “objeción persistente” - figura del derecho internacional que refiere a la protesta constante de algún Estado por el establecimiento de un derecho consuetudinario -, le permite a éste, sustraerse de su cumplimiento, no se aplica a las normas de *ius cogens* cuyo significado es tan importante y esencial para la comunidad de Estados.

1.4 LA SOBERANÍA DEL ESTADO.

1.4.1 Definiciones y particularidades.

El pensador francés del siglo XVI, Jean Bodin, en su obra “*Les six livres de la République*”, nos dice que: “*El Estado es un recto gobierno, de varias agrupaciones y de lo que les es común, con potestad soberana (summa potestas).*”⁴⁸ En este enunciado, Bodin integra la definición de Estado considerando por algunos autores, como uno de sus elementos fundamentales, el de la soberanía, reconocido desde entonces en la doctrina del Estado Moderno.

⁴⁶ CASADO, Rafael. *Notas sobre el ius cogen internacional*. Córdoba: Servicio de publicaciones UCO, 1999. Pág.26.

⁴⁷ CORCUERA, *op.cit.*, pág. 83. (Al respecto véase también: HERDEGEN, *op.cit.*, pág.154.)

⁴⁸ Citado por TENA Felipe, *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa, 13ª edición, 1975. Pág. 5.

El artículo 39 de la CPEUM, contiene el principio de soberanía, y lo expresa en los siguientes términos:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

El acercamiento a este principio, el constitucionalista Ignacio Burgoa⁴⁹ anotó en términos generales que:

... la soberanía es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada dentro de la sociedad humana que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se despliegan en su seno por los diversos entes individuales, sociales, jurídicos, particulares o públicos que componen a la colectividad o se encuentran dentro de ella...

Además, el autor anotó que la soberanía “es única, inalienable e indivisible, sin que por ende, existan ‘dos’ soberanías, a saber, una imputable al pueblo o nación, y otra al Estado.”⁵⁰

Aunque acepta la importancia de la Constitución como asiento de la soberanía, Burgoa entiende a esta, como cualidad eminentemente popular, de una sociedad, y no una cualidad del Estado. Ha dicho entonces que “ningún órgano estatal desarrolla ninguna actividad soberana, toda vez que su conducta pública (...) necesariamente se encuentra sometida a los mandamientos constitucionales sin poder alterarlos, modificarlos ni desobedecerlos...”. Y sostiene finalmente “que lo que despliegan los órganos estatales es el poder público, que es un poder de imperio pero no soberano...”⁵¹

⁴⁹ BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa, 19ª. Ed., 2007. Pág. 245.

⁵⁰ BURGOA, *op. cit.*, pág. 246.

⁵¹ BURGOA, *op. cit.*, pág. 269.

En suma, Burgoa destaca que el poder público correspondiente al Estado, no es un poder soberano, y que al ser originaria la soberanía, únicamente reside en el pueblo, y no en la Constitución.

Coincido con este autor. Es cierto que suele definirse a la soberanía como un elemento del Estado, independiente al pueblo, y en la Constitución se plasma y se funda la razón de la soberanía; sin embargo ésta es un poder popular, una atribución del pueblo, quien la ejerce a través de su gobierno, de sus representantes, manifestándose así en el ámbito del poder público. Por ello, me parece prudente sostener que la soberanía no puede ser un elemento disociado del pueblo. Así, según mi apreciación, la soberanía es en realidad una cualidad indirecta del Estado.

Ahora bien, en el ámbito jurídico internacional - que interesa a los fines de esta tesis -, la soberanía toma un cauce distinto de interpretación. Ésta interpretación debe realizarse bajo la noción de soberanía manifestada como uno de los principios del derecho internacional, mismo que conoceremos adelante.

El ejercicio de dicho poder, con el que el pueblo ha dotado al Estado, se manifiesta entonces frente a la interacción con otros Estados integrantes de la comunidad internacional.

Así, para Burgoa: *“la soberanía estatal, según la tesis de la personalidad del Estado que es la que adoptamos, se revela en la independencia de éste frente a otros Estados en cuanto que ninguno de ellos debe intervenir en su régimen interior...”*⁵²

Para Arellano García⁵³, la soberanía es *“la aptitud que tiene el Estado para crear normas jurídicas (...) en lo internacional, dándole relevancia a su voluntad para la creación de las normas jurídicas internacionales, expresamente a través de los tratados internacionales y tácitamente a través de la costumbre internacional.”*

⁵² BURGOA, *op. cit.*, 246.

⁵³ ARELLANO GARCÍA. *Primer curso... op.cit.*, págs. 172 y 173.

Seara señala, respecto de la soberanía territorial, que ésta *“debe entenderse como el poder de actuación exclusiva que el Estado tiene sobre su territorio, con los únicos límites que el Derecho Internacional haya fijado”*⁵⁴

Personalmente, creo que el uso dogmático de la soberanía estatal ha hecho prevalecer, un quebrantamiento del derecho interno con el derecho internacional, lo que ha incentivado la visión dualista. Pero la hermética y vieja noción de soberanía, representada por la defensa y prevalencia a ultranza del poder del Estado y sus intereses, gradualmente deja de ser un obstáculo para la influencia que ejerce el Derecho Internacional en el ámbito interno de los Estados. Esto se debe, a mi parecer, al consenso de los Estados, en buscar mejores condiciones de protección de la persona humana. Esto es a lo que Tena Ramírez le ha llamado *“revisión crítica del concepto de soberanía”*, cuando dice que esta revisión, *“en el fondo no significa otra cosa que un nuevo intento de la Humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona.”*⁵⁵

Así, el Derecho Internacional impone límites a la soberanía de los Estados. La soberanía de los integrantes de la comunidad de Estados, ya no puede ser empleada como argumento en incumplimiento a obligaciones internacionales manifestadas en tratados o normas de jus cogens, hacia otros Estados o hacia el ámbito interno.

Charles Rousseau dijo que la teoría clásica de la soberanía en el Derecho Internacional *“... reviste un carácter positivo (poder de dar órdenes no condicionadas) y otro negativo (derecho de no recibirlas de ninguna otra autoridad)”*⁵⁶. Al respecto Arellano García argumenta: *“En la actualidad, esta interpretación de la soberanía ya no es aceptada por ningún internacionalista, pues en el orden internacional ha repercutido inevitablemente la decadencia que a principios del siglo XX sufrió la doctrina del derecho público interno.”*⁵⁷.

⁵⁴ SEARA, *op.cit.*, pág. 255.

⁵⁵ TENA, *op.cit.*, págs. 32-39.

⁵⁶ Citado por ARELLANO en *Primer Curso... op.cit.*, pág. 162.

⁵⁷ *Ibid.*

En este sentido, me parece que la decadencia referida por Arellano, se manifiesta claramente en las transformaciones negativas que generó la globalización, frente al panorama de mundialización del orden económico, así como del orden jurídico de los Estados. Resultado de dicho proceso, la mayor necesidad de protección de los derechos humanos desde el derecho internacional, por ejemplo, se ha visto reflejada en el sentido de la lucha por hacer valer estos derechos frente a las violaciones que los Estados cometen contra su población, en el contexto de la globalización, sin que el pretexto de la soberanía deba ser una limitante que permita a los Gobiernos, permanecer en la impunidad.

En el mismo sentido Kelsen⁵⁸ afirma, respecto del principio de soberanía, que: “... es una tendencia característica del derecho internacional moderno restringir este principio. Los tratados que imponen obligaciones a terceros Estados han sido reconocidos generalmente en una medida cada vez mayor.” Tal es el caso de los tratados de protección de los derechos humanos.

Finalmente, Corcuera apunta que “El art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es una manifestación clara de que los Estados no son soberanos para incurrir en compromisos que la comunidad de Estados en conjunto considera perentorios.”⁵⁹ Esto significa, que la protección de la soberanía de los Estados no puede ser un argumento empleado en contra del cumplimiento de las normas de ius cogens, según expresa el artículo citado.

Como lo mencioné anteriormente, la soberanía del Estado se ve representada en el Derecho Internacional, como uno de los grandes principios que soportan el espíritu de este orden normativo. De esta manera, y en relación a la igualdad soberana de los Estados, este principio ha quedado consagrado en la resolución 2625 (XXV) de la asamblea general de la ONU, como libertades y derechos propios de cada Estado:

⁵⁸ Citado por ARELLANO en Primer curso... *op.cit.*, pág. 153.

⁵⁹ CORCUERA, *op.cit.*, pág. 82.

El principio de la igualdad soberana de los Estados

Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:

- a) los Estados son iguales jurídicamente;*
- b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;*
- c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;*
- d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;*
- e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar delante libremente su sistema político, social, económico y cultural;*
- f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.⁶⁰*

1.4.2 Atributos de la soberanía.

Son atributos de la soberanía, los elementos que integran la libertad de un pueblo, representado por el Estado, en el orden jurídico internacional.

Se debe comprender como un atributo de la soberanía, a la autodeterminación del pueblo. Respecto de esta, Burgoa⁶¹ dice que: “...es la nota sustancial expresiva del poder soberano o soberanía, en el fondo entraña la ‘autolimitación’ pues si autodeterminarse implica darse a sí mismo una estructura jurídico-política, esta

⁶⁰ *Declaración sobre los principios del derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados.* Resolución 2625 de la ONU. [En línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/352/16.pdf>

⁶¹ BURGOA, *op.cit.*, pág. 245.

estructura, que es normativa, supone como toda norma una limitación, es decir, señalamiento de límites.”

De la libre determinación de los pueblos, razón de las libertades y deberes de un Estado, se desprende el principio de no intervención establecido por la ONU.

*“No hay estado soberano sin una personalidad jurídica internacional.”*⁶² Con esta aseveración, Dupuy menciona otro de los atributos de la soberanía: la personalidad del Estado. Entiéndase pues la personalidad del Estado, como la capacidad de este para celebrar actos jurídicos y contraer obligaciones frente a la comunidad de Estados.

Las *competencias*⁶³ del Estado representan un atributo más del Estado. Por competencias entenderemos a las facultades jurídicas de este, para ejercer ciertos poderes. Estas competencias, pueden ejercerse incluso fuera del territorio donde un Estado ejerce su soberanía. A saber, la competencia territorial que tiene un doble carácter: el de bien en custodia y el de espacio habitado por una población y sobre el cual tiene autoridad; y la personal, directamente ligada a la nacionalidad de los individuos provenientes de una nación.

1.5 TRATADOS INTERNACIONALES.

1.5.1 Definiciones.

La Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU, ha publicado que el término tratado tiene un sentido genérico y uno específico, para designar a un instrumento dotado de ciertas características.

“a) ‘Tratado’ en cuanto a término genérico: El término ‘tratado’ es regularmente utilizado en un sentido genérico para designar todos los instrumentos obligatorios del derecho internacional que son celebrados entre organismos internacionales,

⁶² DUPUY, *op.cit.*, pág. 56.

⁶³ Véase DUPUY, *op.cit.*, págs. 56-70.

cualquiera que sea el origen formal del instrumento. (...) Para poder considerar un instrumento como tratado en sentido genérico, debe responder a diversos criterios. En primer lugar, debe tratarse de un instrumento obligatorio, lo que significa que las partes deben tener la intención de crear derechos y obligaciones. En segundo lugar, el instrumento debe ser celebrado por Estados u organizaciones internacionales que tengan la capacidad de celebrar tratados. En tercer lugar el instrumento debe estar regido por el derecho internacional. Debe estar consignado por escrito.

b) 'Tratado' en cuanto a término específico: los casos en los que la práctica de los Estados designa un instrumento internacional bajo la denominación de 'tratado' no responde a ninguna regla coherente. Normalmente, el término 'tratado' está reservado a ocasiones que presentan cierta relevancia y exigen un acuerdo más solemne. Las firmas son generalmente autenticadas y el texto debe ser ratificado. Como ejemplos típicos de instrumentos internacionales denominados 'tratados', pueden citarse los tratados de paz, los tratados fronterizos, los tratados de delimitación, los tratados de extradición...»⁶⁴

Parece que la fuerza de estas definiciones se ven reflejadas en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, internacional y nacional, pues tanto la CVDT de 1986⁶⁵, la CVDT de 1969⁶⁶ ratificada por el gobierno mexicano en 1974, así como la Ley sobre la celebración de Tratados⁶⁷ mexicana, promulgada en 1992; definen de manera similar al tratado, incluyendo en sus respectivas redacciones los siguientes elementos: Voluntad de los Estados para obligarse; celebración de los tratados de conformidad con las reglas del derecho internacional, y celebrados por escrito cualquiera que sea su denominación. Esto podemos corroborarlo con el contenido del artículo 2, numeral 1,

⁶⁴ ONU. Bureau d'affaires juridiques. *Collection de traités*. [En línea] Disponible en : <http://untreaty.un.org/ola/FR/>

⁶⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Artículo 1, inciso a)

⁶⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969. Artículo 1., numeral 1, inciso a).

⁶⁷ Ley sobre la Celebración de Tratados. Artículo 2, fracción I.

inciso b) que expresa la definición de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1986 en los términos siguientes:

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o

ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

Ya en el terreno de la doctrina Internacionalista, se observa que para Arellano García, un tratado internacional *"es una especie del género 'acto jurídico'. Es una doble o múltiple manifestación de voluntades de sujetos de la comunidad internacional, con la intención lícita de crear, modificar, extinguir, transmitir, conservar, aclarar, respetar, constatar, certificar, detallar, etcétera, derechos y obligaciones."*⁶⁸

Por su parte, Kelsen ha expresado, en consonancia con el criterio de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU, que: *"Algunas veces el tratado se llama acuerdo internacional, convención, protocolo, acta, declaración, etcétera; no obstante, el nombre no tiene importancia."*⁶⁹

En suma, el nombramiento del término "tratado" varía según diversas circunstancias en los Estados. Lo cierto es que, aún cuando los instrumentos varíen en su título, sus disposiciones son comunes y el Derecho Internacional aplica las mismas reglas para esos instrumentos.

Así, entre otras consideraciones importantes, podemos afirmar que los tratados tienen doble aplicación, o como lo ha dicho Santiago Corcuera, *"un doble efecto: ser ley en el ámbito local y ser convenio para efectos internacionales"*⁷⁰.

⁶⁸ ARELLANO GARCIA, *Derecho Internacional Privado, op.cit.*, pág. 57.

⁶⁹ Citado por ARELLANO GARCIA en Primer curso... *op.cit.*, pág. 633.

⁷⁰ CORCUERA, *op.cit.*, pág. 183.

1.5.2 Clasificación de los tratados.

La CVDT no expresa una clasificación sistematizada de los tratados, sin embargo establece algunos criterios guía para adoptar una clasificación. La sistematización que hacen los autores es variada, sin embargo, retomaré a continuación, la clasificación expresada por Carlos Arellano García⁷¹.

Para este autor los tratados se clasifican en ocho grupos.

Por el *número de partes contratantes* se dividen en bilaterales, que son aquellos celebrados entre dos Estados, y en multilaterales aquellos acuerdos firmados entre varios Estados.

Desde el punto de vista de *la materia que regulan*, son tratados jurídicos, económicos, comerciales, administrativos, políticos, militares, de alianza, culturales, tecnológicos, de defensa, etc.

Desde el punto de vista del *carácter normativo*, se dividen en tratados - ley y tratados - contrato. Los primeros establecen normas jurídicas generales para los Estados. Fijan normas de derecho internacional y pueden ser comparados a leyes. Generalmente este tipo de tratados son multilaterales.

Los segundos, establecen normas jurídicas individualizadas para los Estados. Se entiende que tienen materia y características particulares. Herdegen⁷² ha dicho que este tipo de tratados se limitan a reglamentar obligaciones bilaterales.

Desde el punto de vista de la *adhesión de otros Estados*, se dividen en abiertos y cerrados. Los primeros admiten adhesión futura de otros Estados, los cerrados que no admiten dicha adhesión, o simplemente sólo interesan específicamente a las partes contratantes, y los permanentes que rigen a los Estados indefinidamente.

⁷¹ ARELLANO GARCIA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa 5ª. Ed., 2002. Pág. 638-641.

⁷² HERDEGEN, *op.cit.*, pág. 119.

Desde el punto de vista de *la permisión o rechazo de reservas*. Se clasifican en estrictos, aquellos tratados que no permiten reservas, y en flexibles los que si las admiten.

Desde el punto de vista de *la ratificación*, se dividen en tratados que deben ser sometidos a ella, y los acuerdos ejecutivos que no la requieren.

Y finalmente, desde el punto de vista *del alcance subjetivo*, tenemos a los tratados de alcance limitado pues solo establecen derechos y obligaciones para los Estados contratantes. Los de alcance amplio que establecen obligaciones para los gobernados de los Estados parte, sus entidades federativas o terceros Estados.

1.5.3 Elementos del tratado.

El consentimiento y el objeto son dos elementos esenciales de los tratados internacionales, como lo son para los actos jurídicos en general. En ellos reside, tanto la voluntad doble o múltiple de los sujetos celebrantes (Estados y organismos internacionales) para obligarse; como el fin posible, tanto jurídica como físicamente, para el cual se contratan.

El principio "*pacta sunt servanda*" es un elemento fundamental de los tratados internacionales. Está contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 y la de 1986, que a la letra dice: "*Pacta sunt servanda*". *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*"

Sorensen, refiere que esta regla tiene una base moral y que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional positivo, siendo que para algunos autores, "*es el principio dominante de todo sistema.*"⁷³

⁷³ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. Pág. 158.

1.5.4 Etapas en la elaboración.

Este proceso también es llamado “conclusión”, en su sentido amplio. “...la ‘conclusión’ se refiere a todo el conjunto de procedimientos que incluye diversos instrumentos, de donde surgen los tratados internacionales.”⁷⁴

Pertinente resulta aclarar que son de mi interés, particularmente, las características del procedimiento en Tratados multilaterales, pues son estos los celebrados en materia de derechos humanos.

La CVDT de 1986 (Parte II, sección primera), así como el *Manual de Tratados*⁷⁵ de la ONU establecen las etapas o elementos dentro del proceso de constitución y celebración de los tratados. De dichos documentos, así como de algunas referencias doctrinarias he recogido información para realizar una descripción básica del procedimiento en la forma siguiente:

1.5.4.1 Convocatoria.

Como técnica procesal inicial, las conferencias internacionales permiten convocar a los Estados a la primera reunión para realizar las tareas preliminares a la conclusión. Como lo dice Reuter, en estas tareas se incluye generalmente “*un proyecto de convención y las normas provisionales*”⁷⁶

⁷⁴ REUTER, *op.cit.*, págs. 80.

⁷⁵ Véase el *Manual de tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU*. [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/oaj/section1.html>

⁷⁶ REUTER, *op.cit.*, pág. 88.

1.5.4.2 Negociación.

En esta etapa se obtiene el consenso de los Estados parte sobre el contenido y alcance de las cláusulas del tratado. Esta redacción debe hacerse en el idioma de los Estados celebrantes, y si es multilateral, en los idiomas escogidos.

El Estado otorga poderes a la persona que participará en la negociación.

1.5.4.3 Adopción del texto.

El proceso de celebración de los tratados, iniciado posteriormente a la negociación, se halla regido por el principio de buena fe, característico del Derecho Internacional e íntimamente relacionado al tema de la soberanía.

En esta etapa, los Estados negociadores aprueban el texto del tratado que debe ser “autenticado”, mediante firma, para que no exista error o confusión de los términos exactos contenidos.

1.5.4.4 Firma.

Siendo generalmente los negociadores quienes firman el tratado, esta constituye la conclusión formal de las negociaciones.

Algunos de los tratados quedan abiertos indefinidamente, sin embargo los tratados multilaterales suelen estar abiertos para su firma hasta determinado tiempo. Después de cerrado el término para ello, la adhesión permitirá a un Estado hacerse parte de él.

La firma simple, característica de los tratados multilaterales es la que otorga el Estado, estableciendo con ella únicamente su intención para expresar su consentimiento en obligarse posteriormente. Así, la firma queda sujeta a ratificación o aprobación, misma que corresponde al Senado de la República, tal y como lo expresa el artículo 133 constitucional antes visto.

1.5.4.5 Ratificación, aceptación o aprobación.

Se trata del acto procedimental por el que un Estado perfecciona su manifestación final de consentir en obligarse al tratado. En esencia, estas tres figuras tienen los mismos efectos jurídicos, a menos que la *aceptación* o *aprobación* se otorguen sin previa firma del acuerdo, en cuyo caso se equipararía a la *adhesión*.

Generalmente se establece un plazo para la ratificación de un tratado, una vez que ha sido firmado. Dicho plazo permite a los Estados adecuar las leyes internas para hacer aplicable el tratado.

En México, ésta *ratificación* o *aprobación*, le corresponde al Senado, de conformidad con los artículos 76, fracción I y 133 Constitucionales.

1.5.4.6 Depósito.

Generalmente, en tratados multilaterales, el depósito del instrumento de ratificación, aceptación, adhesión al tratado, ante el depositario designado por los estados negociadores, constituye la manifestación formal del consentimiento del Estado por obligarse a éste. Esta situación no se cumple cuando el tratado contiene estipulaciones respecto a la constancia de dicho consentimiento, que se puede dar mediante notificación del depositario, tal y como se encuentra señalado en el artículo 16 de la CVDT de 1986.

Según el artículo 76 de la CVDT de 1986, pueden ser depositarios uno o varios Estados, algún organismo internacional o el principal funcionario administrativo de tal organización, como es el caso del secretario general de las Naciones Unidas.

Cabe señalar que en el caso de los tratados bilaterales, esta manifestación del consentimiento por obligarse al tratado se da con el canje del instrumento entre los Estados.

1.5.4.7 Adhesión.

La adhesión es una forma de expresar el consentimiento en obligarse al tratado. Consiste en la adopción del texto de un tratado, posterior a la creación de éste, por un Estado que no fue parte al momento de la negociación y firma. La adhesión tiene los mismos efectos que la ratificación, aunque requiere únicamente el depósito de un instrumento de adhesión, con el cual se considera directamente expresado el consentimiento del Estado.

1.5.4.8 Reservas y declaraciones.

Son manifestaciones hechas por el Estado, con el fin de modificar los efectos jurídicos de algunas disposiciones o excluir algunas de estas contenidas en el tratado.

Dichas reservas pueden realizarse durante la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. En caso de expresadas posteriormente, se requiere que no exista objeción de los Estados parte, para que el depósito de la reserva sea admitido.

Por otra parte, las declaraciones son únicamente manifestaciones hechas por los Estados, respecto del entendimiento de alguna cuestión expresada en una disposición o el tratado.

Las *reservas interpretativas* tienen el objeto de aclarar el significado de una disposición o de todo el tratado.

Las *reservas facultativas* deben estar contempladas por los tratados para que los Estados expresen cuestiones sobre la competencia que reconocen a algunos órganos. Esto se da fundamentalmente en los tratados de derechos humanos con reconocimiento de competencia para comités o comisiones de derechos humanos.

Las *reservas obligatorias* son aquellas que se hacen cuando requiere la exigencia de que así lo hagan los estados, por la importancia de las mismas. Como ejemplo tenemos en el párrafo 2, artículo 3 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los*

Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 2000, que establece:

Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

1.5.4.9 Entrada en vigor.

En términos generales, un tratado entra en vigor de la manera y fecha dispuesta por los Estados contratantes, según indica el artículo 24 de la CVDT. Así, la entrada en vigor se produce cuando un número o porcentaje de Estados depositan el instrumento de ratificación o de adhesión ante el Estado Depositario, o después de un cierto tiempo pasado después del depósito del instrumento o a partir de una fecha determinada. Si no hay disposición correspondiente en el tratado, la entrada en vigor se efectuará una vez aceptado el consentimiento en obligarse por parte de los Estados negociadores.

Cabe señalar, que la entrada en vigor con respecto a los Estados parte, es decir en territorio nacional del Estado, se señala en el mismo tratado. Véase, *verbigracia*, el artículo 74 de laCADH, de 1969:

*Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. **Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.***

1.5.4.10 Enmiendas y denuncia del tratado.

En función de la revisión del texto de un tratado se realizan modificaciones del mismo, por acuerdo de los Estados contratantes. El instrumento puede contener las disposiciones para el procedimiento de enmiendas, o bien regirse bajo lo dispuesto en la parte VI de la CVDT de 1986; sin embargo, cuando no contiene dichas disposiciones, las partes podrán negociar un nuevo tratado o un acuerdo que enmiende el tratado vigente.

Las enmiendas pueden surtir efectos, para la totalidad de Estados parte, o bien simplemente para aquellos que las hayan aceptado formalmente.

La entrada en vigor de la enmienda suele regirse bajo los mismos criterios de la entrada en vigor del tratado.

Por su parte, la denuncia es un acto jurídico formal y voluntario de un Estado que consiste en que éste, siendo parte en un tratado, *“mediante un acto voluntario unilateral, manifiesta a la otra parte o demás partes del mismo, su voluntad de que las obligaciones y derechos emanados del convenio ya no le afecten o le alcancen, y por tanto anuncia su deseo de salir del tratado.”*⁷⁷

La denuncia se diferencia de la *terminación*, en que esta última elimina la obligación de observar el tratado, para todos los Estados.

1.6 ALCANCE DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.

Desde 1934, los tratados internacionales se han incorporado al orden jurídico mexicano, gracias al artículo 133 Constitucional en los términos siguientes:

Artículo 133. Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que

⁷⁷ GUERRERO, Sergio. *Derecho Internacional Público. Tratados*. México: UNAM, 2002. Pág. 92.

se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Es a partir de este precepto constitucional, que los tratados internacionales forman parte del orden jurídico mexicano.

Hay que señalar una deficiencia notable de este precepto constitucional: No establece un criterio definitivo respecto a la ubicación jerárquica de los tratados dentro de este orden interno, y deja al ánimo de los magistrados de la Suprema Corte, la decisión sobre la superioridad de los tratados internacionales.

Es frente a esta deficiencia, que han surgido diferentes criterios jurisprudenciales de interpretación de este artículo. Las primeras tesis (años de 1981 y 1992) otorgaban a los tratados internacionales la misma jerarquía en relación a las leyes federales⁷⁸. Posteriormente (1999 y 2003), fueron apareciendo tesis que abandonaban los criterios anteriores concluyendo que los tratados, en interpretación correspondiente al artículo en comento, cuentan con mayor jerarquía que las leyes federales, en el derecho interno.⁷⁹

⁷⁸ **Registro No. 205596.** Localización: 8a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; 60, Diciembre de 1992; Pág. 27; [T.A.]. [*LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano...*].

Registro 250698. Localización: 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; 151-156 Sexta Parte; Pág. 196; [T.A.] [*TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUIA. El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo*].

⁷⁹ **Registro 180431.** Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XX, Septiembre de 2004; Pág. 1896; [T.A.]. **Registro 192867.** Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 46; [T.A.]. **Registro 903483.** Localización: 9a. Época; Pleno; Ap. 2000; Tomo I, Const., P.R. SCJN; Pág. 1958; [T.A.].

Así, la SCJN ha ratificado esta última tendencia en la jerarquía de los tratados, al expresar en su más reciente tesis, que:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.⁸⁰

En función de esta interpretación, el Doctor Leonel Pereznieto, ha coincidido en el plano doctrinario, no solo en que los tratados internacionales se encuentran por encima de las leyes federales, sino que deben igualar en nivel jerárquico a la Constitución⁸¹; posición que a mi parecer se adecua más bien a los tratados de derechos humanos, debido a

⁸⁰ Registro No. 172650. Localización: 9a. Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Abril de 2007. Página: 6. Tesis: P. IX/2007. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional.

⁸¹ CORCUERA, *op.cit.*, pág. 172.

sus características relevantes frente a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Estas características serán revisadas más adelante.

Personalmente coadyuvo con esta última postura pues la considero prioritaria en el contexto de las medidas legislativas por seguir en México, en virtud de la relevancia que tiene la protección de la persona humana por encima de cualquier otra materia, y toda vez que la legislación comparada en países como Argentina o Francia, nos permite observar la tendencia de igualdad jerárquica entre tratados internacionales de derechos humanos y sus constituciones.

CAPITULO 2.

DERECHOS HUMANOS

2.1 TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Siendo distintas las nociones de derechos humanos, y diferentes los tipos de violación en las regiones del mundo, las aportaciones doctrinales deben ajustarse, desde la noción internacional de los derechos humanos, a la particular de los Estados y sus regiones que viven procesos diferentes, y que miran a las expresiones de la condición humana desde distintos lentes. Es por ello que la doctrina de los derechos humanos es amplia y diversa, con ciertas directrices comunes, pero sin un criterio realmente homogéneo.

2.1.1 Definiciones.

La gran mayoría de autores ha señalado la dificultad para establecer un concepto uniforme de los derechos humanos, ya que mucho depende de las ideas y los enfoques desde el cual se aborde el tema. Yo trataré de establecer bases claras del mismo y responder con ello a la pregunta: ¿Qué son los derechos humanos?

Tomaré como punto de partida la definición filosófica de Sorondo que permite conocer la noción fundamental de los derechos humanos. Al respecto, el autor dice que:

Los derechos humanos son un conjunto histórico de valores antropológicos. Simbolizan creencias fundamentales y armonizadas de que una existencia congruente con ellos es digna de ser humano y preferible a toda otra. Tal existencia es moralmente superior, exigible como vía de realización humana. 'Por

ello, son un conjunto de valores básicos e irrenunciables para la persona humana'.⁸²

La OACNUDH, presentó la siguiente definición, en la que destacan las características de los derechos humanos:

Los derechos humanos son los derechos que tienen todas las personas, en virtud de su humanidad común a vivir una vida de libertad y dignidad. Otorgan a todas las personas la posibilidad de presentar reivindicaciones morales que limiten la conducta de los agentes individuales y colectivos y el diseño de los acuerdos sociales, y son universales, inalienables e indivisibles.⁸³

Otras aportaciones teóricas, con enfoques filosóficos diversos, fortalecen la esencia del término. A continuación, algunas de las definiciones que hemos considerado más importantes.

En el ámbito de la ciencia jurídica, y según el enfoque *iuspositivista* (infra, pág.55) expresado por Herrera Ortiz:

...los derechos humanos son el conjunto de filosofías sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas, aspiraciones éticas, de justicia, de seguridad, de equidad; juicios de valor, etc., que se encuentran consagrados en la Constitución Federal y en los Tratados, Convenios, Convenciones, etc., internacionales, que México ha incorporado a su derecho interno⁸⁴.

Y agrega más adelante que son “... conjunto de normas de filosofías, de exigencias jurídicas, con la finalidad de plasmarlas en el documento fundamental (...) para

⁸² Citado por BARBA José. *Educación para los Derechos Humanos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 18.

⁸³ OACNUDH. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*; 2003. Pág. XX.

⁸⁴ HERRERA, *op.cit.*, pág. 22.

consagrarlas como jurídicamente obligatorias y poder restituir estos derechos cuando alguna autoridad estatal los lesione en contra de los gobernados.”⁸⁵

En abono a la complejidad del término, definiendo la dimensión social de los derechos humanos, Barba nos dice que éstos *“son la carta de entrada a la estructura de las relaciones sociales reguladas; una forma de naturalización social y jurídica por la recepción intergeneracional de una herencia espiritual y racional milenaria, luchadora, mártir, rebelde...”⁸⁶*

Posteriormente, agrega: *“... los Derechos Humanos son uno de los problemas fundamentales de la sociedad mexicana. Indican de modo claro el camino que debe promoverse para corregir estructuras y tendencias política, económicas y sociales que continúan impidiendo el establecimiento de condiciones reales de dignidad e igualdad de las personas.”⁸⁷*

En segunda instancia, importante es señalar que los derechos humanos, como derechos fundamentales de las personas, consisten en conceptos generales, amplios, llamados derechos genéricos que a su vez se desglosan, en derechos específicos llamados derechos derivados.

2.1.1.1 Una visión particular de los derechos humanos.

Mi perspectiva particular se integra en dos sentidos: Los Derechos Humanos son un asunto de educación y cultura jurídica; en términos generales, un asunto de conciencia y reconocimiento de nuestra propia condición de seres humanos.

La cultura de un país y las costumbres de su sociedad, enfocadas a ese tema, reflejan las nociones que un pueblo y sus gobernantes tienen respecto de sus derechos como individuos y como sociedad. El Estado requiere alcanzar un proceso de madurez,

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ BARBA, *op.cit.*, pág.19.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 21.

inherente al desarrollo de su pueblo, para alcanzar estándares aceptables de respeto a los derechos humanos. En otros términos, requiere manifestar en las políticas públicas, mayor conciencia del equilibrio social. La situación de los derechos humanos en un país, son un indicador del pulso de una sociedad, indicador de la salud de un Estado y pronóstico del nivel de desarrollo que esa sociedad puede alcanzar.

Es desde ese enfoque, que percibo a los derechos humanos como cualidades humanas que frente a un contexto pragmático y jurídico formal, fungen como herramientas de lucha y acción contenciosa, frente a la acción ilegítima y destructiva de un Estado frente a su sociedad. En este sentido, se constituyen como verdaderas reivindicaciones ideológicas sociales, cuyo proceso de integración culmina en el reconocimiento de estos y de las garantías jurídicas respectivas.

2.1.2 Principios o características.

La indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad, progresividad y la universalidad, son las principales características o cualidades y principios de los derechos humanos, sobre los cuales se ha cimentado la construcción del concepto.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, consagró los principios de *indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos en su resolución del 32/130, del 16 de diciembre de 1977 al expresar que: “*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes*”⁸⁸

Esto significa que debe prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. La *indivisibilidad e interdependencia*

⁸⁸ ONU. A/RES/32/130. 16 de diciembre 1977. *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las naciones unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Párrafo 14. [En línea] Disponible en: <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/320/13/IMG/NR032013.pdf?OpenElement>

sugieren entonces que no hay jerarquías entre los distintos tipos de derechos, y que no pueden reprimir unos para favorecer otros.

Debe entenderse que la justificación de estos principios se encuentra en el hecho de que, al pretender ejercer criterios diferenciados respecto de la protección entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, poniendo más atención en unos, continuarían violándose de cualquier forma los derechos humanos de los pueblos.

Actualmente en México se manifiesta una contradicción a dichos principios, y lo vemos principalmente en la falta de competencia por parte de las Comisiones de Derechos Humanos, estatales como nacional, verbigracia, para atender violaciones a derechos laborales.

La característica de *inalienable*, representa por su parte, que los derechos son cualidad del ser humano por su misma naturaleza, individual o colectivamente; y que por tanto no pueden ser despojados ni renunciados.

Al respecto, la resolución antes citada manifiesta igualmente que: “*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona humana y de los pueblos son inalienables*”.⁸⁹ Así, comprendemos que no puede haber excepciones en el reconocimiento a ellos por ningún motivo.

En su caso, la *progresividad* refleja la evolución de los derechos humanos, la ampliación de los derechos y el perfeccionamiento en las formas de hacerlos valer, de acuerdo a las necesidades y la misma evolución de las sociedades.

Abordaré más adelante el estudio correspondiente al principio de *universalidad*, pues además de ser ésta una característica de los derechos humanos, contiene un importante valor teórico como enfoque filosófico fundamental de los derechos humanos, digno de ser desarrollado.

⁸⁹ *Ibidem*.

2.1.3 Generaciones.

La historia de la humanidad trasciende y se va desarrollando en virtud de los procesos de lucha por la justa defensa de la condición humana y la existencia.

La noción de dignidad humana, uno de los valores fundamentales con los que se explican los derechos, se ve modificada en virtud de los procesos de desarrollo humano. Precisamente las generaciones como una clasificación doctrinaria, pretenden establecer los momentos históricos en los que ha estado revalorada la digna condición humana y la lucha por defenderla.

Así, los teóricos hablan de generaciones de los derechos humanos para realizar una distinción de las etapas y procesos históricos de definición que han tenido los mismos.

He recogido la información que nos proporciona Barba en su obra *Educación para los Derechos Humanos*⁹⁰, así como la *carpeta educativa*⁹¹ del Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez” para describir las principales características de las tres generaciones de derechos humanos. Por estar relacionadas al tema específico de este trabajo, describiré con mayor precisión la primera generación.

2.1.3.1 Primera generación.

La base de esta generación se halla en los frutos de la Ilustración, y la revolución francesa en el año de 1789. Por tanto se debe entender, en esta etapa, la noción de derechos humanos como idea central de la dignidad humana, desde la fuerza de la razón.

Los derechos conseguidos en esta generación representan las demandas que principalmente impulsa la burguesía francesa contra el gobierno monárquico a raíz del desarrollo del capitalismo. Dicha clase social pretendía establecer nueva forma de gobierno con libertades de comercio y el reconocimiento de las libertades individuales.

⁹⁰ Barba, *op.cit.*

⁹¹ Centro PRODH. *Carpeta Educativa en derechos Humanos*. 1999. s/e.

Así, la monarquía perdía autoridad frente al pueblo y finalmente la burguesía llegó al poder consagrando los principios de libertad, igualdad y fraternidad, siendo estos mismos la base de una de las declaraciones más importantes y representativas: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789 por la Asamblea Nacional Francesa. En América del Norte, producto del proceso de independencia de Norteamérica, la Carta de Derechos (Bill of rights) de 1776 consagra los derechos a la vida, la libertad y propiedad, libertad de reunión, de prensa y de movimiento, derechos de petición y derecho de protección jurídica.

Los Derechos de primera generación son eminentemente individuales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 es hoy el instrumento de reconocimiento a dichos derechos.

Cuadro 3. *Derechos de la primera generación.*

DERECHOS CIVILES Y POLITICOS	
Derecho a la vida	Derecho a la igualdad ante la ley
Derecho a la integridad física y moral	Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
Derecho a la libertad personal	Derecho a la libertad de movimiento y libertad de tránsito
Derecho a la justicia	Derecho a la nacionalidad
Derecho a participar en la dirección de asuntos políticos	Derecho a poder elegir y ser elegido a cargos públicos
Derecho a formar un partido o a afiliarse a alguno	Derecho a participar en elecciones democráticas

2.1.3.2 Segunda generación.

Los movimientos campesinos y laborales que iniciaron en la segunda mitad del siglo XIX, notablemente, en el contexto de la revolución industrial, reflejan un cambio en la concepción de los derechos humanos, dando paso a la aparición de la segunda generación, la de los llamados DESC o Derechos Económicos, Políticos y Sociales, como derechos colectivos por ser reconocidos a los sectores sociales.

El instrumento de mayor relevancia acuñado durante la segunda generación fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

En México, el proceso revolucionario generado por el despojo de tierras, maltratos y vejaciones a los campesinos permitió la identidad entre los integrantes del sector campesino y su unidad frente a la lucha por el reconocimiento de sus demandas.

Algunos de los derechos característicos de esta generación son: el derecho a la propiedad individual y colectiva, el derecho a la seguridad social, a condiciones dignas de trabajo, y el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia.

2.1.3.3 Tercera generación.

Es a partir de la década de 1970 cuando surgen los derechos de la tercera generación, - también llamados derechos de los pueblos o de solidaridad - gracias al proceso mundial de descolonización, y las luchas para la liberación de los pueblos resultado de la guerra fría entre Estados Unidos y la URSS.

Además de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y el Nuevo Orden Económico, es en la Declaración de los Derechos de los Pueblos de Argel en 1974 en donde encontramos los principios que corresponden a esta generación.

Dentro de los derechos de esta generación figuran, el derecho a la paz, derecho al desarrollo, a la educación, y a la libre determinación, entre otros.

Respecto de estas “generaciones”, Herdegen⁹² anota:

Los derechos humanos clásicos de ‘primera generación’ (las libertades clásicas) han logrado tener validez en el derecho consuetudinario en una magnitud importante. Otra cosa ocurre con los derechos sociales, culturales y económicos de ‘segunda generación’, que cada vez más se encuentran asegurados en los tratados. En lo concerniente a los derechos humanos de ‘tercera generación’, éstos carecen todavía de un contorno cierto en la medida en que sólo desde hace unas décadas se han venido desarrollando como derechos exigibles.”

2.1.3.4 Derechos emergentes.

La concepción de los derechos humanos y las necesidades de respeto a ellos va transformándose mientras las sociedades se transforman. Los valores en las sociedades cambian, no son estáticos.

En los últimos años se ha puesto de manifiesto la necesidad de ampliar el espectro del reconocimiento a derechos humanos, y el perfeccionamiento de sus garantías. Esta es una clara muestra de la progresividad de los derechos.

Es así como, se habla ya de los derechos de la cuarta generación o derechos emergentes que trascienden sobre tópicos como el del medio ambiente, la democracia y la tecnología, y que ponen en relieve cualidades de carácter fundamentalmente social, como la solidaridad, la paz y el conocimiento.

El proyecto de la Carta de Derechos Emergentes de Barcelona 2004, elaborado en el marco del Foro Universal de las Culturas, contiene los valores, principios y derechos que se insertan dentro del panorama actual de los derechos humanos en el mundo, tomando como base, el Derecho a la Democracia.

Algunos de los derechos de esta llamada cuarta generación, y que nos interesa mencionar por su estrecha relación con el tema de esta tesis, son los siguientes:

⁹² HERDEGEN, *op.cit.*, pág. 43.

Cuadro 4. Derechos emergentes.

Derecho a la paz	Derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva
Derecho a la existencia en condiciones de dignidad	Derecho a la pluriculturalidad
Derecho al medio ambiente sano y equilibrado	Derecho a la ciudad
Derecho a la movilidad y accesibilidad	Derecho al desarrollo
Derecho a la justicia internacional y a la protección colectiva de la comunidad internacional	El derecho a la resistencia

2.2 PRINCIPALES ENFOQUES FILOSÓFICOS.

Los enfoques filosóficos desde los cuales son vistos los derechos humanos, representan una forma de justificar su existencia y de vislumbrar cómo se forma la base del desarrollo de este tema y sus transformaciones.

Resulta pertinente aclarar, que en este título me limitaré a revisar los enfoques más importantes; a saber, el *iuspositivista* y el *iusnaturalista*, partiendo de la característica de *universalidad*. Es desde mi consideración, el segundo enfoque, la base teórica desde la cual debemos partir para desarrollar las ideas que en este trabajo plantearé, con el afán de interpretar la naturaleza de los derechos humanos.

Diversas son las formas de explicar y entender el origen, o la esencia misma de los derechos humanos. Según las aportaciones que han hecho los filósofos en los debates sobre el enfoque con el que debe concebirse este tema, en particular el enfoque *iusnaturalista* filosófico ha predominado, y ha encontrado en la naturaleza humana, su plena justificación.

Considero, - en los términos del principio aplicado por el maestro García Máynez que dice: “*para que un derecho sea válido, debe tener una razón suficiente de su validez*”.⁹³ - que la razón suficiente de los derechos humanos, es la misma naturaleza humana desde el enfoque *iusnaturalista*. Sin embargo, insisto, esta base solo será el punto de partida para abordar el análisis de este tema.

2.2.1 Ius naturalismo y ius positivismo.

Iusnaturalismo y *iuspositivismo*, son dos conceptos que se refieren al derecho natural, y al derecho positivo, respectivamente. El sustantivo latino *iūs*, significa derecho.

El Derecho positivo es un “...*sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada*.”⁹⁴

Evidentemente, la *positivación* de las normas refiere un mecanismo y un procedimiento legislativo que culmina en la consagración en los cuerpos legales escritos y su respectiva vigencia para ser observados en un tiempo y un espacio.

El Derecho natural, por su parte “*está integrado por aquellas normas jurídicas fundamentales que todo hombre conoce en virtud de su conciencia del derecho*.”⁹⁵

El enfoque *iuspositivista* observa a los derechos humanos como derechos subjetivos, es decir, que solo pueden tener existencia y validez cuando el orden jurídico positivo los *otorga*⁹⁶. En otros términos, los derechos humanos serían el espíritu o la esencia de las llamadas garantías individuales, plasmadas en un cuerpo jurídico. Así, para esta

⁹³ Citado por BEUCHOT, Mauricio. Derechos Humanos, Historia y filosofía. México: Fontamara, 2001. Pág. 45.

⁹⁴ VILLORO, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. Madrid: Porrúa, 2ª. Ed., 1974. Pág. 174.

⁹⁵ Citado por ETIENNE, Alejandro en *Protección de la persona humana en el derecho internacional*. México: Trillas, 1987. Pág. 27.

⁹⁶ En relación a la redacción del artículo 1 constitucional, a diferencia de la Constitución Política vigente que otorga garantías, el decreto de reforma constitucional de abril de 2009, instruye el *reconocimiento* de derechos y garantías.

tendencia filosófica no es posible la existencia de derechos subjetivos con independencia del Estado, es decir que los derechos existen en función de un orden jurídico.

La postura del positivismo jurídico tiene la característica de la subestimación a la *moral* y la *justicia*, en relación a que estos valores no forzosamente estén contenidos en el criterio de validez de las leyes⁹⁷.

Es en apego a este enfoque, que la autora Herrera Ortiz equipara sistemáticamente el término “*derechos humanos*” con el de “*garantías individuales*” en su obra *Manual de Derechos Humanos*⁹⁸, cayendo en la misma imperfección teórica en la que cae la denominación del Capítulo primero de la CPEUM, así como en la mención en el artículo primero aún vigente la Carta Magna, relativos a las “*Garantías individuales*”.

Contrario a este criterio de equiparación, la OACNUDH ha expresado con claridad que:

*En México, a diferencia de otros países, se ha utilizado de manera inexacta la expresión “garantías individuales” para referirse a los derechos humanos. Conviene adoptar explícitamente este concepto en el artículo 1º de la Constitución, a fin de armonizar el lenguaje que emplea nuestra Carta Magna en el artículo 122 B y propiciar una mejor integración entre los derechos constitucionalmente reconocidos y el derecho internacional de los derechos humanos.*⁹⁹

En este mismo sentido, ya Mireille Roccatti había discernido ambos conceptos, al señalar que los derechos humanos “...*deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden público positivo.*”¹⁰⁰

⁹⁷ Véase Diccionario de Teoría Jurídica. “*derecho natural, contenido mínimo de*”. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. Pág. 66.

⁹⁸ Véase HERRERA, *op.cit.*, pág. 6.

⁹⁹ OACNUDH. *Diagnóstico sobre la situación...*, *op. cit.*, pág. 1

¹⁰⁰ ROCCATTI, Mireille. *Los Derechos Humanos y la Experiencia del Ombudsman en México*. México: CNDH, 1996. Pág. 19.

Así, los derechos como cualidades de la persona humana, además de ser reconocidos, deben contar con las garantías que los protegen, es decir los mecanismos para hacerlos efectivos: obligación que corresponde al Estado.

La imperfección ha sido ya subsanada con la reforma aprobada por la Cámara de Diputados del 23 de abril de 2009¹⁰¹ que afecta diversos artículos constitucionales y que actualmente se encuentra en proceso de aprobación en el Senado de la República, destacando la modificación en la denominación del primer capítulo y al artículo 1, que concretan la distinción entre *derechos humanos* y *garantías* que los protegen.

Por su parte, el *iusnaturalismo* parte de la base que los derechos humanos son un asunto inherente a la naturaleza humana, y por tanto encuentran en ella su plena justificación independientemente de su aplicación. Para este enfoque, los derechos del ser humano existen antes de que sean reconocidos por una ley.

En la defensa de esta corriente filosófica, tengo que decir que los instrumentos internacionales y las demás formas de positivación de los derechos dentro de los Estados, están sostenidos por una sólida columna, espíritu y esencia teórica iusnaturalista que le da sentido a la formalidad jurídica y aplicación de los derechos. Por ello, la calidad moral, idealista y hasta romántica, de los derechos humanos desde el derecho natural, es la única razón de ser de las disposiciones reconocidas por los sistemas jurídicos que integran a los Estados.

¹⁰¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta Parlamentaria, número 2743-XIV. 23 de abril de 2009. [**Título Primero. Capítulo I. De los derechos humanos y las garantías individuales. Artículo 1.** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías para su protección, reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos prevalecen aquellas que confieran una mayor protección a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Los derechos humanos vinculan al Estado, por lo que tiene la obligación de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos (...)*]

2.2.2 Universalidad.

El principio de la universalidad es una característica de los derechos humanos, que desde la doctrina, es susceptible de discernimiento y por tanto un concepto perfectible y especificable.

Bajo este tenor, explicaré que existen diferentes tendencias ideológicas que defienden o han defendido históricamente a la universalidad, constituyéndola en el enfoque filosófico con que se explican los derechos humanos.

La *universalidad*, en términos generales, significa que los derechos humanos son debidos al hombre, es decir a todos los seres humanos, en todas partes. Así entiende Savater dicha cualidad: “*Por eso es universal, porque por el hecho de ser hombre le pertenece a cada persona.*”¹⁰²

Esta significación, claro está, debe tener sus especificidades, pues la interpretación de una universalidad como ésta, no respeta la diversidad de la humanidad y de las culturas. Al menos así lo entiende Ignatieff, cuando valora las condiciones contextuales en que el principio de universalidad se significa:

*... universalidad puede no implicar aceptación universal, en un mundo de poder desigual, (...) los derechos son universales porque estos definen los intereses universales de los sin poder –esto es, que este poder se ejerza sobre ellos de manera que se respete su autonomía como agentes.*¹⁰³

Tenemos, para breve referencia, tres tipos de *universalidad*¹⁰⁴ o universalización de los derechos humanos. La *universalización univocista*, es completamente igualadora de la calidad humana. La *equivocista* por su parte, que es “*tan fragmentaria y atomizada que no consigue reunir a los individuos en algo común, se diluye en la dispersión.*”

¹⁰² BEUCHOT, *op.cit.*, pág.36.

¹⁰³ Citado por FIGUEROA ,Rafael en *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. México: Porrúa, 2002, pág. 162-163

¹⁰⁴ Véase BEUCHOT, *op.cit.*, pág. 62.

Finalmente la *analógica* o *relativa*, que es la apreciación más correcta en mi consideración y la misma que defiende Beuchot.

Esta forma de universalización reconoce que los derechos son cualidad de todos los seres humanos, sin embargo reconoce las diferencias culturales en la concepción de los derechos humanos de cada Estado.

De igual manera, diversos argumentos que entrañan la esencia del pensamiento de la universalidad relativa son expuestos y recogidos, considerando la relevancia de esta postura filosófica.

Etienne Llano, por ejemplo, nos dice que:

*Si bien los derechos fundamentales tienen que ser los mismos, el grado en que hayan de aplicarse y el grado hasta el cual pueden llevarse a la práctica tienen que variar de un Estado a otro, y continuar variando durante largo tiempo, ya que las condiciones históricas, económicas y sociales varían de uno a otro.*¹⁰⁵

Beuchot ha planteado una interesante y actualizada tesis, encontrando la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural. Indica el autor que la universalización analógica de los derechos humanos, como enfoque filosófico, plantea respecto de los individuos que “...*respetar las diferencias pero las congrega en una aceptable unidad.*”¹⁰⁶

Con esta apreciación, el autor expresa y defiende la prevalencia de un *iusnaturalismo dinámico* y de *universalidad analógica* como fundamento filosófico de los derechos humanos. Dice que se trata de un *iusnaturalismo* que no es estático como el *naturalismo clásico*; es *analógico* e *icónico* con fundamento en la concepción ontológica, pero que transita hacia el carácter *pragmático* de los derechos humanos.

¹⁰⁵ ETIENNE, *op.cit.*, pág. 34.

¹⁰⁶ BEUCHOT, *op.cit.*, pág. 62.

Considero, que el planteamiento de este autor conforma una base teórica sólida de la filosofía de los derechos humanos, por lo que desglosaré su teoría en los siguientes términos:

Siguiendo a *Etienne Llano*¹⁰⁷, diré que la doctrina clásica del derecho natural, encuentra la razón de ser del derecho, en la naturaleza humana y el fin de la vida, así como el sentido de ésta para el ser humano. Esta concepción metafísica, es decir, que observa los valores primeros de la humanidad como tal, siendo éstos invariables en relación a su origen; sugiere que el derecho debe representar estrictamente las manifestaciones de la humanidad de forma unívoca, sea cual sea la cultura o desarrollo y que no considera a la razón como vehículo de valoraciones éticas, y morales que el ser humano puede hacer respecto de su propia naturaleza y desarrollo. Desde esta óptica, la Universalidad de los derechos humanos representa la idea de que el ser humano tiene las mismas necesidades y manifestaciones de su humanidad en cualquier parte del mundo.

Por el contrario, desde el enfoque del derecho natural moderno, que privilegia a la razón sobre los designios de la religión, y a la conciencia de la diversidad del ser humano, la universalidad debe ser analógica. Esto significa que aunque el ser humano es semejante en su origen y su constitución, también es diverso en su desarrollo. Esa diversidad, a su vez, no puede ser reconocida sino en función de la conciencia de los atributos semejantes en seres que viven en culturas diferentes.

En el mismo orden de ideas, Pierce dijo que el ícono es “*semejanza de la cosa, y diferencia al vez.*”¹⁰⁸ Con ello se debe entender, que siendo el ser humano icónico, observa a los derechos inherentes a su condición, aplicables a todos, pero de diversa manera, en función de su condición.

El presente razonamiento iusnaturalista de la universalidad ha partido de la base ontológica, es decir que ha considerado al ser como tal, en su origen y en función de

¹⁰⁷ Véase ETIENNE, *op.cit.*, pág. 15.

¹⁰⁸ BEUCHOT, *op.cit.*, pág. 55.

sus propiedades que lo pueden hacer trascender en su naturaleza. Sin embargo, ha concebido también a los derechos humanos como pragmáticos o prácticos, pues éstos también deben responder a una realidad práctica, accidental, a partir de la cual el ser humano ajusta su propia noción de humanidad haciéndola válida para su propia vida.

En suma, los derechos serán universales, pues son reconocidos para la humanidad; sin embargo, dicha universalidad es sólo un *eje rector* dentro de la diversidad de expresiones y costumbres humanas en los pueblos, que ven modificada la concepción de los derechos humanos.

2.2.3 Reflexión acerca de los enfoques filosóficos.

Los derechos humanos no son únicamente una tendencia filosófica de exigibilidad o reivindicaciones ideológicas sociales; son la base moral original desde la cual los ordenamientos jurídicos debieron seguir contemplando la primacía de la naturaleza humana sobre los intereses del Estado. El Estado es una idea concebida por el hombre. Los derechos humanos fueron descubiertos por los sentidos y la razón.

Independientemente de que un Estado, a través de su constitución, otorgue derechos, tales derechos existen pues son parte de la esencia humana y deben ser reconocidos.

Por una parte se debe entender que la base cierta de los derechos humanos, parte del *ius naturalismo*, en cuanto a su enfoque.

Si comprendemos que los derechos humanos son cualidades inherentes al ser humano, entenderemos que dichas cualidades son distintas a las *garantías* individuales que *otorga*¹⁰⁹ la Constitución vigente, por lo que resulta fuera de lógica que los derechos de carácter natural sean otorgados por un Estado, siendo estos, cualidades inherentes del ser humano. En contraste, el estado sí está en condiciones de reconocer derechos, como lo hizo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia. Actualmente este texto jurídico histórico, referente de los principales tratados

¹⁰⁹ CPEUM Artículo 1º.- *En los estados unidos mexicanos todo individuo gozara de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.*

contemporáneos de derechos humanos, conserva el valor constitucional, y complementa a la Constitución francesa que no consagra derechos en su texto. Se observa que esta Declaración respeta la cualidad iusnaturalista de los derechos pues lejos de otorgarlos, los *reconoce*, de manera que en su preámbulo establece: “... *la asamblea nacional, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del ser supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano...*”

Considero relevante comprender, que los derechos humanos, como cualidades filosófico-políticas (derecho natural), son la esencia, el espíritu de las garantías individuales y derechos constitucionales (derecho positivo); y que la positivación de la norma no puede darse sin el conocimiento previo del derecho natural. Esto es, el iusnaturalismo es el respaldo ideológico, es la base de todo derecho a la que hay que seguir; por su parte el positivismo es el método. Por tanto, ha sido un error metodológico grave, comparar ambos términos, como lo ha hecho Herrera Ortiz¹¹⁰, pues además de las razones ya comentadas, tienen valores de apreciación distintos, como lo expresa Barba cuando precisa que los derechos humanos “*son principios o ideas universalmente aceptadas y reconocidas y no se restringen a un Estado o país. En cambio, las garantías constitucionales son más limitadas, lo que significa que actúan sólo ‘dentro de un Estado y su contenido regula la conducta de un individuo o grupo de individuos que pudiera afectar a instituciones jurídicas ya reconocidas’*.”¹¹¹ Y siguiendo a Díaz Muller, quien manifiesta que “*la garantía constitucional es el instrumento legal que sirve para la protección de los derechos humanos en los ordenamientos de derecho positivo.*”¹¹²

En conclusión, consideración hecha a la importancia del enfoque iusnaturalista y el iuspositivista, creo que, siendo los sistemas jurídicos, positivistas, en relación a la protección de los derechos humanos; la totalidad de estos derechos concebidos como derecho natural, deben ser positivados en nuestro orden jurídico; esto es garantizarlos,

¹¹⁰ Véase HERRERA, *op.cit.*, pág. 6.

¹¹¹ BARBA, *op.cit.*, pág. 38.

¹¹² *Ibid.*

hacerlos aplicables; y con ello, redimensionarlos hacia la construcción de mejores mecanismos internos e internacionales, para su protección.

2.3 DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Hay diversas razones que dan origen a la protección de los derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional, y fungiendo como una rama de protección internacional de la persona humana. Lo destacable es que después de la 2ª. Guerra Mundial, se *“inició el laborioso proceso de diseño, conformación, aprobación y puesta en marcha de un número considerable de instrumentos y mecanismos internacionales en materia de derechos humanos. En principio, el objeto de ellos era anunciar y promover los derechos humanos internacionalmente aceptados; sin embargo, las pretensiones evolucionaron para que la comunidad internacional tuviera facultades para vigilar y exigir su cumplimiento.”*¹¹³

2.3.1 Definición.

El llamado Pacto de San José (infra, pág. 74), da un tratamiento que vincula los derechos humanos con el Derecho Internacional, cuando en su preámbulo expresa:

(...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos

¹¹³ GROSSMAN, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Fontamara/UIA, 2004. Pág. 7.

Es esta la relación formal que guardan los derechos humanos desde la concepción de su universalidad, con el Derecho internacional, concluyendo el origen del DIDH como una rama de protección de la persona humana del DIP.

A través de un concepto básico y sencillo, la profesora de la Universidad de Valencia, Mireya Castillo, afirma que el DIDH *“designa, por una parte, el conjunto de reglas de Derecho internacional relativas a los derechos humanos; la expresión se refiere, por otra parte, a la rama de la ciencia jurídica internacional que estudia los derechos humanos.”*¹¹⁴

Con un concepto amplio y descriptivo, el profesor Carlos Villán sugiere que el DIDH es el *“Sistema de principios y normas que reglan un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento al respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima, y en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.”*¹¹⁵

El profesor Villán, sugiere un espíritu crítico del concepto cuando integra en él la *noción de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder*. Basándome en esta apreciación, debo decir que el DIDH registra un carácter eminentemente social, y representa por su esencia el testimonio de la pugna entre la acción ventajosa del poder convertida en opresión, y la resistencia a la opresión de los pueblos. Esto, en el marco de la acción de las naciones poderosas y desarrolladas, en detrimento de las menos desarrolladas y de sus pueblos, y sobre todo de todas las implicaciones sociales, políticas y económicas derivadas de esta acción.

¹¹⁴ CASTILLO, *op.cit.*, pág. 15.

¹¹⁵ VILLAN, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta. 2006. Págs. 85-86.

2.3.2 Características.

Según Mireya Castillo, las características más sobresalientes de esta materia son las siguientes:

“Es un derecho heterogéneo, principalmente, de naturaleza convencional y, en consecuencia, relativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 26 y 34 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados de 1969...”

*(...) genera obligaciones que no son sinalagmáticas, es decir, no son obligaciones recíprocas de un Estado frente a otro, sino que son obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto”.*¹¹⁶

En interpretación de lo expuesto, entendemos que el DIDH es entonces un terreno del derecho en el que participan los Estados de la comunidad internacional para su creación, debido a que nace fundamentalmente de las convenciones y tratados firmados a los que se obligan, expresando su consentimiento, los mismos Estados.

Además, deben distinguirse algunas otras cualidades fundamentales de esta rama del DIP. Para ello, he retomado los siguientes elementos característicos, considerados por Villán:

(...) se trata de un derecho ideológico, por cuanto se basa en la superioridad de los valores que son inherentes a la persona humana, y aspira a expresar la ideología común de la Humanidad.

(...) es un derecho derivado de los derechos nacionales, desempeñando al mismo tiempo un papel unificador de las distintas legislaciones nacionales.

(...) es un derecho mínimo, pues los tratados de derechos humanos representan un estándar mínimo de normas que son susceptibles de ampliación, pero nunca de restricción por los Estados partes.

¹¹⁶ *Ibid.*, pág. 17.

(...) se trata de un derecho objetivo que trata de proteger los derechos fundamentales del individuo.

(...) es complementario en relación con el derecho interno.

(...) es progresivo ya que (...) su ámbito, tanto material como formal, se extiende de modo continuado e irreversible.”¹¹⁷

2.3.3 Tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos ratificados por México.

2.3.3.1 Características de los tratados sobre derechos humanos.

Antes de entrar a la descripción de los tratados que interesan a éste título, se debe tener en cuenta las características de los tratados de derechos humanos.

Los tratados de Derechos Humanos, como todos los tratados de protección a la persona humana, a diferencia de los tratados *sin alagmáticos* o bilaterales, que tienen como característica el interés de los Estados parte de “*la obtención por cuenta de la contraparte en el tratado de determinadas prestaciones de dar, hacer o no hacer.*”¹¹⁸, son tratados normativos, cuya característica, desde el punto de vista de su objeto, establecen la obligación de las partes, de respetar los derechos humanos de las personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de que se trate, sin distinción de nacionalidad, tal y como lo explica Corcuera cuando dice que “*En los tratados en materia de derechos humanos, los Estados se comprometen ante los demás, a respetar los derechos de los habitantes, independientemente de su nacionalidad*”.¹¹⁹

¹¹⁷ VILLAN, *op.cit.*, pág.105-106.

¹¹⁸ CORCUERA Santiago. La incorporación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Fontamara, 2004. Pág. 141.

¹¹⁹ CORCUERA, *op.cit.*, pág. 72.

Este tipo de tratados modifica la participación de los sujetos a los que van dirigidos, pues, al establecer obligaciones para un Estado respecto de sus habitantes “...dan al individuo la calidad de ‘sujeto’ del derecho internacional, aunque no en el sentido de capacitarlo para incurrir en obligaciones convencionales por sí, sino simplemente como beneficiario de los derechos que se derivan del tratado.”¹²⁰

Una característica singular de este tipo de tratados, reposa en el hecho de que a diferencia de los demás tratados, no es posible que un Estado se retire de las obligaciones establecidas en los primeros, pues éstos no contienen cláusula de *denuncia*.¹²¹ La razón fundamental de esta diferencia es que se encuentra en juego la posibilidad de protección de la persona humana y sus derechos fundamentales consagrados en dichos instrumentos.

En materia de derechos humanos, las obligaciones de *erga omnes*, es decir, obligaciones que se dan o se oponen frente a todos, se sustentan en las normas de *ius cogens*. Debe entenderse como oposición, a todos los Estados miembros de la comunidad internacional, en función de que todos los Estados tienen el interés jurídico de protección a los derechos humanos.

En este mismo sentido la COIDH ha opinado respecto de las diferencias de los tratados de derechos humanos con los demás tratados, y en particular de la CADH, lo siguiente:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Véase *Manual de Tratados... op.cit.*, pág. 24.

sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes ("Austria vs. Italy", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140).¹²²

Mi consideración es que en base al planteamiento tratado, el artículo 133 constitucional, puerta de entrada a la aplicación de los tratados internacionales en México no corresponde a la realidad teórica y jurídica, de los tratados de derechos humanos.

Considero que el texto de este artículo es susceptible de urgente perfeccionamiento, pues no establece ninguna diferencia de tratamiento entre los tratados en general y los de protección a la persona humana; y si bien, a mi parecer, algunos criterios jurisprudenciales como el perteneciente al año 2004¹²³, refuerzan la jerarquía de los tratados de derechos humanos, no existe hasta hoy jurisprudencia de la SCJN que iguale este tipo de tratados a la Constitución. Por el contrario, la supremacía de los tratados de derechos humanos puede fácilmente ser objeto de tendencias fluctuantes en función del criterio de los magistrados de la Corte y los tribunales federales, haciendo poco homogénea su aplicación, como ya se ha visto en las tesis

¹²² Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafo 29.

¹²³ **Registro 180431**. Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XX, Septiembre de 2004; Pág. 1896; [T.A.] [TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES. Conforme al artículo 133 constitucional, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan.]

jurisprudenciales relativas a la jerarquía de los tratados internacionales, revisadas en el capítulo precedente.

Así, en razón de los argumentos antes esgrimidos, la protección de los derechos humanos, como una prioridad universal, se ve devaluada al estar incluida en el mismo marco de aplicación y validez de los demás tratados que generan obligaciones y derechos entre Estados.

En términos pragmáticos, tampoco tienen éstos la misma fuerza de aplicación debido a la complejidad de condiciones políticas y sociales y la falta de programación de políticas públicas.

Si consideramos entonces que, al no estar igualados en rango a la CPEUM, los tratados internacionales de Derechos Humanos en México, éstos no tendrán la misma exigencia ni obligatoriedad de aplicación por parte de los jueces, tampoco habría obligación, a cargo del poder legislativo, de establecer una ley implementaria o instrumental que contuviera y garantizara la totalidad de los derechos reconocidos en los tratados.

Aun aceptando la inferioridad jerárquica de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos respecto de la Constitución, haría falta, en su defecto, concebir y consolidar las leyes de protección de los grupos de derechos (como ya ocurre con la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación), o bien, perfeccionar los ordenamientos jurídicos que garantizan derechos, para incluir y perfeccionar a su vez las normas que ya sugieren o constituyen la implementación del contenido de los tratados.

En función del planteamiento tratado, entraré en el análisis del derecho a la libertad personal consagrado en tres instrumentos internacionales de derechos humanos, fundamentales para la conformación de mi propuesta.

2.3.3.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los estragos de la segunda guerra mundial, llevaron a las naciones del mundo a reflexionar seriamente sobre las medidas que debían adoptarse para establecer con claridad la recomposición de los valores que llevan a la dignidad humana, y así, promover el respeto y observancia a los derechos humanos.

El proyecto de Convención de 1942 no incorporaba aún la mención de los derechos humanos. Las naciones los referían como una función del Consejo Económico y Social. Los países americanos, con más necesidad de igualdad de sus pueblos, fueron los que dieron la batalla para establecerlos con mayor claridad y fuerza en un documento. Producto de esta batalla, a partir de la reunión de Chapultepec, veintiún países de latinoamérica *“subrayaron que la futura organización debería tener objetivos más desarrollados y concretos en relación a los derechos humanos.”*¹²⁴

Establecida la mención del respeto a los derechos humanos en la Carta de las Naciones, tanto en el preámbulo como en siete de sus artículos (1.3, 13, 55, 62, 76, 83 y 87), ésta seguía siendo abstracta, por lo que los países americanos, principalmente Cuba, México y Panamá, insistieron en la Conferencia de San Francisco, que la Carta incluyera una Declaración de derechos.

Finalmente, después de haber sido remitido el proyecto de Declaración, a la Asamblea General, no fue hasta su tercer periodo de sesiones, y con una importante labor de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización, que pudo ser presentado el proyecto. Fue entonces adoptada la Declaración en la resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, con una votación general de 48 países a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones (principalmente de los países europeos del bloque socialista).

En particular, debo expresar que la DUDH es un instrumento original de derecho natural por su fuerza moral. Es documento histórico que permanece vigente en los sistemas de

¹²⁴ PONS, Xavier. *La adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Barcelona: Icaria Antrazyt, 1998. Pág. 28.

protección de los derechos humanos. Su vigencia radica en el reconocimiento de su especial y alto valor histórico, por parte de la comunidad de Estados, respecto a la fuerza moral de sus disposiciones.

Si bien es cierto que a la luz del Derecho Internacional, la DUDH tiene naturaleza declarativa, y que tal situación hace presumir que ésta no obliga jurídicamente a los Estados; existen opiniones autorizadas y criterios que sustentan un criterio de excepcionalidad para este instrumento.

Una de estas opiniones, fue emitida por la OACNUDH, al explicar que:

*En las declaraciones de derechos humanos se enuncian principios y normas convenidos. Esos documentos no son en sí mismos jurídicamente obligatorios. Pero se ha entendido que algunas declaraciones, muy en especial la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tienen el carácter de derecho positivo, por cuanto sus disposiciones han sido tan ampliamente reconocidas que son obligatorias para todos los Estados.*¹²⁵

Reforzando esta idea, Gros Espiell ha afirmado que:

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha dejado así de tener sólo un valor moral para transformarse en un documento del que se derivan para los Estados deberes y obligaciones concretos. Y se ha ido aún más lejos afirmándose – con razón a nuestro juicio- que el deber de respetar los derechos del ser humano constituye una norma imperativa de derecho internacional general, un caso de jus cogens, quizá el más característico de nuestra época...*¹²⁶

También Corcuera ha opinado sobre el particular, diciendo que aunque los instrumentos declarativos no tienen fuerza obligatoria de observancia, como es el caso de la DUDH, sí tienen una fuerza moral reconocida por la comunidad internacional, y que incluso es

¹²⁵ OACNUDH. *Diagnóstico sobre la situación...* op. cit., pág. XXI.

¹²⁶ GROS ESPIELL, Héctor. *Los derechos humanos y el derecho internacional*. México: Jurídica UIA, 1968-1977. Pág. 157.

considerada equiparable a los principios generales del derecho consuetudinario internacional con fuerza vinculante.¹²⁷

Finalmente, abonando con una razón de peso respecto a la fuerza vinculatoria de este instrumento, cabe destacar que la *Proclamación de Teherán*, adoptada en 1968 por la *Conferencia Internacional de Derechos Humanos* de la ONU, declaró a la DUDH con el carácter de instrumento obligatorio para la comunidad internacional, por lo que, aún cuando no sea reconocida como tratado formal en los Estados parte de la comunidad internacional, su equiparación la hace de aplicación legítima para los jueces en la resolución de casos de violación a derechos constitucionales.

Así, la DUDH ha tenido efectos importantes en los subsecuentes ordenamientos convencionales sean generales o regionales respecto de la materia de libertad personal, así como en el desarrollo de los sistemas normativos internos de los Estados. Esto se puede verificar en el caso del sistema de integración adoptado en la Constitución española, que a través del artículo 10.2, previene que los derechos fundamentales y libertades reconocidas por su Constitución deben ser interpretados conforme a la DUDH y los tratados con contenido similar.

Por su parte, dando aún mayor alcance a dicho instrumento, la Constitución Nacional Argentina a través de su reforma al artículo 75, inciso 22, de 1994, le otorgó expresamente rango constitucional, a la par de otros tratados y convenciones de Derechos Humanos¹²⁸.

¹²⁷ Véase CORCUERA, *op.cit.*, pág. 147.

¹²⁸ A la luz del artículo 75 constitucional, corresponde al Congreso, entre otras funciones :

22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán*

Ahora bien, en delimitación del tema y como lo anuncié anteriormente, fijaré especial atención en el reconocimiento de la libertad personal como derecho humano consagrado en el artículo 9 de esta Declaración, por su primacía en cuanto a la aparición de preceptos internacionales de protección a la libertad de la persona humana, y en concreto por ser el instrumento fundamental, plataforma de los tratados de derechos humanos que fueron consolidados posteriormente.

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado.

Como consideración inicial, el artículo en comento entraña un derecho sostenido por un sentido ambivalente. Por una parte consagra la libertad personal como derecho constituido en privilegio para la persona humana, y por otra define la prohibición o establece el mandato que los Estados deben observar, y que consiste en una obligación de *no hacer*.

En sus dos sentidos, este precepto, definitivamente requiere para su eficacia, de un marco normativo sustantivo y procesal. Esto es, la adecuada articulación de sistemas normativos que fijen reglas claras sobre la detención legal, y mecanismos procesales que las personas privadas de su libertad puedan hacer valer efectivamente frente a la violación de la garantía de libertad personal.

Me parece que ésta articulación queda perfeccionada con el desarrollo de las normas de Derecho interno que protejan el derecho constitucional.

En México, las disposiciones que deben garantizar la efectividad de los derechos constitucionales los encontramos tanto en los artículos 16 y 20 Constitucional, como principalmente en los artículos 124 Bis, 128, 135, 135 Bis, 193, 193 Bis, 193 Quater, 193 Quintus, 194 Bis, 195, 197 y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Cabe señalar que mediante este razonamiento, se debe comprender que la eficacia en la observancia del derecho descrito en el artículo 9, recae en el *marco de legitimidad*¹²⁹ conformado por el DIDH y el Derecho interno.

Así, se logra percibir el contenido del artículo 9 como un parámetro desde el cual debe partir el desarrollo normativo que le da vida al mecanismo de protección de la libertad personal como garantía constitucional.

En lo que concierne al ámbito material, este precepto protege directamente dos bienes jurídicos que además han sido consagrados como dos de los tres derechos o libertades básicas de la persona (también llamados derechos fundamentales, bienes de valor supremo) en el artículo 3 de la DUDH¹³⁰. Se trata de *la libertad y la seguridad, personales*.

El *correcto desarrollo de la procuración y administración de justicia* es también un bien jurídico afectado con la violación al derecho de libertad personal, pues al violentarse este derecho, el contenido del artículo estudiado se proyecta sobre otro ámbito material; esto es, su violación afecta sensiblemente al debido proceso. Sin embargo, esto lo analizaré adelante.

2.3.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El PIDCP ha sido otro tratado internacional de protección a la persona humana importante en el proceso de consolidación de los derechos humanos.

Este Pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966; y entró en vigor general el 23 de marzo de 1976. El correspondiente Protocolo facultativo fue adoptado en la misma fecha.

¹²⁹ Véase CASARES, Francesc; PONS Xavier, et All. *La declaración Universal de los Derechos Humanos*. Barcelona: Editorial Icaria Antrazyt, 1998. Pág, 200.

¹³⁰ Artículo 2. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

México se adhirió al Pacto el 18 de diciembre de 1980, quedando publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Fue hasta el año 2002 que México se adhirió al Protocolo Facultativo, reconociendo con ello la competencia del *Comité de Derechos Humanos* (infra, pág. 147), órgano vigilante del cumplimiento del Pacto.

En su artículo 9 referente a la libertad y seguridad personal¹³¹, queda establecido un criterio general de normas mínimas a observar en las detenciones, similar al establecido por la DUDH.

En su primer párrafo, el precepto consagra tanto el derecho de libertad personal como la prohibición de detenciones arbitrarias. En los siguientes dos párrafos se expresan las formalidades generales a cumplirse en la detención, significadas como garantías del detenido; mientras que en el párrafo cuarto se consagra la garantía de audiencia para el detenido. Destaca el párrafo quinto que incorpora, a diferencia del relativo a la CADH (que será visto a continuación), el derecho a la reparación del daño por la ejecución de una detención arbitraria. Sin embargo, a diferencia del Pacto, la CADH garantiza este derecho anunciándolo como una facultad de la COIDH, en su artículo 63; situación relevante en las condiciones de justiciabilidad para las víctimas de detenciones arbitrarias.

¹³¹ Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

2.3.3.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

El 22 de noviembre de 1969, veintiún años después de la adopción de la DUDH, los Estados miembros de la OEA adoptaron durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978 en general, y que ha sido ratificada por 25 países de América latina.

México se vinculó a esta Convención depositando el instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981, haciéndola parte así, del orden jurídico mexicano en apego al artículo 133 constitucional. Entró en vigor en territorio nacional en la misma fecha de la adhesión.

El Estado mexicano realizó dos declaraciones interpretativas y una reserva a este instrumento. Fueron retiradas, en el año 2002, durante el depósito del instrumento de adhesión a la Convención, una declaración referente a la no obligación del Estado de legislar en protección a la vida “desde el momento de la concepción” (en relación al artículo 4, párrafo 1), y la reserva referente a la prohibición a los ministros de culto de asociarse para fines políticos (en relación al artículo 23, párrafo 2). Permaneció la declaración que indica la limitación de los actos públicos de culto religioso, a realizarse dentro de los templos (en referencia a las limitaciones para manifestar la religión, artículo 12, párrafo 3)

El preámbulo de esta Convención establece un criterio que aclara la postura teórica desde la cual asume los derechos humanos, cuando expresa:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección

internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

En referencia al tema de la libertad personal, el artículo 7 desarrolla la regulación de este derecho en tres dimensiones. Inicialmente consagra el derecho de libertad acompañado de la integridad personal en el párrafo, significados como derechos de la persona frente al Estado. El párrafo 3 y la primera parte del 2 establecen la prohibición dirigida al Estado, de privar a una persona de su libertad arbitrariamente, y finalmente se complementa con el criterio bajo el cual debe detenerse a una persona y los parámetros de la detención mencionados en los párrafos 2, 4, 5 y 6, regulados con un criterio analógico al del PIDCP.

Dichos elementos se encuentran integrados en la CPEUM y serán retomados para la integración del concepto de detención arbitraria propuesto en este trabajo¹³²

2.3.3.5 Alcance de los tres artículos relativos a la libertad personal, incluidos en los instrumentos revisados anteriormente.

El contenido de los tres artículos analizados, reflejan en la praxis, alcances importantes en la protección del derecho de libertad personal.

¹³² A la luz de artículo 7 de la CADH. Derecho a la libertad personal:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

La fuerza de estos preceptos es significativo si se considera que ante procedimientos legales viciados o mecanismos de protección imperfectos, los Estados obstaculizan la protección de ese derecho y por tanto niegan las condiciones de justiciabilidad, llevando así a la necesidad de intervención de órganos internacionales verificadores de la legalidad de las privaciones de la libertad personal, o de mecanismos complementarios jurisdiccionales.

Frente a esta situación, los organismos referidos *“realizan un control sobre la legitimidad internacional de la normativa interna, y ello les permite identificar las irregularidades, lagunas, y defectos que aquejan al funcionamiento de las instituciones estatales en materia de privaciones de libertad...”*¹³³

Así, el contenido de estos artículos proporciona los fundamentos jurídicos a los que se remiten la creación y competencia de los órganos internacionales que revisan la observancia de los instrumentos. Es el caso del GTDA de la ONU, cuyo fundamento para calificar la arbitrariedad de una detención, lo hallamos en el precepto citado de la DUDH¹³⁴; del Comité de Derechos Humanos de la ONU cuya vida orgánica está otorgada por el artículo 9 del PIDCP, en comunión con el 28 del mismo instrumento y el 1º del Protocolo Facultativo del PIDCP; o el artículo 7 de la CADH que asienta la base jurídica sobre la cual la CIDH fundamenta sus recomendaciones a los Estados que privan arbitrariamente de la libertad personal.

Estos preceptos además, han constituido la base de interpretaciones jurisprudenciales internacionales e internas de los Estados, así como de los preceptos en las Constituciones nacionales elaboradas anteriormente a la Segunda Guerra Mundial¹³⁵.

¹³³ CASARES Francesc; PONS Xavier, et All., *op.cit.*, pág. 199.

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 204.

¹³⁵ *Ibid.*, pág. 206.

2.4 SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El SIDH es un régimen normativo regional, de carácter supletorio¹³⁶, cuya principal base está plasmada en la CADH suscrita por los Estados americanos en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Se encuentra compuesto por instrumentos, mecanismos de protección y seguimiento, e instituciones. En mi consideración, este sistema normativo e institucional cobra importancia en la lucha por la protección de los derechos humanos en América latina, y en los próximos años constituirá un mecanismo regional fundamental al cobrar mayor presencia como instancia complementaria de los sistemas jurídicos internos.

Son mecanismos institucionales y procedimentales, de protección de derechos humanos reconocidos en la CADH, los siguientes:

1. CIDH y COIDH con sus respectivas competencias (Art. 62, 63.2, 64 y 68)
2. Mecanismo de peticiones individuales ante la CIDH y COIDH cuando se alega violación a los derechos humanos reconocidos en la CADH. (Art. 44)
3. Comunicaciones estatales en donde se señala la violación de un derecho humano de la CADH por parte de uno de ellos. (art. 45)

Los mecanismos de seguimiento son foros de cooperación técnica entre Estados para hacer óptima la aplicación de instrumentos. En el SIDH se encuentran cuatro mecanismos de seguimiento: *Mecanismo de Evaluación Multilateral* de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (1998); *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción* (2001); *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención*

¹³⁶ Según lo establecido por la CADH, uno de los requisitos para que la Corte conozca de un caso, es que deben haberse agotado los recursos procesales internos.

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (2004); y el *Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* (2007), que monitorea un Comité de expertos, tal y como lo establece la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

La CADH de 1969 (Pacto de San José), y el *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1988 (Protocolo de San Salvador), son dos de los instrumentos de protección de derechos humanos del Sistema, y en virtud de los cuales se pueden hacer valer peticiones por violaciones a derechos humanos.

2.4.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

LA CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, encargado de proteger y promover los derechos humanos en el continente, llamado a supervisar el cumplimiento de la CADH y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado "Protocolo de San Salvador".¹³⁷

Es pertinente aclarar, que desafortunadamente en el caso del Protocolo de San Salvador, la mayor parte de los derechos reconocidos en dicho instrumento no son susceptibles de ser protegidos por el mecanismo de queja que la CADH establece. Son los casos de violaciones del derecho a la sindicación (art. 8, inciso a) y a la educación (art. 13), los únicos casos susceptibles de ser conocidos por la CIDH y resueltos por la COIDH, una vez que ha entrado en vigor dicho Instrumento Internacional.

¹³⁷ Véase el Documento de apoyo al Taller Práctico "*Sistema Interamericano para la protección de los Derechos Humanos: Herramientas para la defensa*". México: CEJIL, UIA/Programa de Derechos Humanos; 8 de Septiembre de 2008.

2.4.1.1 Reseña histórica.

En abril de 1948, la OEA aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia. Fue este el primer documento internacional de derechos humanos general en la región de América. Cabe señalar el carácter declarativo de este instrumento, por lo que su alcance se ve limitado dentro del SIDH. Años después, en 1959, fue creada la CIDH, reuniéndose por primera vez en 1960.

Ya en 1961 la CIDH comenzó a realizar visitas *in loco* (en el lugar) para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Según la página web de la CIDH, desde entonces ha realizado 83 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales, habiendo publicado hasta la fecha 44 de ellos. La última visita, y de la cual ya ha presentado sus observaciones preliminares, fue realizada recientemente a Honduras, con motivo del golpe de Estado perpetrado en ese país, en el año 2009.

2.4.1.2 Estructura orgánica.

La CIDH está compuesta por siete comisionados, y una secretaría.

Según la CADH, los comisionados elegidos por los Estados miembros de la OEA, durante un periodo de 4 años, con posibilidad de una única reelección, y ejercen sus funciones a título personal, es decir, que no representan a ningún país en particular.

Estos miembros deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

La CIDH se reúne en períodos ordinarios y extraordinarios de sesiones varias veces por año. Su Secretaría Ejecutiva cumple las instrucciones y sirve de apoyo para la preparación legal y administrativa de sus tareas como institución.

2.4.1.3 Funciones y competencia.

De acuerdo al artículo 41 de la CADH, la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el continente Americano.

En ejercicio de su mandato, la CIDH tiene, entre otras funciones, las siguientes:

- a) Recibe, analiza e investiga **peticiones individuales** que alegan violaciones de los derechos humanos presentadas por persona o grupo de personas, o institución no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, según lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención.
- b) Observa la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica **informes especiales** sobre la situación en un estado en particular.
- c) Realiza **visitas in loco** a los países para profundizar la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular. Generalmente, esas visitas resultan en la preparación de un informe respectivo, que se publica y es enviado a la Asamblea General.
- d) Hace **recomendaciones** a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos.
- e) Requiere a los Estados que tomen "**medidas cautelares**" específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana requiera "**medidas provisionales**" de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aún cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte.
- f) Somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios.

g) Solicita "**Opiniones Consultivas**" a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana.

Además, la Comisión puede realizar investigaciones *in situ* en casos individuales cuando sea necesario y conveniente, y debe rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Respecto de la competencia, en razón del artículo 45 de la CADH, la CIDH puede conocer de peticiones individuales o colectivas que contengan denuncias por violación de derechos humanos reconocidos por la Convención, por un Estado parte.

También conocerá de comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha violado los derechos humanos establecidos en esta Convención, siempre y cuando ambos estado hayan reconocido expresamente la competencia de la CIDH.

Como dato preciso, durante el año 2008 la CIDH recibió 1323 denuncias por violaciones a derechos humanos. México ocupó el tercer lugar en denuncias, acumulando 168, sólo por debajo de Perú (236) y Colombia (230).¹³⁸

2.4.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según el estatuto de la COIDH, se trata de una institución judicial autónoma con sede en San José de Costa Rica, y cuyo objetivo resulta el de aplicar e interpretar la CADH. Dicha aplicación se concreta con la competencia contenciosa para resolver denuncias por violaciones a derechos humanos reconocidos.

La CADH instrumentó a la COIDH como órgano competente para conocer de violaciones a derechos humanos. Este órgano jurisdiccional se estableció y organizó formalmente una vez entrada en vigor la Convención, y en 1979, durante el Séptimo

¹³⁸ CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 2008. Capítulo III.

Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, se eligió a los primeros jueces de la COIDH.

Aunque la primera reunión de la COIDH se efectuó en Washington el 29 y 30 de junio de 1979, su sede quedó establecida en San José de Costa Rica e instalada el 3 de septiembre del mismo año, aceptándose el ofrecimiento del gobierno de Costa Rica para proporcionarla.

2.4.2.1 Estructura orgánica.

Está integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA.

Según el artículo 52 de la CADH, los jueces son elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

La COIDH, al ser un órgano autónomo puede elaborar su propio proyecto de presupuesto, someterlo a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General, y administrarlo de acuerdo con el artículo 26 de su Estatuto.

El Gobierno de Costa Rica aporta una partida en virtud del Convenio de Sede firmado en 1983, y los Estados pueden realizar aportaciones. De igual manera la Corte ha recibido aportaciones por parte de algunas instituciones como la Unión Europea, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Centro Danés para los Derechos Humanos y el Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega.

2.4.2.2 Competencia y funciones.

La COIDH ejerce dos atribuciones manifestadas en el artículo 62.1 de la CADH, como funciones de *interpretación y aplicación* de las disposiciones de esta Convención que le sea sometida. Esas funciones son, *la consultiva y contenciosa* respectivamente.

Además de la ratificación o adhesión de la CADH, los Estados deben reconocer expresamente la *competencia contenciosa* de la COIDH, para que ésta conozca y resuelva sobre los casos en los que se ha alegado que un Estado parte ha violado la CADH.

Esto significa que, una vez reconocida dicha competencia, la CADH faculta a la Corte Interamericana para conocer de demandas por violaciones a los derechos humanos contenidos en dicha Convención, así como pronunciar sentencias con efecto vinculante (Art. 62.3 y 68.1 CADH)

Como lo ha explicado el juez mexicano de la Corte Sergio García Ramírez, siendo eminentemente de carácter *subsidiaria y complementaria* la competencia de la COIDH, ésta puede conocer de los asuntos, una vez que se han agotado los recursos internos.¹³⁹

Además de estos requisitos, para que un caso pueda ser sometido a esta Corte, debe haber sido agotado el recurso de petición ante la CIDH (Art.61.2).

Hasta el momento son veintiún Estados los que han reconocido la competencia contenciosa de este organismo judicial. México ha sido de los últimos en reconocerla al hacer la declaración respectiva el 16 de diciembre de 1998, siendo publicado el correspondiente decreto promulgatorio en el D.O.F, el 24 de febrero de 1999.

Por su parte, la función *consultiva* está contenida en la facultad de los Estados miembros de la OEA, de consultar a la COIDH acerca de la interpretación de la CADH, así como de los tratados de protección de los derechos humanos en los Estados

¹³⁹ Véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La jurisdicción interamericana de derechos humanos. México: Corte IDH, 2006. Págs. 89-90.

Americanos, y sobre la compatibilidad de estos instrumentos con las leyes internas. (Art. 64 CADH)

Como explica García Ramírez¹⁴⁰, ha sido examinada la fuerza vinculatoria de las opiniones consultivas por parte de varios sectores de la doctrina. Para algunos, tienen eficacia plena, aunque para la mayoría de los analistas, estas opiniones, aunque tengan un *alto valor jurídico, político, o ético*, no tienen la *fuerza obligatoria* que si tiene una sentencia.

De igual manera es competencia de la Corte, en base al artículo 63 de la CADH, disponer que se garantice al lesionado el goce del derecho conculcado, decretar la reparación de daños e indemnización, así como adoptar las medidas provisionales que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, para evitar daños irreparables a las personas, tanto en casos que estén en conocimiento de esta Corte, como en asuntos que aún no se han sometido a su conocimiento, a solicitud de la CIDH.

Finalmente, es también competente la COIDH para supervisar el cumplimiento de las sentencias, solicitando informes a los Estados sobre las medidas encaminadas al cumplimiento del fallo, así como recabar las informaciones de la CIDH y de las víctimas o sus representantes e implementar las medidas provisionales; esto, en apego a lo dispuesto por el artículo 63 de su Reglamento.

Además, podrá informar a la Asamblea General de la OEA, los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (Art. 65 CADH).

2.4.2.3 El impacto de las sentencias y jurisprudencia.

Es menester decir, en principio, que las sentencias emitidas por la COIDH, deben ser acatadas de buena fe por parte de los Estados (Art. 68.1 CADH) que han aceptado su competencia para conocer de violaciones a derechos contenidos en la CADH.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 88.

Los principios del derecho internacional de *pacta sunt servanda* y la *buena fe* para los Estados, en relación al cumplimiento de las resoluciones y observancia de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, siguen siendo elementos fundamentales en el cumplimiento directo de las sentencias de la COIDH.

El Estado debe, transcurrido un plazo de un año a partir de notificada la sentencia, rendir un informe a la COIDH, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la sentencia. En caso de incumplimiento de ésta, dicha Corte lo hará constar, en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

En este mismo contexto, existen distintos factores que de forma indirecta pueden hacer justiciables las peticiones de personas víctimas de violaciones a sus derechos, demandando la ejecución de la sentencia de la COIDH en contra del Estado. Para ello es elemento toral el reconocimiento de los tratados internacionales en el ámbito interno de los Estados, y subsecuentemente la adopción de las leyes implementarias. Idealmente los Estados deben contar un procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias de mecanismos internacionales de resolución de controversias, contra dichos Estados.

En el caso de México, a falta de ley implementaría para la ejecución de sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales de derechos humanos; el artículo 133 constitucional, el artículo 11 de la LCT, que señala la eficacia y reconocimiento de las sentencias y la jurisprudencia, en México, derivadas de la aplicación de mecanismos internacionales para resolución de controversias legales; son el fundamento de derecho aplicable para exigir dicha ejecución.

En otra esfera de aplicación, la jurisprudencia de la COIDH, aún cuando no es utilizada con frecuencia en el orden jurídico interno, su aplicación en la resolución de asuntos también tiene fundamento en el artículo 133 Constitucional, por lo que resulta una herramienta fundamental en las decisiones de los tribunales federales, en la protección de garantías individuales; considerando además que, con la última reforma constitucional en materia de derechos humanos anteriormente referida, el principio de

*pro persona*¹⁴¹, inculcado por diversos instrumentos internacionales ratificados por México, ha quedado plasmado en nuestra Carta Magna, por lo que ahora también queda establecido en la norma fundamental, el criterio de aplicación de la ley que mejor proteja los derechos de la persona.

Un ejemplo relevante de aplicación de la jurisprudencia de la COIDH, se encuentra en la sentencia de 2004, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materia penal con sede en Toluca, por el caso Romero Ríos¹⁴²; en donde se resolvió el carácter de *no convencional*¹⁴³ de una disposición de la Ley Adjetiva Penal, basándose dicha resolución, en jurisprudencia de la COIDH relativa al caso *Castillo Petruzzi y otras contra Perú*¹⁴⁴, respecto de la asistencia legal en la defensa.

Se da entonces una suerte de interrelación jurídica con la jurisprudencia de la COIDH, que le permite a ésta desdoblarse entre la CADH; el artículo 133 Constitucional antes visto; el artículo 11 de la LCT¹⁴⁵ y la jurisprudencia emanada de la SCJN (supra, pág. 65 y 66).

En términos concretos, existe la integración de la jurisprudencia de la COIDH al sistema judicial mexicano. Es decir, se manifiesta la aplicación directa de la jurisprudencia de la

¹⁴¹A la luz del Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal 2008, párrafo 1790, el principio *pro persona* es: *un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*

¹⁴² Sentencia de 14 de octubre de 2004 emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito (SJF, Novena época, Tomo XXI, mayo de 2005, Tesis: II.1º. P 137 P, p. 1586).

¹⁴³ El término hace referencia a la inobservancia de una disposición de la CADH, respecto de los derechos procesales de quien promueve. Cabe destacar, que en dicha resolución se sugiere la violación al artículo 133 constitucional, por tratarse la norma penal en cuestión, una disposición violatoria de la CADH.

¹⁴⁴ Caso *Castillo Petruzzi contra Perú*. Sentencia sobre el fondo, de 30 de mayo de 1999; Fundamentos 146 a 149.

¹⁴⁵ Artículo 11. Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

COIDH, para la resolución de asuntos conocidos por jueces mexicanos. En particular, las tres sentencias condenatorias en la historia, emitidas hasta hoy por la COIDH en contra del Estado Mexicano¹⁴⁶, son a todas luces materia jurisprudencial al alcance de los jueces mexicanos, y particularmente relevantes son dos de ellas (infra, pág. 139 y 142, *Campo algodonoero y Rosendo Radilla, respectivamente*), para el ámbito interno, debido a que constituyen los primeros antecedentes jurídicos de condena al Estado mexicano y definen la responsabilidad internacional de este. Constituyen estos casos, además, agresiones históricas y arteras, hacia el pueblo mexicano y contra la humanidad, sensiblemente dolorosas por su magnitud.

¹⁴⁶ Casos *Castañeda Gutman*. Sentencia del 6 de agosto de 2008; *González y Otras (Campo Algodonero)*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, y *Radilla Pacheco*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009.

CAPITULO 3. LIBERTAD Y PRIVACION DE LA LIBERTAD

3.1 ASPECTOS DE LA LIBERTAD.

3.1.1 Noción filosófica.

Según algunas escuelas filosóficas, la libertad es *“una propiedad de la voluntad (...) una consecuencia de la naturaleza racional del hombre (...) La libertad humana, libertad de querer en su acepción más amplia, es la libertad de querer uno entre varios bienes.”*¹⁴⁷

Desde la visión contemporánea, se puede decir que la libertad es un atributo que corresponde a las personas en absoluto. Por supuesto, esta visión no era compatible en los tiempos del imperio romano o de la esclavitud “institucionalizada”.

Han cobrado, históricamente, especial relevancia y plasmado su espíritu teórico en el concepto de libertad, la concepción individualista y liberal europea que también permeó la primera generación de derechos humanos vista anteriormente. Los seguidores a esta tendencia han manifestado que *“...si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otro”*¹⁴⁸

Contemplamos aquí dos aspectos de la libertad reiterados en diversas obras filosóficas. Se trata de la libertad en sentido positivo, y la libertad en sentido negativo.

En apego a las aportaciones de Bobbio¹⁴⁹, se debe entender a la libertad en sentido negativo o *“libertad como ausencia de impedimento”*, como la situación en la que una

¹⁴⁷ Citado por LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular*. Tomo VI. México: Porrúa, 2005. Pág. 4.

¹⁴⁸ BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1998. Págs. 194-195.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993. Págs. 98 – 100.

persona tiene la voluntad de actuar o no, sin alguna restricción o fuerza externa que lo obligue. Por su parte, es positiva la libertad cuando la voluntad de la persona está dirigida hacia un objetivo, es decir, cuando se toman decisiones para alcanzar ese objetivo, a salvo de la voluntad de otras personas.

Es menester señalar, adicionalmente, que en la vida práctica del ser humano, este atributo es a su vez una de las condiciones de la persona humana necesaria para alcanzar un estado de tranquilidad, y por las que éste lucha cotidianamente contra factores externos propios de la vida en sociedad.

En la especificidad del término, existen tres modalidades de la libertad, desde la concepción filosófica: la libertad física, la libertad intelectual y la libertad moral.

Por ser de relevancia para el presente trabajo, la libertad física, será definida como la *“ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza”*¹⁵⁰. Como podemos observar, esta concepción de la libertad contiene un sentido negativo, sin embargo, también se expresa en términos positivos cuando establecemos la interpretación a *contrario sensu* del término. Así, la libertad también es un estado del ser que le permite tener movimiento físico voluntario.

3.1.2 Noción sociológica.

*“La libertad, como la verdad, son colectivas. Individualmente, al margen de la sociedad, simplemente no existen. No pueden existir”*¹⁵¹. Esta es la visión de la libertad como privilegio, desde el cristal de la sociología. Visión que rompe con la noción individualista y liberal antes referida.

¹⁵⁰ SCHOPENHAUER Arthur. *La libertad*. México: Ediciones Coyoacán, 1998. Pág. 7.

¹⁵¹ BARBA, *op.cit.*, pág. 30.

Siendo ésta una facultad natural que a su vez representa un derecho humano; y estando los derechos humanos vistos, como normas de conducta frente a una sociedad; la libertad se encuentra vinculada íntimamente con las relaciones sociales.

En otros términos, la concepción individualista de la libertad, debe someterse a las características de funcionamiento de una colectividad, respondiendo a la heterogeneidad contemporánea de nuestro concepto. Al menos así lo entendió el filósofo alemán Arthur Schopenhauer cuando dijo que “*Únicamente la ignorancia y la incultura podrían seguir hablando de una libertad existente en las acciones individuales del hombre...*”¹⁵²

Me parece que la necesidad de hablar y comprender el sentido de la libertad no se da por sí sola. En esa etapa del razonamiento la podemos comprender como un atributo del ser humano, individual. Sin embargo, esta percepción natural se ve modificada en cuanto enmarcamos a la persona en una sociedad o grupo, bajo una dinámica y circunstancias específicas. La libertad entonces adquiere también un valor de contrapeso que debe equilibrar el significado de dicho término. Ese valor es la responsabilidad derivada del ejercicio de la libertad en todos sus aspectos.

La naturaleza social del individuo nos indica que la libertad establecerá paralelamente límites a la voluntad individual en función de la responsabilidad que adquiera por el uso de dicha atribución.

Creo que no puede existir una concepción precisa de la libertad de la persona humana, si no es en un contexto de relaciones interpersonales inscritas en un marco social, permeado por elementos culturales, históricos, políticos, etc. Así, me parece que la noción de libertad individual se ve necesariamente proyectada o cotejada con la condición de los individuos en una sociedad.

En este sentido, coincido con *Bauman*, cuando coteja a la libertad en relación a la dependencia o sometimiento, diciendo que: “...*la libertad significa una relación social*

¹⁵² SCHOPENHAUER, *op.cit.*, pág. 155.

(...) supone e implica la presencia de la división social. Algunas personas pueden ser libres sólo en la medida en que haya una forma de dependencia que puedan aspirar a evadir.”¹⁵³

3.2 LIBERTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

A la luz de la tendencia liberal europea, fue acuñado el término de *libertad* en una de las primeras declaraciones de derechos humanos, en donde la sobrestimación de la propiedad privada (característico del liberalismo) se encuentra manifestada en el espíritu del término. Así lo refleja el artículo 1 de la Declaración de Derechos Norteamericana de 1776 (Bill of Rights) cuando dice que:

Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos propios, de los que, al entrar en sociedad, no pueden ser privados, ni despojada su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de perseguir y obtener la felicidad y seguridad.

Por su parte, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 definió a libertad desde el enfoque del derecho natural manifestando que:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Así, desde este enfoque jurídico del término, a partir del cual que se asume a la libertad como un derecho humano y precepto jurídico, percibimos que en su significado

¹⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *Libertad*. México: Patria, 1991. Pág. 19.

genérico, es considerada junto con la vida y la integridad personal, un atributo de valor supremo para la persona. Los tres valores del lema humanitario acuñado durante la revolución francesa de 1789 (*Libertad, igualdad, fraternidad*), así como diversos instrumentos internacionales de derechos humanos históricos y contemporáneos¹⁵⁴, instituyen y consagran este valor, en sus introducciones o preámbulos, como derecho indiscutible de la persona humana.

El valor de este atributo, versado sobre la conciencia de uno de los derechos más representativos e importantes para la persona humana se ha proyectado así históricamente sobre el plano jurídico

En la actualidad, este tema forma parte de los tópicos político-jurídicos que integran la definición amplia de *democracia* como sistema político consagrado en el artículo 40 de la Ley Fundamental mexicana; situación que nos permite dimensionar la importancia que se le ha dado a este valor en el orden jurídico mexicano. Así se observa en una de las acepciones actualizadas de la *libertad* en el Diccionario de la Lengua Española, que representa: *En los sistemas democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas.*

Entenderemos entonces que para el Derecho, el valor de dicho atributo trasciende y se ve plasmado en el espíritu de la ley, adquiriendo especial relevancia en el ámbito penal, pues es en éste ámbito en donde puede verse seriamente afectada por ejemplo, la libertad más fundamental, es decir la libertad física como materia de tutela de la ley penal.

Coincido con Carpizo¹⁵⁵ cuando expresó que la libertad es un valor supremo. Debo entonces puntualizar que siendo de alto valor humano este atributo, debe hallarse cuidadosamente regulado, y sólo puede ser limitado en función de que el beneficio buscado por la norma que pueda restringirla, sea mayor que el bien causado por la

¹⁵⁴ Declaración de Derechos Norteamericana de 1776 (Bill of Rights) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1948; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 y Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros más.

¹⁵⁵ CARPIZO, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. México: Porrúa. Pág 155.

restricción de la libertad¹⁵⁶. Esta limitación la encontramos en los supuestos de la ley que la restringen en los casos en que, el ejercicio de ésta por parte de las personas, afecta intereses fundamentales de la sociedad y de la humanidad, como será visto adelante.

3.2.1 Clasificación de acuerdo al criterio constitucional.

De las modalidades de libertad reconocidas como garantías en la CPEUM, podemos sistematizarlas alcanzando una clasificación en sentido genérico de las libertades. Dicha clasificación corresponde a las libertades sociales, libertades cívicas, y libertades de la persona humana.¹⁵⁷

Así, hallamos algunas de las libertades sociales como lo son la libertad de reunión y asociación (artículo 9); las libertades cívicas como lo es la de reunión con fines políticos (Artículo 9).

Por su parte, las libertades de la persona humana se dividen a la vez, en libertades *morales*, como la libertad de pensamiento (artículo 4) o de conciencia (artículo 24), y *físicas* como la libertad de tránsito o ambulatoria (artículo 11).

De la clasificación propuesta, me interesa definir la integración de la libertad personal física, o libertad ambulatoria, que también es conocida como libertad personal, pues de su violación derivan afectaciones serias a la condición humana, y que serán observadas por ser parte del objeto de estudio en este trabajo.

La libertad personal, individual, física, o ambulatoria, constituye un poder ciudadano frente al estado, sustentado por la teoría de los derechos humanos y de las garantías individuales, derivando en la ley interna como derecho público subjetivo de excelencia (por ser su violación, de difícil reparación), y en la ley internacional como derecho

¹⁵⁶ Véase LOPEZ BETANCOURT, *op.cit.*, pág. 4.

¹⁵⁷ Véase SANDOVAL, Emiliano. *La detención policial en México*. México: Ángel Editor, 2006. Págs. 20-21

básico reconocido por distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

3.2.2 Precisiones sobre la libertad personal o ambulatoria.

Debo señalar que la libertad personal no es un valor definitivo y absoluto. Es decir, generalmente en los sistemas jurídicos de cada país se halla en calidad de disposición prohibitiva hacia el Estado, pero dicha prohibición se encuentra exceptuada por límites establecidos en las leyes de cada país. Esta situación no es casual, pues la consagración del derecho a la libertad personal ha nacido acompañada de limitación: las excepciones que establezcan las leyes del país, además de la mención de los requerimientos generales y de un procedimiento judicial que defina la legalidad de la privación de la libertad.

Conviene revisar dos referencias históricas de derechos humanos y en particular lo relativo al reconocimiento del derecho a la libertad personal. Se trata de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (Bill of Rights) que consagra este derecho en su artículo octavo, en los términos siguientes:

*En todo procedimiento criminal el acusado tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación; a ser careado con los acusadores y testigos; a aducir pruebas en su favor y a ser juzgado prontamente por un jurado imparcial de doce convecinos suyos, sin cuyo voto unánime no puede declarársele culpable. Nadie será compelido a declarar contra sí mismo, **ni se privará a nadie de libertad sino con arreglo a las leyes del país o al fallo de sus pares.***

En condiciones similares, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa dispone que:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

El DIDH reconoce la pertinencia de las limitaciones relativas al goce de la libertad personal, estableciendo las reglas mínimas a observar en el establecimiento de dichas limitaciones, de manera que queden vulnerados en menor medida, los derechos de detenidos e investigados por la posible comisión de un delito. Esto también puede observarse en el contenido del segundo párrafo, artículo 7 de la CADH:

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Es de considerarse además, que con la protección del derecho de libertad personal o ambulatoria, se ven relacionados otros derechos y las garantías respectivas, reconocidos en el DIDH y la CPEUM, manifestándose con ello una expresión clara de la interdependencia de los derechos.

Los derechos de *integridad y seguridad, personales*, pueden verse seriamente afectados en la privación de la libertad ambulatoria, pues el entorno de la detención y la forma en que se ejecuta ésta, pueden poner en un estado de incertidumbre y vulnerabilidad al detenido, quien queda a merced de la autoridad inmediata que ejecuta la detención, siendo víctima potencial de maltratos físicos y psicológicos, así como de la posibilidad de tortura practicada posteriormente.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Según el criterio de la Corte IDH en Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69, párr. 90.: “una persona ilegalmente detenida [...] se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”.

Además de estos derechos, existe una relación fuerte con el derecho de *seguridad jurídica*, *acceso a la justicia* y el *derecho al debido proceso*, o en términos de la CADH, derecho a las *garantías judiciales* y a la *protección judicial* (Arts. 8 y 25 *respectivamente*); pues al efectuarse la acción de detención de manera indebida, haciéndose uso inadecuado de la fuerza o no respetando el procedimiento legal, se ve viciado y seriamente afectado el derecho a una adecuada defensa, que afectaría sustancialmente la exigencia de una investigación imparcial y un proceso jurídico justo ante el juez.

Es de considerar, que el derecho a la *protección judicial* consiste en mecanismos o recursos que además de estar reconocidos en la ley, sean eficientes y aplicables; esto es, que sean idóneos. En otros términos, mecanismos que permitan a las personas acudir ante un órgano jurisdiccional, sin trabas ni dificultades, y con ello hacer valer sus derechos. Así, se constituye este derecho en una condición de seguridad jurídica.

Por otra parte, se encuentra el debido proceso que se constituye como una serie de condiciones y parámetros que el Estado debe garantizar para la protección de los derechos en un procedimiento de procuración y administración de justicia.

Algunas de las garantías y derechos que acompañan al debido proceso, y que considero relevantes, son por ejemplo, la presunción de inocencia, derecho a no declarar, o derecho a recurrir al fallo de un juez.¹⁵⁹

3.3 PRIVACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD PERSONAL.

Siendo la libertad personal, un bien jurídico de alto valor para el individuo en una sociedad, es a la ley a la que le corresponde establecer con claridad y cuidado, los supuestos en los que ésta puede verse limitada, a manera de excepción. Es claro que el establecimiento de dichas limitaciones, debe estar manifestado en la Constitución, y en concordancia con ella, en las leyes secundarias.

¹⁵⁹ Véase *Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal*. 2008; CDHDF, párrafos 1947, 1956, 2096 y 2103.

Por ello, necesario es conocer, tanto la base constitucional como la regulación en la ley penal federal, de los supuestos de privación legal de la libertad.

3.3.1 El fundamento constitucional.

Nuestra Constitución vigente, en su artículo 16, consagra dos valores supremos del ordenamiento jurídico: la *libertad* y la *seguridad pública*¹⁶⁰.

El artículo 16 constitucional, en esencia establece como base de su precepto relativo a la libertad, la prohibición de molestar a una persona en relación a ella misma o bien a su domicilio, posesiones o papeles, y en base a un mandamiento escrito dictado fundado y motivado por autoridad competente. De este precepto general se desprende la especificación prohibitiva a cargo del MP, de abstenerse de privar de su libertad corporal a una persona, salvo que exista una orden de aprehensión emitida por autoridad judicial competente.

Además, esta orden debe estar antecedida por la existencia de una descripción delictiva en la ley que merezca pena privativa de libertad, que existan indicios de que el delito fue cometido, y que a quien se le aprehendió pudiera ser responsable del mismo. En este sentido queda obviado el hecho de que es al MP a quien corresponde cumplimentar dicha orden.

Así quedan establecidas las reglas básicas de la detención apegada a la legalidad, con la salvedad de que dicho precepto constitucional otorga dos excepciones de las cuales, una está regida por un criterio diferenciado o de excepcionalidad que abre paso a la controversia respecto de la incompatibilidad de dichas disposiciones con los estándares de protección de los derechos humanos.

¹⁶⁰ La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y Municipios según el noveno párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por una parte, el artículo en comento, da facultad al MP para privar de la libertad a otro cuando sea sorprendido en flagrancia (Artículo 193 del CFPP y artículo 16 constitucional, párrafo quinto), cometiendo un acto posiblemente constitutivo de delito¹⁶¹; esto, sin que medie obligación de cubrir los requisitos de ley antes mencionados para una detención.

Por otro lado, la CPEUM también faculta al MP para aprehender a una persona sin orden judicial cuando exista el llamado *caso urgente*. Al respecto, el artículo 16, párrafo quinto indica que:

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Como se observa, esta figura tiene como requisito de procedencia, la probable responsabilidad del indiciado, por la comisión de un delito grave. Esta situación hace aplicable la medida de prisión preventiva, a aquel imputado que sea acusado de alguno de los sesenta y cinco supuestos enumerados en el artículo 194 del CFPP, que contienen delitos graves.

En esta circunstancia de interés para mi estudio, se encuentra la prevalencia de ciertos defectos de la ley, aunque reservaré el respectivo análisis cuando quede abordado, más adelante, el tema de la prisión preventiva, vinculado al presente razonamiento sobre *delito grave*.

¹⁶¹ El legislador ha caído en un error metodológico, al expresar en la redacción del artículo 193 antes referido, que “cualquier persona podrá detener al indiciado: (...) II. Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer **el delito**,”(...), siendo que en realidad, en esta etapa del supuesto jurídico descrito, no se tiene la certeza jurídica de que la conducta del actor ha constituido un delito, como sí se tiene cuando el juez competente ha dictado sentencia condenatoria, resultado del proceso penal.

Cabe señalar que en 2003, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, recomendó al Estado Mexicano, en relación al caso urgente: “...reemplazar su actual regulación legal por un procedimiento adecuado que facilite al ministerio público obtener órdenes judiciales de aprehensión en todo tiempo.”¹⁶²

Con esta recomendación, el CAT dejó manifiesta la imperfección de esta figura en el seno del sistema mexicano de procuración de justicia, ligado al hecho que esta y otras imperfecciones constituyen factores que concurren en la práctica de la tortura, misma que en gran parte de las ocasiones se ven anteceditas por detenciones arbitrarias.

3.3.2 Formas controversiales de privación legítima de la libertad personal.

En términos generales el decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la CPEUM publicado el 18 de junio de 2008, así como la reforma del 23 de abril de 2009 (pendiente de aprobación ante el pleno del Senado) contienen avances en materia de protección de las garantías y de los derechos de las personas. Verbigracia: la figura de *flagrancia equiparada* o *cuasiflagrancia*, ha sido eliminada; se otorga reconocimiento pleno del principio de presunción de inocencia, indicado en el artículo 20, apartado B, fracción primera, como derecho de toda persona imputada; y se reconoce el principio de pro persona más recientemente en la reforma del 23 de abril antes mencionada.

Sin embargo, algunos de los mecanismos de privación legal de la libertad de personas durante la averiguación previa, como lo son el arraigo y la prisión preventiva, contenidos tanto en la CPEUM como en el CFPP y la LFDO, hacen de estas formas de privación legal de la libertad, un tema sujeto a tratamiento en función de su complejidad.

Dichas formas de privación de la libertad, realizadas por autoridad competente para practicarlas, al tener una base cierta jurídica constitucional y ser reguladas por el código adjetivo, son figuras de aplicación legítima. Sin embargo, su carácter legal y constitucional no implica que dichas disposiciones no se encuentren violentando otros

¹⁶² Informe sobre México. CAT/C/75, párrafo 220, inciso a). 25 de mayo de 2003.

derechos constitucionales, como es el caso del *arraigo* aplicado en casos de delincuencia organizada y que será revisado más adelante.

De igual manera se deriva el incumplimiento de un deber del Estado Mexicano, insisto, en apego a las reglas del Derecho Internacional correspondientes al principio *pacta sunt servanda* del artículo 26° ¹⁶³ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, así como el artículo 27° ¹⁶⁴ de la misma Convención que supone que los estados no habrán de impulsar reformas que contravengan el orden del derecho internacional o entendido a contrario sensu, cumplan con el deber de la adecuación de su normatividad interna con los preceptos del derecho internacional, de manera que dicho Estado no caiga en responsabilidad en el ámbito internacional.

De la misma manera, se viola la norma de *ius cogens* internacional contenida en el artículo 30 de la DUDH, que prohíbe a los Estados interpretar los derechos que consagra este instrumento, para emprender acciones que supriman los derechos o libertades proclamados en ella.

La ignorancia de las reglas del Derecho Internacional, somete al Estado y su sociedad a una corta visión nacionalista, y nos empantana en el ámbito jurídico interno con normas no actualizadas, lejos de la realidad jurídica a la que generalmente el DIDH puede ayudar a responder.

Así se entiende que la visión inmediata del gobierno y sus instituciones, sea la de encontrar supuestas soluciones a los problemas de delincuencia creciente, de acuerdo a una visión jurídica pobre y coyuntural, incompatible con los estándares de protección de los derechos humanos. Es así como se explica la existencia de figuras penales como la prisión preventiva y el arraigo.

¹⁶³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. **26. "Pacta sunt servanda"**. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁶⁴ *Ibid.*, [27. **El derecho interno y la observancia de los tratados**. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.]

3.3.2.1 Acerca de la Prisión Preventiva.

La prisión preventiva constituye una auténtica pena anticipada a la sentencia, violatoria del derecho a la libertad personal, del derecho de toda persona a ser llevada sin demora ante juez y ser juzgada en plazo razonable, o puesta en libertad, y del principio de presunción de inocencia de toda persona imputada, además de que es empleada como regla de aplicación general en el procedimiento penal.

Es de entenderse, la aplicación general, cuando la “medida” no se aplica únicamente a los casos particulares en donde las condiciones individualizadas lo requieren por constituir el caso, una amenaza contra la sociedad y el orden público. Por ello, la prisión preventiva es violatoria de la CADH, tal y como lo ha sostenido reiteradamente la CIDH¹⁶⁵ cuando ha dicho que *“la prisión preventiva como regla de aplicación general en los procesos penales, es contraria a las normas de la Convención Americana, pues viola el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia”*.

La prisión preventiva instituida en el artículo 18 constitucional, se aplica bajo los dos supuestos integrados en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución.

El primer supuesto se configura por petición del MP, de la manera siguiente:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El segundo supuesto indica la aplicación de oficio, de la prisión preventiva, por parte de un juez:

¹⁶⁵ CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México* de 1998, párrafo 233.

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

En razón del análisis al fundamento constitucional y de las disposiciones contenidas en los artículos 135, 135 Bis, 194, 399, y 399 Bis del CFPP, que regulan la aplicación de la prisión preventiva, remarcaré las siguientes consideraciones:

1.- Es aplicable la prisión preventiva a los delitos que merecen pena privativa de libertad, y de estos, la gran mayoría merece aplicación oficiosa de la medida por parte del juez, pues en la gran mayoría se constituyen delitos graves;

2.- Una gran mayoría de los delitos tipificados en el CPF, son calificados como delitos graves, por lo que la medida se aplicaría recurrentemente de manera oficiosa.

3.- En defecto de aplicación oficiosa de la medida, puede ser solicitada por el MP, se trate o no de la persecución de delitos graves, negándose la libertad provisional bajo caución, cuando el MP considere que no existe otra medida suficiente para garantizar la comparecencia del imputado en juicio, por condena anterior en razón de la comisión de delito doloso o grave, o por considerar este, que la libertad del imputado representa un riesgo para la víctima, testigos y la sociedad en general.

Puede observarse en estas consideraciones, que la prisión preventiva es una medida aplicable en la inmensa mayoría de las conductas delictivas perseguidas en México, por lo que no puede ser considerada una medida de aplicación excepcional o individualizada. Incluso, a manera de referencia, cabe señalar que se encuentra alejada de los principios de *excepcionalidad* y *temporalidad*¹⁶⁶ propios de la suspensión de

¹⁶⁶ Principios que de manera analógica se encuentran contenidos en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

garantías, prevista en el artículo 29 constitucional, que en su texto indica la obligación del estado de cuidar que dicha suspensión se realice *por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo*, todo esto, en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública u otro conflictos graves. Por ello, ni siquiera podría ser una medida justificada dentro del régimen de suspensión de garantías.

El problema de la prisión preventiva adquiere mayor significado si consideramos que en el año 2007, los procesados detenidos bajo esta figura representaron el 43% de la población carcelaria en México¹⁶⁷, siendo una de las causas principales de sobrepoblación en los penales.

3.3.2.2 Acerca del arraigo.

El GDTA de las Naciones Unidas (infra, pág. 149), sometió a escrutinio ésta figura penal en informe acerca de su visita a México en 2002, destacando que ha equiparado el arraigo con una forma de prisión preventiva y que de igual manera constituye una suerte de *pre-proceso* que no se lleva a cabo ante juez sino ante el MP.

En el mismo informe, el GTDA fue contundente al expresar como uno de sus temas de preocupación, respecto de esta institución penal, que *“es en realidad una forma de detención preventiva de carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares que, si bien no son secretos, sí son discretos.”*¹⁶⁸

¹⁶⁷ Véase el informe *Asedio de los Derechos Humanos: Seguridad pública y justicia penal en México*. Centro PRODH. 2008. Pág. 22.

¹⁶⁸ ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México*. Párrafo 50.

Por su parte, José Miguel Vivanco, Director Ejecutivo de División de las Américas de la organización internacional independiente *Human Rights Watch*, manifestó la siguiente preocupación en relación al prolongado tiempo de detención en el arraigo:

*La detención ordenada sin que medie acusación y por un período tan extenso vulnera el derecho fundamental a la libertad y seguridad de la persona, así como las garantías contra la detención arbitraria vinculadas a este derecho y consagradas por el derecho internacional.*¹⁶⁹

El contenido de la misiva manifiesta sin duda la preocupación fundada de esta organización no gubernamental, respecto de la propuesta de elevar a rango constitucional el arraigo, dentro del paquete de reformas en materia de justicia aprobadas por el Senado en la misma fecha de expedición de la carta.

Hasta antes de la reforma constitucional de 2008, el arraigo era una figura inconstitucional sin embargo aplicada frecuentemente.

Esta figura fue elevada a rango Constitucional recientemente, mediante el decreto publicado en el D.O.F, el 18 de junio de 2008, legalizando así las mismas violaciones a derechos que las correspondientes a la prisión preventiva.

El arraigo ha quedado entonces explicitado en el artículo 16, párrafo séptimo, así como en el artículo 12 de la LFDO, desatendiendo con ello a las preocupaciones referidas con anterioridad, de la organización HRW y del GTDA de la ONU, entre otros.

Queda entonces fijada en la constitución, esta forma de privación arbitraria de la libertad, aún cuando también para la SCJN, esta figura es violatoria de los derechos de libertad personal, libertad de tránsito, garantías de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 11, 14, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Mexicana.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Carta del Director de *Human Rights Watch*, dirigida al presidente de la República Mexicana, fechada de 6 de marzo de 2008.

¹⁷⁰ Véase, **Tesis P. XXII/2006**, 9ª. Época, Pleno, S.J.F. y su *Gaceta*, XXIII, febrero de 2006, 1171 [T.A.]. SCJN. **Tesis P.XXII/2006**, 9ª. Época, Pleno, S.J.F. y su *Gaceta*, XXIII, febrero de 2006, 1170, y **Tesis I.90.P.69P**. 9ª. Época. T.C.C. SJF y su *Gaceta*, XXVII, enero 2008, 2756 [T.A]

El citado artículo constitucional, que regula el arraigo en los términos siguientes, es similar en cuanto a su redacción, al artículo 12 de la LFDO:

*La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, **sin que pueda exceder de cuarenta días**, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. **Este plazo podrá prorrogarse**, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. **En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.***

3.4 PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD PERSONAL, EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

La privación ilegal de la libertad cometida por agentes del Estado es particularmente grave y sensible en términos de las potestades del Estado en materia de seguridad pública y de las responsabilidades que tiene éste por ser garante de la seguridad de las personas. Este tipo de privación puede verse ampliada como conducta delictiva sistemática, hacia sectores o grupos sociales específicos, constituyéndose ya no en delito común, sino en práctica estatal represiva o delito de Estado.

Esta situación se agrava por el simple hecho de que, quien está obligado a garantizar la seguridad de las personas se convierte en quien la vulnera, situación que en definitiva requiere de fino tratamiento y especial atención.

Aunque el CPF faculta a cualquier persona para detener en flagrancia o caso urgente a otra, por la posible comisión de un delito, es la facultad otorgada al MP por parte de la ley la que interesa en este trabajo. Esto, debido a que la detención, para efectos de ser

ilegal, debe ser entendida como un acto de autoridad, es decir como un delito cometido por servidor público en contra de la procuración y correcta administración de justicia.

De otra manera se estaría hablando de la comisión de un delito como el *secuestro* que corresponde a particulares, y es ejecutado para fines específicos de esos particulares teniendo distinto alcance e impacto social.

3.4.1 Dispersión e inconsistencias en los supuestos que establecen la privación ilegal de la libertad personal, cometida por servidores públicos.

Dos son los supuestos establecidos en el CPF, que describen una conducta típica cometida por servidores públicos, y en específico de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, o en otros términos, a integrantes de cuerpos policiacos.

Se trata de la detención ilegal que afecta la administración de justicia, y la privación ilegal de la libertad cometida por un integrante de una institución de seguridad pública. Creemos que dichas figuras se encuentran establecidas en el CPF carentes de unicidad y consolidación, lo que a mi consideración, impide tener claridad respecto a la aplicación y alcance de esta figura delictiva expresada en las dos variantes.

La detención ilegal que afecta a la administración de justicia se encuentra endeblemente establecida en la fracción X del artículo 225 del CPF vigente.

Este supuesto penal se encuentra especificado en los términos siguientes:

Artículo 225. Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

(...)

X. Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado en la Constitución;

De la exégesis de esta figura, he realizado las siguientes observaciones:

1.- El tipo penal está incluido en el título de los delitos contra la administración de justicia, y por otro lado la descripción señala que éste se comete durante la averiguación previa, etapa del procedimiento penal que corresponde al ámbito de la *procuración de justicia*¹⁷¹.

Considero que la ubicación del tipo es susceptible de mejora en términos metodológicos¹⁷², pues se ha insertado a éste en el ámbito de *administración de justicia* correspondiente al Poder Judicial de la Federación.

2.- El supuesto de detención establecido en la fracción X, únicamente adquiere alcance dentro de la averiguación previa que *“inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito...”*¹⁷³

Desde el plano dogmático, quedan excluidos los casos de detención ilegal fuera de la investigación del delito. Un elemento policiaco que detenga ilegal o indebidamente a una persona que transita por la calle libremente, o se encuentra manifestándose pacíficamente en espacio público, buscará justificar la detención irregular, sembrando indicios o fabricando delitos graves, acción que también llega a perpetrarse por consigna de los mandos superiores.

La mención del momento procesal en el que se realiza la detención ilegal (averiguación previa), no previene los casos de detenciones realizadas al margen de la ley, por elementos de cuerpos policiacos en operativos dudosos o ilegales.

3.- Asumiendo sin conceder, que la administración de justicia es considerada en el CPF como un término genérico que comprende a la procuración de justicia, el bien jurídico

¹⁷¹ Véase OSORIO Y NIETO, César. *La averiguación previa*. 15ª Ed. México: Porrúa, 2005. Pág. 378.

¹⁷² En este sentido, el Código Penal para el Distrito Federal sí hace la distinción al clasificar los tipos distribuyéndolos en los capítulos II y IV, referentes a los *DELITOS EN EL ÁMBITO DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA* y los *DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* respectivamente, del Título Vigésimo de los *DELITOS EN CONTRA DEL ADECUADO DESARROLLO DE LA JUSTICIA COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS*.

¹⁷³ OSORIO Y NIETO, *op.cit.*, pág. 8.

tutelado de este delito corresponde a la adecuada administración de justicia, u *honestá por legal administración de justicia en todos sus ámbitos*¹⁷⁴.

Especial atención merece el supuesto expresado en el artículo 366, fracción II, inciso b) del Código en comento, que a la letra dice:

Artículo 366. Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

(...)

II. De veinte a cuarenta años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

(...)

b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;

Este supuesto penal está expresado en el ordenamiento como una variante respecto al sujeto activo del delito que originalmente no corresponde a un servidor público, y en función de la cual se ve aumentada considerablemente la pena de prisión. Así, el delito se atribuye a un sujeto activo calificado. A partir de esta apreciación, se puede deducir que el supuesto constituye una agravante del delito de secuestro.

Esta situación resulta, al igual que la del primer supuesto de detención, anteriormente analizado, contradictoria en relación al bien jurídico tutelado, y por tanto creo que debe dársele distinto tratamiento, en consideración a la tutela del bien jurídico.

La descripción incluye la noción que hace del integrante de una institución de seguridad pública, un delincuente común que comete un delito común. A mi criterio, de ninguna manera es esto aceptable, pues si dicho integrante de una institución de seguridad pública se encuentra en ejercicio de sus funciones al momento de cometer la conducta

¹⁷⁴ PAVÓN F. y VARGAS G. *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*. Vol. V. México: Porrúa, 2005. Pág. 188.

delictiva, deja de ser un sujeto común, y se convierte en *sujeto activo calificado*¹⁷⁵. En ese momento, la conducta delictiva tiene el alcance de vulneración a la adecuada administración de justicia como materia de protección legal.

Así, el principal bien jurídico tutelado en este delito, al estar enmarcado en el capítulo de Privación ilegal de la libertad y otras garantías, es la libertad de la persona.

Creo que la ley debe responder con mayor precisión a la clasificación del delito en función del carácter de sujeto activo del servidor público, integrante de un cuerpo policiaco descrito en este supuesto; pues la naturaleza de su acto ilícito, por el hecho de ser servidor público, integrante de un órgano del Estado, - y cuya función, además, es la de garantizar la seguridad pública, - es de naturaleza estatal con responsabilidad para el mismo Estado. Esta situación, se da independientemente de la responsabilidad penal del servidor público en servicio o no, o de quien se ostente como tal sin serlo, que se derive por imputación del delito de secuestro.

El valor de este criterio se ve ampliado si se considera, que las privaciones ilícitas de la libertad cometidas por elementos policiacos afectan considerablemente el derecho al debido proceso y consecuentemente el derecho a una correcta procuración y administración de justicia.

Creo por ello, que dicho supuesto debe estar integrado a un tipo amplio y homogéneo (infra, pág. 179), porque independientemente de afectar el bien jurídico tutelado de libertad de libre movimiento o locomoción, se debe ubicar en la correcta clasificación dentro del Código en comento, de acuerdo al bien jurídico tutelado, como un delito único dentro de la clasificación de los delitos cometidos por servidores públicos, en contra de la administración de justicia. De esta manera quedaría manifestado el hecho de que el tipo concebido, tutelaría además, el bien jurídico de la correcta administración de justicia para las personas.

¹⁷⁵ Véase PAVÓN F. y VARGAS G., *op.cit.*, pág. 228. [El sujeto activo o autor del delito se encuentra plenamente individualizado en el tipo penal. Esto significa que no cualquier persona puede cometerlo]

3.4.2 Tipos similares a la privación ilegal de la libertad personal, cometida por servidor público, y la tutela del bien jurídico.

Es menester reconocer que existen tipos incluidos en el CPF, que guardan cierta similitud con la detención ilegal cometida por servidores públicos, y otros, estrecha relación con ésta. En el caso de los primeros debemos señalar que, aunque algunas se aproximan considerablemente, conservan diferencias esenciales.

Los tipos del CPF relacionados, son los siguientes:

- a) Secuestro (artículo 364), secuestro *express* (artículo 366, fracción I, inciso d), y secuestro con propósitos sexuales (artículo 365 BIS);
- b) Tráfico de menores (artículo 366 TER);
- c) Secuestro cometido por integrante de institución de seguridad pública (artículo 366, fracción II, inciso b). (Este supuesto, tiene la naturaleza de agravante), y
- d) Privación ilegal de la libertad con otros fines (artículo 365 y 366).
- e) Desaparición forzada de personas (artículo 215-A) (Cometida por servidor público)

A diferencia de la privación ilegal de la libertad cometida por servidores públicos, la cometida por particulares en sus distintas formas, tienen distintos fines explicitados en el Código en comento. Esos fines consisten en ganancias económicas, abusos de carácter sexual, o propósitos particulares en beneficio directo del sujeto activo del delito. Se trata de intereses particulares que mueven al delincuente, y que distan mucho de la razón principal por la que un servidor público, detiene indebidamente a un particular, independientemente de que derivado del motivo principal, éste incurra en otras conductas delictivas.

Estos tipos penales se encuentran establecidos dentro del Título Vigésimoprimer, Privación ilegal de la libertad y de otras garantías, clasificación que da constancia que la libertad personal, ambulatoria o de tránsito, integridad, seguridad y seguridad personales, son los principales bienes jurídicos tutelados¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Véase OSORIO Y NIETO, *op.cit.*, pág. 148.

Estas diferencias son también factor en la clasificación del delito en función del bien jurídico tutelado, y del impacto que causan éstos en la comisión, en relación al autor del mismo.

La detención policial ilegal no sólo viola el derecho a la libertad personal, sino que transgrede otro bien jurídico tutelado: el del adecuado desarrollo de la procuración o administración de justicia.

Antes he expresado algunos aspectos a considerar en la importancia de perfeccionar la regulación de la detención ilegal. Ahora bien, es necesario destacar la interconexión de las garantías y derechos violados en la privación ilegal de la libertad.

En este tipo de detención, se vulnera el bien supremo de la libertad individual, sin embargo, esta violación trae consigo la afectación a otros derechos reconocidos por el DIDH.

Como constancia de ello, el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados sobre su visita a México en 2001, señaló que:

... las detenciones ilegales marcan el inicio de una cadena de violaciones a otros derechos, que generalmente incluye los derechos a la integridad personal y a las garantías judiciales. La relación entre la detención ilegal y la violación a la integridad personal y a las garantías judiciales no es circunstancial, ya que obedece a una actuación lógica de dependencia que surge en no pocos casos entre las autoridades administrativas y las jurisdiccionales.¹⁷⁷

Por otra parte, la detención ilegal está íntimamente relacionada con las prácticas de desaparición forzada, tortura y otros tratos crueles e inhumanos.

¹⁷⁷ ONU. *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Sr. Dato'Param Coomaraswamy, Adición. Informe sobre la misión cumplida en México, E/CN.4/2002/72/Add.1, 24 de enero de 2002, párr. 83.

Particularmente, existen dos dimensiones en la vinculación entre la desaparición forzada y la detención ilegal. Por una parte, la detención ilegal, es la acción delictiva que forma parte del contexto de ilegalidad en la desaparición forzada. Esto es, en primera instancia, una privación ilegal generalmente precede a la desaparición forzada. Paralelamente, la desaparición forzada constituye *per se*, una forma de detención arbitraria, tal y como se verá más adelante.

En este sentido, el artículo 215-A del CPF, que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, refleja el espíritu de la vinculación entre ambas figuras, al integrar en la descripción del tipo, la ilegalidad de la detención. Así el artículo en comento establece que, comete ese delito *“el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención”*.

Otro ejemplo de esta integración, lo encontramos en uno de los instrumentos del SIDH. Se trata de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, que al presentar la descripción de la desaparición forzada en su artículo II, manifiesta que:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad...

Por otro lado, el patrón de conductas delictivas que arranca con la detención ilegal, con frecuencia transita o culmina por la práctica de la tortura. Este tema será ampliado más adelante en el presente trabajo.

CAPITULO 4

LA DETENCION ARBITRARIA EN MEXICO

4.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DETENCIÓN ARBITRARIA.

Inicialmente, se debe entender a la detención como la privación de la libertad ambulatoria o de movimiento que le impide totalmente a una persona moverse o trasladarse de acuerdo a su voluntad. Cabe señalar que la noción de “*detención*”, incluye en el concepto que propongo, tanto la detención como acto inicial (Llámesese arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad), como la retención irregular del detenido en un establecimiento destinado o no para ese fin.

La siguiente consideración versa en torno a la definición de “*arbitrariedad*” en la privación de la libertad. Se debe entender a ésta como una detención ilegal, y degradante de la condición humana, incompatible con el respeto a los derechos de la persona por ser, este tipo de detenciones, “*irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad*”¹⁷⁸; destacando que estos elementos pueden presentarse simultáneamente en una detención. La CIDH ha dicho que el término “*arbitrario*” aplicable a la detención es un sinónimo de “*irregular, abusivo o contrario a derecho*”¹⁷⁹. Con ello, se configura la detención arbitraria como una acción ilegal, o legal pero abusiva, contraria a la dignidad de la persona.

En este sentido el CDH de la ONU ha dicho que:

no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de

¹⁷⁸ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70. Párrafo 139; Caso *Gangaram Panday vs Suriname*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de enero de 1994. Serie C, No. 16. Párrafo 47.

¹⁷⁹ OACNUDH Colombia. *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Vol.1. 2004; pág. 167.

*incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las 'garantías procesales'...*¹⁸⁰

El GTDA de la ONU, ha establecido tres categorías¹⁸¹ o criterios que definen la arbitrariedad de la privación de la libertad.

El 8 de noviembre de 2002, el Presidente-relator del GTDA, Sr. *Louis Joinet*, en conferencia de prensa, realizó la síntesis de dichas categorías¹⁸²:

... La primera categoría se refiere a las personas detenidas "de facto", es decir, sin la menor base o sustento legal. Es el caso, por ejemplo, de personas que son mantenidas en prisión aun cuando han ya cumplido la totalidad de la pena a la que fueron condenadas.

La segunda categoría se presenta cuando una persona es detenida por haber ejercido pacíficamente un derecho garantizado por la declaración universal de los derechos humanos y por los tratados internacionales que ésta ha generado. Se trata, entre otros, de los derechos a las libertades de opinión y de expresión; es decir, de sus libertades, así como del derecho a la libertad de manifestar

¹⁸⁰ ONU. Comité de Derechos Humanos, *Caso Albert Womah Mukong c. Camerún*, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.

¹⁸¹ Boletín ONU 02/155. 8 de noviembre de 2002. s/r. [Es arbitraria una detención: a) cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad (como el mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable) (categoría I); b) cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (categoría II); c) cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario (categoría III).

A fin de evaluar el carácter arbitrario, si lo hubiere, de los casos de privación de libertad de la categoría III, el Grupo de Trabajo tiene presentes, además de los principios generales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, varios criterios tomados del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y, en lo que respecta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los criterios fijados en particular en los artículos 9 y 14 de dicho]

¹⁸² Véase Boletín ONU 02/156 en <http://www.cinu.org.mx>

pacíficamente, y de organizarse en sindicatos y asociaciones, tales como las organizaciones no gubernamentales.

La tercera categoría se refiere a la detención de personas cuyo proceso judicial ha sufrido una serie de violaciones al derecho al debido proceso o a un proceso equitativo, violaciones que son de tal gravedad, que confieren a la detención un carácter arbitrario.

Como se puede observar, se trata de tres dimensiones convergentes en la forma de esta práctica privativa de libertad personal. En apego a ellas, estableceré la definición de *detención arbitraria*, como una conducta delictiva de responsabilidad estatal, que debe ser justificada en nuestro orden jurídico interno. Dicho en otros términos, la detención legal debe cumplir con los requerimientos nacionales e internacionales para garantizar el apego a los parámetros de protección de los derechos humanos. Al ser entonces la detención, contraria a dichos requerimientos, tendrá el carácter de arbitraria.

4.1.1 Conceptualización particular propuesta.

En expresión de mi propia definición, diré que la detención arbitraria es toda aquella privación ilegal de la libertad, o aún siendo legal es indebida por desproporcionada, inoportuna e incongruente; y/o degradante de la condición humana, efectuada con malos tratos o tortura, y/o en régimen de incomunicación. Esto es, detención contraria al orden jurídico nacional, a las normas y principios del DIDH; cometida en cualquier momento del procedimiento penal, o cometida fuera de él, ordenada, dirigida y/o ejecutada por *funcionario encargado de hacer cumplir la ley*¹⁸³, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

¹⁸³ ONU. Resolución 34/169. Comentario al artículo 1 del *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.

Seguirán siendo arbitrarias las detenciones realizadas conforme a lo estipulado por la constitución, cuando estas contravengan a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano.

Respecto al contenido de la definición, he de destacar que el carácter indebido de la detención responde principalmente a la forma o modo con que el agente la ejecuta, o en razón de la consigna del mando para realizar la detención; esto es, con desapego a los criterios de *congruencia, oportunidad y proporcionalidad* (infra, pág. 116), y cuyo resultado es el de los malos tratos en perjuicio y menoscabo de la condición humana, que también configuran a la detención arbitraria, sin perjuicio de ser considerados los actos por sí solos como tortura o malos tratos.

Por su parte, la ilegalidad se ve reflejada directamente en el desapego a las disposiciones explícitas de los tratados internacionales de derechos humanos, y las contenidas en la ley penal y el precepto constitucional, durante la ejecución de la detención y el tiempo que ésta dura.

En relación a la condición humana, consiste en los factores que permiten a una persona vivir en armonía con sus sentidos, enfrentar las responsabilidades de la vida cotidiana con dignidad y sin menoscabo a su integridad emocional, mental y física. Elementos que son necesarios para el desarrollo de la persona, en satisfacción de sus necesidades prioritarias para su bienestar interior, emocional, y en la sociedad.

Bajo este criterio, apoyándome en la jurisprudencia de la CIDH¹⁸⁴, y sobre la base del artículo 7 del CPF que describe esta clasificación de los delitos, de acuerdo a su

[Artículo 1. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Comentario: **a)** La expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o Detención. **b)** En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.]

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs México. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de Septiembre de 2004. Serie C, No.113.Párrafo 62, inciso h).

duración; la detención arbitraria puede constituirse en delito permanente o continuo. Esto, si la privación arbitraria de la libertad se prolonga en tiempo, sea durante la detención inicial atribuible al agente policiaco, y/o durante la retención atribuible al MP. Así, después de consumado el acto material inicial de detención, que consiste en el sometimiento, y mientras exista una prolongación de dicha detención por causa de violaciones a las garantías procesales que la ley mexicana y los tratados internacionales provean, perdura la consumación del delito pues los efectos de la detención se mantienen.

Así, las detenciones son arbitrarias cuando se violan los derechos, garantías y principios durante la detención en los términos siguientes:

- a) La detención se realiza fuera de flagrancia, caso urgente o sin que medie orden de aprehensión. (Artículos 14 y 16 de la CPEUM; 7.2 de la CADH y 9.1 del PIDCP; artículos 8, fracción XV y 19, fracción VIII de la LPF y artículo 63, fracción VIII de la LOPGR).
- b) La actuación de la autoridad encargada de hacer cumplir la ley y la de administrar justicia no se apegue al principio de presunción de inocencia, por ejemplo, al no atender testimonios, indicios o hechos que lo apartaran de la responsabilidad penal. (Artículos 20 B, fracción I de la CPEUM; 8.2 de la CADH; 14.2 del PIDCP, y 11 de la DUDH) (Garantía judicial).
- c) La detención se realice como consecuencia del ejercicio de un derecho o en la comisión de un acto de discriminación. (Artículo 13.3 de la CADH; 63, fracciones III y VI de la LOPGR; 19, fracción VI de la LPF)
- d) El detenido no es informado de sus derechos, de los hechos imputados y/o el motivo de su detención, al momento de ésta y durante la comparecencia ante el MP. (Artículos 20 B, fracciones II y III de la CPEUM; 8, fracción X de la LPF; 7.4 de la CADH; 9.2 del PIDCP, y 128 fracciones II y III del CFPP)

- e) Se obstaculice o impida la comunicación libre y voluntaria del detenido. (Artículos 16, undécimo párrafo y 20 B fracción II CPEUM; 8.2 d) de la CADH; 14.3 b) del PIDCP, y 128, fracción III, inciso F), párrafo Segundo del CFPP)
- f) La puesta a disposición del detenido ante el juez, se realice con dilación o que el indiciado sea retenido por el agente del MP por más de cuarenta y ocho horas o por el plazo duplicado tratándose de delincuencia organizada. (Artículos, 16, párrafos tercero y noveno de la CPEUM; 8, fracción XI de la LPF; 7.5 de la CADH, y 9.3 del PIDCP)
- g) Que al detenido se le haya obstaculizado el derecho a recurrir ante el juez de control para verificar la legalidad de la detención (Artículos 16 párrafo decimotercero y 20 fracción V de la CPEUM; 7.6 de la CADH; 9.4 del PIDCP, y 10 de la DUDH).
- h) Cuando durante la detención, se cometiera el delito de tortura o cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante. (Artículo 63 de la LOPGR; 19, fracciones V y IX de la LPF; Artículo 5 del Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU).
- i) En cuanto al modo de detención, se deben observar los principios de *congruencia, oportunidad, y proporcionalidad*¹⁸⁵.

El principio de congruencia supone el modo más razonable o prudente por parte del agente policiaco para resolver la detención. Esto significa que la forma de detención será idónea en relación a la actitud del detenido y a los hechos ocurridos alrededor de la detención. La acción idónea puede consistir en persuasión pacífica, o en una persecución.

Por su parte, la oportunidad exige una respuesta del agente, en el momento y lugar oportuno para la detención.

Finalmente, el principio de proporcionalidad exige que haya una valoración sobre la intensidad de la acción de detención, siendo idónea para la salvaguarda de los

¹⁸⁵ Véase SANDOVAL, *op.cit.*, págs.107-108.

derechos de la persona detenida. En este sentido, el uso de la fuerza en la detención, deberá ser excepcional, no generalizado, y el uso del arma de fuego únicamente deberá darse en respuesta a una agresión con armas de fuego, o cuando el presunto delincuente ponga en peligro la vida de otras personas. En suma, el agente debe valorar la idoneidad de la intensidad de su actuación, evitando causar mayores daños derivados de las consecuencias de su actuación, en relación a los daños que pudiera causar o causó el presunto delincuente. (Párrafos 4, 5, 9, 10, 23, 14, 15 y 16 de los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*; y artículo 3 y sus comentarios a) y c), del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* de la ONU; artículo 19, fracción VI de la LPF).

En otra dimensión, esta forma de detención, aunque puede realizarse en contra de cualquier persona como un medio de “justificación” por parte de los agentes policiacos, para cometer algún delito en contra de la persona detenida o con el objeto de soborno o la obtención de un beneficio económico o material; se suele cometer incluso en contra de delincuentes comunes aprehendidos en flagrancia o por orden judicial, degradando la condición y el trato humano por un procedimiento ejecutorio de detención indebido o ilegal.

Otros motivos de detención arbitraria igualmente degradantes de la condición humana, son los de género, preferencia sexual; con fines sexuales, discriminación por raza, etnia, religión, cultura o discapacidad física o mental o cualquier otra situación eventual que coloca en estado de especial vulnerabilidad a la persona. Así se ha constatado en casos relevantes como el de la violación a 13 sexoservidoras de Castaños Coahuila en el año 2006 o el ultraje a 19 mujeres en San Salvador Atenco en el mismo año; o el caso más reciente, del exponencial crecimiento en el número de violaciones de derechos humanos en Chihuahua, y en particular contra las mujeres, por parte de las fuerzas federales de seguridad, en el contexto de la lucha contra el narcotráfico.

Estos factores, motivo de detenciones arbitrarias constituyen además auténticas situaciones agravantes durante la detención, debido a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona. Este argumento se reafirma cuando el *DDHDF* expresa:

*Las detenciones ilegales o arbitrarias generan tal situación de indefensión que derivan en otras violaciones, como incomunicación, tortura, autoincriminación forzada, así como violaciones al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso. Esta situación se potencia en los casos de personas en situación de vulnerabilidad por condición económica o social, edad, origen étnico, sexo, etcétera.*¹⁸⁶

En el mismo ámbito de afectación al sujeto pasivo, la detención arbitraria que ha impactado sensiblemente la estabilidad social, es la cometida en contra de personas en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de opinión y manifestación, y de integrantes de sectores sociales en defensa de derechos civiles, económicos, sociales, culturales, y ambientales como son la defensa de los recursos naturales, de las tierras y propiedades.

En concordancia con esta apreciación, y en razón de la necesidad imperante de proteger los derechos humanos en los contextos de movimientos sociales se han considerado recientemente en la ley mexicana, expresiones legislativas tendientes a proteger principalmente a estos movimientos o a opositores al régimen, por razón al grado de exposición a violaciones. Así se ha constatado en el dictamen que reforma la fracción XXI del artículo 73 Constitucional de diciembre de 2008¹⁸⁷, y que fue adicionado con dos párrafos finales al considerando tercero de la exposición de motivos, mediante propuesta del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en la Cámara de Diputados.

¹⁸⁶ *Diagnóstico de Derechos Humanos... op. cit.*, párrafo 1902.

¹⁸⁷ Véase, Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria, número 2648-IX. Jueves 4 de diciembre de 2008. *Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma el párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; pág. 10.

Dicha adición recapitula sobre la importancia de la reforma que le permitirá al Congreso legislar en materia de delincuencia organizada¹⁸⁸, además de la materia de secuestro ya establecida en la referida fracción, aclarando que el sentido de esa legislación no estaría enfocada a vulnerar la libertad de expresión de personas en legítimo reclamo de derechos ni a criminalizar la lucha social en general.

Además, la adición al dictamen, retoma un argumento expresado en los considerandos del dictamen relativo a la reforma constitucional al sistema de justicia penal, aprobado en la misma Cámara el 12 de diciembre de 2007, y que a la letra dice:

Las disposiciones excepcionales que se establecen para delincuencia organizada, están dirigidas exclusivamente al combate de este tipo de criminalidad, y de ninguna manera podrán utilizarse para otras conductas, lo que impedirá a la autoridad competente el ejercicio abusivo de las facultades conferidas, en contra de luchadores sociales o a aquellas personas que se opongan o critiquen a un régimen determinado.

Consideración importante de esta disposición y probablemente sin precedentes, reposa en la distinción que expresa el dictamen referido, entre la delincuencia común, y la de carácter político. Así, se manifiesta en la exposición de motivos del dictamen, cierto espíritu de protección a los derechos de integrantes de movimientos sociales que manifiesten inconformidad con un régimen determinado.

En suma, bajo el criterio presentado, la detención arbitraria constituye un delito continuado, pues la consumación de éste se prolonga en el tiempo; es decir, la detención continuará siendo arbitraria, por violación a la libertad personal, aún después de consumado el acto material inicial de la detención que consiste en el sometimiento; esto, si contiene la mínima violación a los derechos y garantías que la ley mexicana y los tratados internacionales provean, en apego a los estándares internacionales de protección de garantías y derechos observables durante el periodo de investigación del

¹⁸⁸ La reforma al párrafo XXI del artículo 73, únicamente consistió en la adición del término *delincuencia organizada*, como materia sobre la cual está facultado el Congreso para legislar.

delito y el proceso penal. Esto significa que se vería afectado, igualmente, el ámbito de la administración de justicia, vulnerándose el bien jurídico correspondiente.

El derecho a la libertad personal es indisociable del derecho al debido proceso, y las garantías judiciales en apego a los principios de indivisibilidad e interdependencia e característicos de los derechos humanos.

Son garantías y derechos que deben respetarse durante todo el procedimiento penal por lo delicado que resulta una privación de la libertad, que constituye violación a un valor supremo del ser humano.

4.1.2 Los bienes jurídicos tutelados.

Los bienes jurídicos vulnerados en la figura de *detención arbitraria* conceptualizada en este trabajo, son los siguientes:

4.1.2.1 La libertad de la persona.

La libertad personal es el principal valor jurídico tutelado en la detención arbitraria, y se encuentra consagrado como derecho en el artículo 7 de la CADH, así como en los artículos 14, 16, 18, y 19 de la CPEUM.

4.1.2.2 La seguridad e integridad de la persona.

El derecho a la integridad personal comprende el reconocimiento de la dignidad del ser humano. Esto es, “*la preservación física, psíquica y moral de toda persona*”¹⁸⁹

¹⁸⁹ *Diagnóstico de derechos humanos del Distrito Federal*. 2008; párrafo 1811.

La integridad de la persona está consagrada por el artículo 5 de la CADH, así como los artículos 16 y 19 constitucionales. En el caso de la *seguridad personal*¹⁹⁰, la encontramos consagrada en el artículo 7.1 de la CADH.

La seguridad personal representa la certeza de la persona, y convicción de que puede vivir en condiciones y circunstancias acordes con la dignidad humana, intrínseca.

4.1.2.3 La adecuada procuración de justicia.

En palabras del penalista OSORIO Y NIETO, este bien jurídico tutelado corresponde a “*la prestación adecuada y correcta del servicio público de procuración de justicia, conforme a los principios de prontitud, expeditéz, gratuidad, imparcialidad y probidad...*”¹⁹¹

En sentido genérico debe ser considerada la *procuración* de justicia (que contempla la procuración y administración). En este concepto se incluye la tutela de los derechos de *garantías judiciales* y *protección judicial* consagrados por la CADH, y que quedan representados en el sistema interno, como el *derecho al acceso a la justicia y al debido proceso* (Artículo 17, y artículos 14, 16, 19 y 20 de la CPEUM, que fijan los derechos y las garantías procesales).

4.1.3 El entorno de la Detención arbitraria en México.

En el entorno de la detención arbitraria, se encuentran distintas variables que favorecen la permanencia de ésta práctica ya sistematizada. Es menester señalar brevemente los aspectos que más inciden, en aras de enmarcar adecuadamente este fenómeno violatorio de derechos humanos.

¹⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 1913. [Cabe señalar que este derecho es vulnerado, producto de una detención ilegal o arbitraria, y también mediante amenazas, intimidación y hostigamiento permanentes. Así lo expresó el Comité contra la Tortura de la ONU en Caso *Bwala contra Zambia*, párrafo 2.1 y 6.4.]

¹⁹¹ OSORIO Y NIETO, *op.cit.*, pág. 378.

Dentro de los aspectos positivos, la creación de la figura de *juez de control de garantías*, instituido en el artículo 16, fracción 13 de la Constitución, que vigilará la correcta aplicación de la ley penal y la garantía al debido proceso; será un elemento complementario que podría facilitar la justiciabilidad por delitos cometidos en contra de la libertad personal por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

A continuación, describiré los principales factores predominantes que rodean la práctica de detención arbitraria en México, y que por su incidencia, importante es conocerlos.

4.1.3.1 Estado democrático y globalización.

En el presente trabajo se asienta y asume al neoliberalismo y globalización como ejes de la conducción del nuevo orden mundial que han acrecentado la desigualdad social en México, en términos principalmente económicos, y acrecentado la inestabilidad social. En reconocimiento de los males que han traído dichos esquemas, considero como elemento de enfoque, la necesidad entre otras tantas jurídicas dentro del proceso de reconstrucción del concepto de Estado, aquella que urge al derecho nacional, ajustar los mecanismos de protección a los Derechos Humanos en base a las normas del DIDH.

La razón de esta necesidad se ve manifestada en virtud de que el Estado, ha cometido a través de sus acciones y omisiones, menoscabo a sus propias atribuciones y el no cumplimiento de las obligaciones frente a su pueblo. En este contexto, han aumentado las actuaciones injustas y graves violaciones a derechos humanos como las detenciones arbitrarias, persecuciones ilegales, amenazas, tortura, asesinatos, desapariciones forzadas, desplazamientos de población indígena, contra defensores de tierras y recursos naturales, opositores a proyectos económicos de empresas privadas nacionales y transnacionales, que buscan adueñarse y explotar los recursos naturales estratégicos (biodiversidad, agua, cubierta forestal, minerales, etc.) para privatizarlos y

obtener multimillonario lucro. Las tierras son arrebatadas injustamente a las comunidades indígenas que históricamente las han ocupado.

Ejemplos claros de lo dicho se encuentran en casos como el de los campesinos ecologistas, *Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera*¹⁹², o el movimiento social encabezado por los ejidatarios de San Salvador Atenco (infra, pág. 159).

En suma, el esquema prevaleciente de orden mundial llamado globalización, resulta inviable entre otros países para México, al no haber contribuido realmente a que América Latina tuviera niveles de equidad similares a los del resto del mundo, como lo expresa el estudio de Comisión Económica para América Latina, CEPAL¹⁹³, organismo de las Naciones Unidas, y que plantea ahora la necesidad de encontrar las nuevas formas de hacer exigibles y protegidos los derechos humanos.

El respeto irrestricto de los derechos humanos, pasa por la concepción de un estado moderno cuya función primaria será la de erigirse como garante del estado de derecho que conciba un nuevo orden nacional basado en el bienestar, la paz y el equilibrio social como principales valores, ya no como concesiones políticas y sociales que le son demandadas en todo momento, sino como principios necesarios aplicables para su propia existencia y supervivencia como Estado democrático.

En este marco, la libertad es uno de los derechos fundamentales, característicos del régimen de Estado en sociedades democráticas. En gobiernos que favorecen la participación del pueblo en sus decisiones. Esto significa que frecuentemente se encontrará, en estos regímenes, tanto normas de control de la legalidad de la privación de la libertad, como derechos contemplados por la Constitución, situación que permitiría condiciones de justicia en casos de detenciones arbitrarias.

¹⁹² Véase CIDH. *Informe de admisibilidad No. 11/04*. Petición 735/01. 27 de febrero de 2004.

¹⁹³ *La estratificación social bajo tensión en la era de la globalización*. Revista de la CEPAL, núm. 72, diciembre de 2000, pág. 8.

Sin embargo, la globalización de la economía contextualizando al régimen democrático mexicano, hace que el sistema jurídico se encuentre permeado por sensibles deficiencias jurídicas¹⁹⁴.

La voracidad de los grandes capitales y la concentración de las riquezas en minorías, genera condiciones de profunda desigualdad social y con ello se desatan fenómenos de inseguridad e inestabilidad que afectan la paz social. Ante esto, los gobiernos de derecha son permisivos e incluso partícipes en dicha acumulación de riquezas. Estos gobiernos, desde distintos frentes han impulsado acciones que benefician a los intereses económicos de expansión de inversionistas extranjeros y empresas privadas. Sus políticas públicas, por tanto dejan de ser democráticas, es decir, dejan de ser dirigidas al pueblo en ejercicio de su poder y soberanía.

Históricamente, el poder se ha concentrado en una minoría y se gobierna para los intereses de ésta. La voracidad de la cúpula del poder da resultados evidentes: Crisis del Estado como institución política, manifestada en términos económicos, políticos y sociales. La delincuencia crece con la disminución de condiciones de por sí paupérrimas para acceder a una vida digna; crece con la restricción y anulación de derechos, que garantizados efectivamente, permitirían la estabilidad social, como lo son el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.

Para hacer frente a los fenómenos de inseguridad, el Estado impulsa acciones de gobierno y de carácter legislativo, tendientes a afectar considerablemente a los derechos de seguridad y libertad personales, entre otros. Tal es el caso de la más reciente reforma constitucional al sistema de justicia penal, que instituye el arraigo y la intervención de comunicaciones privadas, o la creación de la LFDO.

¹⁹⁴ CASARES Francisc; PONS Xavier, et All, *op. cit.*, pág, 207. [Respecto de las sociedades democráticas: “En estos contextos sociales, las detenciones suelen responder a abusos de poder cometidos por las fuerzas del orden en el marco de determinadas políticas gubernamentales dirigidas a luchar contra fenómenos de delincuencia, terrorismo o tráfico de drogas...”]

4.1.3.2 Políticas públicas y operativos policíacos.

Tanto los intereses políticos o económicos de un gobierno, como indirectamente los de algún grupo de poder, inciden considerablemente en las funciones de seguridad pública. Las políticas públicas y las mismas normas jurídicas suelen ser un factor incidente en el endurecimiento, o en su defecto, de permisividad en la transgresión a los derechos de las personas.

El Estado mexicano, a través de los poderes legislativo y ejecutivo, ha incurrido en responsabilidad internacional, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la CADH, 26 y 27 de la CVDT de 1986¹⁹⁵, y la opinión consultiva OC-14/94 de la COIDH¹⁹⁶ que interpreta dichos artículos; al aprobar y ejecutar leyes como la reforma constitucional reciente en la que se otorgó valor constitucional a la figura del arraigo, que viola el derecho de libertad personal consagrado en el artículo 7 de la CADH; así como ocurre el caso de la permanencia de la prisión preventiva en el orden jurídico interno.

Estas medidas son la prueba de que, se impulsan reformas “endurecedoras” a las leyes pretendiendo revertir la crisis de seguridad pública prevaleciente en México, y como lo ha dicho recientemente la CNDH:

La Constitución General de la República contempla un nuevo modelo basado en el “endurecimiento del marco jurídico”, así como la “ampliación de las facultades de las policías y los ministerios públicos”, a efecto de que, se obtengan mejores resultados en materia de seguridad pública; sin embargo, es importante mencionar que cuando se han implementado reformas de esta naturaleza y en este sentido, los efectos que se han obtenido son precisamente los contrarios.

¹⁹⁵ 26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

¹⁹⁶ Véase Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre 1994, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 14 (1994)

En retrospectiva, y como ejemplo, podemos mencionar que a raíz de las reformas realizadas en los años 1993 y 1996, en las que se introdujeron en el texto constitucional el concepto de “delincuencia organizada”, la calificación de “delitos graves”, así como, “la intervención de comunicaciones privadas”, a más de una década de dichas reformas, en lugar de obtenerse un mejor desempeño con el consecuente efecto de ampliar la eficiencia institucional, se ha presentado uno de los episodios de mayor impunidad y violencia de que se tiene registro en nuestro país¹⁹⁷.

Por otra parte, en importante medida se llevan a cabo detenciones arbitrarias con motivos de los operativos de seguridad pública. Estos operativos suelen ser ejecutados por los integrantes de cuerpos policiacos, sin apego a los derechos y garantías del detenido. Así lo observó en el año 2002 el GTDA¹⁹⁸, señalando como prácticas de uso frecuente con supuestos motivos de *acciones preventivas contra la delincuencia en general*, las de la revisión y vigilancia rutinarias, arrestos por *actitudes sospechosas o denuncias anónimas*, así como producto del *marcado nerviosismo* de la persona a la que se va a detener. Como dato significativo, en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2006, la PGR y la SSPF fueron la segunda y tercera dependencia con mayores denuncias ante la CNDH (5 236 y 6 393 denuncias respectivamente) como presuntas responsables de violaciones a los derechos humanos. A éstas le siguió la PFP con 721 mil. La SEDENA se ubicó en el octavo lugar en denuncias, registrando 1 489 de ellas.¹⁹⁹

De 1994 al año 2007, la Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos “*Todos los Derechos para Todas y Todos*” registró ocho casos relevantes de ultraje y violación sexual cometidas por militares. Entre dichos casos se encuentran el de las

¹⁹⁷ CNDH. *Segundo Informe Especial sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad pública en nuestro país*. 2008; IV. Hechos y observaciones, 5. La reforma legal.

¹⁹⁸ ONU. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México*. E/CN.4/2003/8/Add.3. 17 de diciembre de 2002. Párrafo 42.

¹⁹⁹ CNDH. *Balance del 2000-2006 en materia de derechos humanos en México*; Capítulo I. Hechos violatorios.

trabajadoras sexuales violadas en Coahuila, la anciana Ernestina Ascencio en Veracruz, Delfina Flores y Aurelia Méndez Ramírez en Guerrero.²⁰⁰

Tres de los ocho asuntos, fueron registrados en el año 2007. Esto representa un tercio de los casos registrados por la RED TDT en trece años.

Cifras recientes publicadas por la Comisión de Derechos Humanos de Chihuahua, arrojan datos claros de la relación entre el aumento en la presencia de las fuerzas federales de seguridad (incluido el ejército) en el contexto de la lucha contra el narcotráfico, y el aumento considerable de violaciones a derechos humanos por estas, en dicha entidad federativa. Según los datos publicados²⁰¹, en 2007 el organismo solamente recibió 3 quejas contra el Ejército mexicano por violaciones a los derechos humanos (ninguna de estas por mujeres). Sin embargo, en 2008, el número de quejas creció a 162, de las cuales 88 fueron interpuestas por mujeres. Ya en 2009, tan sólo en sus primeros 10 meses, la Comisión recibió 149 quejas en total contra el Ejército: 78 formuladas por mujeres.

Las quejas referidas incluyen abusos como violencia física y sexual hacia las mujeres, así como desaparición forzada y asesinato en contra de su esposos y niños.

Durante el presente sexenio, miles de integrantes de las fuerzas armadas se han incorporado a la PFP, y más de 40 000 efectivos entre militares y policías han sido asignados a distintas partes del país, incrementándose de manera considerable los casos de detención arbitraria entre otras violaciones a derechos humanos, por parte de elementos del ejército realizando funciones de seguridad pública.²⁰²

Esta agravada situación se manifiesta en el contexto de la falta de control civil sobre el Ejército que ha caracterizado la gestión del presente sexenio²⁰³.

²⁰⁰ OLIVARES, Emir. *Impunidad, la constante en los casos de violación en los que se involucra a militares*. La Jornada [En línea]. (3 de junio de 2007). Disponible en: [<http://www.jornada.unam.mx/2007/06/03/index.php?section=politica&article=014n1pol>]

²⁰¹ *Comunicado de prensa del 27 de enero de 2010*. Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA, por sus cifras en inglés) y Centro de Derechos Humanos de las Mujeres (CEDEHM). [En línea] Disponible en:

<http://www.redtdt.org.mx/media/descargables/violenciaymujeresCEDHEM.pdf>

²⁰² Véase Human Rights Watch. *Informe Impunidad Uniformada: Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública.*; 2009.

²⁰³ Véase PRODH. *Informe ¿Comandante Supremo? La ausencia de control civil sobre las Fuerzas Armadas al inicio del sexenio de Felipe Calderón*. Enero de 2009.

En el primer semestre de 2009, la CNDH recibió 956 quejas por violaciones a derechos humanos²⁰⁴, siendo 250 de entre ellas, por detenciones arbitrarias.

Destaca el hecho que, la SEDENA ha encabezado las denuncias en su contra ante la CNDH por violaciones a derechos humanos, acumulado tan sólo durante el primer semestre del año 2009, 559 casos denunciados. Esta cifra que expresa el conteo de denuncias presentadas durante seis meses, representa prácticamente un tercio del total de las denuncias recibidas durante seis años (entre 2000 y 2006), lo que sin duda refleja el alarmante impacto de las políticas de seguridad pública del Gobierno Federal, en donde se promueve el involucramiento del ejército en funciones de seguridad pública.

4.1.3.3 La impunidad.

La impunidad en México oscila entre el 98 y 99%; es decir que el 1% de las víctimas del delito en nuestro país, podrán recibir justicia y obtener reparación del daño²⁰⁵. La impunidad es el mayor factor que reviste a las detenciones arbitrarias y que afecta de manera determinante las condiciones de justiciabilidad en el país.

Fue otro motivo de preocupación del GTDA la impunidad notoria en relación a algunos responsables de detenciones arbitrarias. Es relevante la siguiente apreciación, pues sugiere como destacada causa de impunidad, la falta de un tipo penal adecuado. El GTDA ha observado que:

Un gran número de personas son presentadas ante tribunales habiendo sido detenidas arbitrariamente y sus casos son conocidos, mientras que otro número igual o quizá mayor, son puestos en libertad luego de haberseles detenido fuera de los supuestos legales permitidos, sin haber tenido acceso a un juez. Este

²⁰⁴ Encabeza sedena quejas atendidas por CNDH en primer semestre de 2009. La Jornada. Últimas [En línea]. (22 de julio de 2009). Disponible en: [<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2009/07/22/encabeza-sedena-lista-de-quejas-atendidas-por-cndh-en-primer-semestre-de-2009>]

²⁰⁵ Véase *Segundo Informe Especial... op., cit.* Conclusión undécima.

*segundo grupo de personas no siempre denuncia, aunque el Grupo de Trabajo ha conocido diferentes casos en que, después de las denuncias presentadas no se ha investigado ni castigado a los agentes por este tipo de detenciones.*²⁰⁶

Y agregó:

*Aunque los mecanismos de control son más eficaces que anteriormente, la detención arbitraria no está debidamente tipificada por la Ley Federal... El Grupo de Trabajo no ha tenido conocimiento de casos de agentes públicos procesados y castigados por esta violación, a pesar de ser una de las principales quejas de violaciones de los derechos humanos, tal como lo expresan diferentes informes de la CNDH y Comisiones estatales, cuyas recomendaciones sobre esta cuestión no son normalmente aplicadas debidamente y son insuficientemente seguidas de efectos prácticos.*²⁰⁷

Por otro lado las instituciones de gobierno, procuradoras y administradoras de justicia, pueden obstaculizar o nulificar el acceso a la justicia de la persona detenida, ejerciendo medidas de corrupción, sea por consigna del orden político, sea por obtener beneficio económico, o con el fin de protegerse a sí mismos y no ser imputados por su actuación al margen de la ley.

A este respecto, el GTDA señaló puntualmente, como una preocupación más, que:

*...la policía judicial y, sobre todo, la policía preventiva detienen sin mostrar orden de aprehensión; ulteriormente se pide un 'rescate' a los familiares para dejar libre a la persona, que sería normalmente liberada posteriormente, ya que no existen pruebas contra ella o por no haber cargos o porque el delito por el cual se le acusa es pasible de pena no privativa de libertad.*²⁰⁸

²⁰⁶ Segundo Informe Especial... op.cit., párrafo 62.

²⁰⁷ Ibid., párrafo 63.

²⁰⁸ Ibid., párrafo 40.

La impunidad sigue siendo uno de los factores protagonistas en la permanencia de la práctica de detenciones arbitrarias y de la falta de justicia para las víctimas. No solo es un factor coadyuvante, sino que constituye en sí misma una violación de derechos humanos cometida por omisión de la autoridad encargada de administrar la justicia.

En casos de detención arbitraria dentro del ámbito de procuración de justicia, se llega a la impunidad frecuentemente, gracias a la integración inadecuada de la averiguación previa, y el no ejercicio injustificado de la acción penal. Este hecho representa una situación de tolerancia e incluso promoción sistemática de esta práctica.

Es entonces cuando las garantías de no repetición de las conductas como éstas no logran consolidarse en tanto el marco jurídico o la intervención de las autoridades judiciales dejan a los violadores del derecho de libertad en la total impunidad, por errores en la investigación, como ha ocurrido en los casos de San Salvador Atenco²⁰⁹, la matanza de Acteal²¹⁰ y otros casos²¹¹; asuntos de entre los cuales, la SCJN, a través de sus resoluciones, ha avalado la impunidad como patrón de respuesta del Estado.

El caso de impunidad más reciente puso en relieve la inconstitucionalidad del artículo 57 en su fracción II, inciso a) del CJM²¹². Reynalda Morales, viuda de *Zenón Medina López* - quien fuera acribillado por elementos del ejército en un retén militar en Sinaloa, en el año 2008 -, interpuso amparo en revisión en contra de la resolución de un juez de Distrito que decidió sobreseer el amparo. Mediante dicho amparo, se buscaba que los militares fueran juzgados por un juez penal federal, conforme a los códigos penales respectivos, y no por la jurisdicción militar. La SCJN se negó a revisar la inconstitucionalidad de este artículo, al negar la revocación del sobreseimiento del amparo que había sido promovido por Reynalda Morales, por el motivo de falta de legitimación procesal por parte de la viuda de Zenón Medina para promover la demanda

²⁰⁹ BALLINAS, Víctor. *La Corte avaló impunidad en Atenco*. La Jornada [En línea], Política. (16 de febrero de 2009). Disponible en: [\[http://www.jornada.unam.mx/2009/02/16/index.php?section=politica&article=003n2pol\]](http://www.jornada.unam.mx/2009/02/16/index.php?section=politica&article=003n2pol)

²¹⁰ Editorial. *Acteal: impunidad entronizada*, *La Jornada* [En línea], 13 de agosto de 2009.

²¹¹ OLIVARES, Emir. *Impunidad, la constante...* op., cit.

²¹² A la luz del artículo en comento: Son delitos contra la disciplina militar: (...) II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo.

de garantías²¹³. Con esta evasión, aún cuando fuera fundada y motivada la resolución de la SCJN, el Estado mexicano violó el artículo 25 de la CADH²¹⁴, cuyo alcance ha sido ampliado por la COIDH en una de sus opiniones consultivas²¹⁵. En concreto, el recurso de amparo no ha sido efectivo para cuestionar la falta de competencia que resolvió el tribunal de la causa y por lo tanto impidió a la quejosa el acceso al recurso judicial. En casos como este, la impunidad es propiciada por la ausencia de manifestación expresa que iguale jerárquicamente los tratados de derechos humanos y la Constitución.

Aún cuando la SCJN haya empleado la ley para no resolver este asunto, y permita con ello que la impunidad persista, la realidad jurídica es innegable. La aplicación del fuero militar es una trasgresión a la ley fundamental mexicana y una afrenta a los derechos humanos, en razón de la no observancia del principio *pro hominem* en la interpretación de dicho artículo, que lo haría no aplicable a violaciones a derechos humanos.

²¹³ MENDEZ, Alfredo. *Portazo de la Corte a la posibilidad de que los Tribunales ordinarios juzguen a militares*. La Jornada [En línea], Política. (11 de agosto de 2009). Disponible en: [<http://www.jornada.unam.mx/2009/08/11/index.php?section=politica&article=008n1pol>]

²¹⁴ Artículo 25. *Protección Judicial*. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²¹⁵ Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Párrafo 24, que a la letra dice: [*El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos (...) Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial*].

Independientemente de esta circunstancia, la Constitución es clara al delimitar el alcance del fuero militar, tal y como consta en el artículo siguiente, al establecer que los militares deberán ser juzgados por jueces civiles:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Numerosos han sido los casos de delitos en razón de los cuales, militares deberían ser juzgados por la justicia civil, de acuerdo a lo establecido por el artículo 13 constitucional.

Los casos más relevantes que actualmente permanecen impunes, son los correspondientes a la detención arbitraria y desaparición forzada de *Rosendo Radilla* en el Estado de Guerrero; la detención arbitraria y violación de *Ana Beatriz y Celia González Pérez* en el Estado de Chiapas, y la detención arbitraria, tortura y encarcelamiento de *Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera* en Guerrero; asuntos que serán revisados a continuación.

4.2 Casos de detenciones arbitrarias a la luz del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

4.2.1 Peticiones ante la CIDH.

En 10 años (1998-2008), la CIDH había publicado 42 peticiones individuales por violaciones a derechos humanos en México. De la totalidad de los asuntos conocidos,

21 peticiones, es decir el 50% de ellas, han contenido la denuncia de violación al derecho de libertad personal. La cifra de denuncias por detenciones arbitrarias es alta como podemos observar.

Cabe señalar que 4 de las peticiones se han resuelto por solución amistosa, quedando, según la Comisión, cumplido el acuerdo de solución firmado entre las partes (Estado y peticionario);

Observamos también que en los informes publicados por la CIDH, respecto de los casos en los que se alegan detenciones arbitrarias violatorias de la libertad personal consagrada en el artículo 7 de la CADH, la denuncia de esta violación generalmente se encuentra acompañada, en la descripción de los hechos, por violaciones a tres derechos principalmente vinculados, establecidos en la CADH: la *integridad personal, garantías judiciales y protección judicial*.²¹⁶

Se trata de casos en los que la detención arbitraria detona la violación de los demás derechos, por lo que este tipo de detenciones resultan tener gravedad especial en relación a la afectación de la integridad física, emocional de la persona.

Históricamente el ejército ha sido principal violador de derechos de la población civil, principalmente en comunidades rurales o contra grupos étnicos, como muestran, entre otros, los casos de desaparición forzada de *Rosendo Radilla Pacheco*²¹⁷ en 1974 en el Estado de Guerrero; la violación sexual de las hermanas *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*²¹⁸ de Chiapas en 1994, o el asesinato y violación sexual de la indígena *Ernestina Ascencio*²¹⁹ en Veracruz, en el año 2007.

Desde 1994, a raíz del levantamiento armado del EZLN en Chiapas, se ha incrementado la presencia del ejército en el territorio nacional. Desde finales del sexenio pasado, las fuerzas armadas indebidamente cumplen funciones de seguridad

²¹⁶ Véase CIDH. Casos publicados por la CIDH. [En línea] Disponible en: <http://www.cidh.org/casos.esp.htm>

²¹⁷ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Rosendo Radilla Pacheco* (Caso 12.511) contra los Estados Unidos Mexicanos. 15 de marzo de 2008.

²¹⁸ CIDH. Informe No. 53/01 del 4 de abril de 2001. Ana, Beatriz y Celia González Pérez. Caso 11.565.

²¹⁹ Centro Nacional de Comunicación Social A.C. *Ernestina Ascencio Rosario: Dos años de impunidad* [En línea]. 26 de febrero de 2009. Disponible en: [<http://cencos.org/es/node/20354>]

pública con el pretexto del combate contra la delincuencia organizada. A pesar de ello, los asesinatos perpetrados por el crimen organizado y la inseguridad han aumentado, y con el mismo pretexto se cometen diversos tipos de violaciones ampliamente documentadas, como la tortura, ataques con armas de fuego, cateos y detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales y agresiones contra grupos vulnerables como las mujeres²²⁰.

En el año 2001, la CIDH concluyó, en uno de los numerosos casos de violación sexual cometidos por militares, que el Estado mexicano violó en perjuicio de *Ana, Beatriz y Celia González Pérez* el derecho a la libertad personal, a la integridad personal y a la protección de la honra y de la dignidad, garantías judiciales y protección judicial; artículos 7, 5, 11, 8, 25 de la CADH respectivamente. Respecto de Celia González Pérez, la violación de los derechos del niño, consagrado en el artículo 19.

En este mismo contexto, la CIDH presentó ante la COIDH, dos de las más recientes demandas en contra del Estado Mexicano, con motivo de tortura y violación sexual perpetrada por elementos militares, en contra de las indígenas Me'phaa, *Valentina Rosendo Cantú*²²¹ e *Inés Fernández Ortega*²²², ambas, integrantes de la Organización de Pueblos Indígenas Mixtecos y Tlapanecos (OPIM) ocurridas en febrero y marzo de 2002 respectivamente.

En ambos casos, a la postre de investigaciones minuciosas, la CIDH ha pedido a la COIDH que condene al Estado Mexicano por violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la protección de la honra y a la dignidad, y a la protección judicial; contenidos en los artículos 5, 8, 11 y 25, de la CADH respectivamente. La violación a estos derechos se expresa en relación al artículo 1.1 de la misma Convención que establece la obligación del Estado de respetar los derechos y

²²⁰ Informe: *Violaciones a la Convención Americana por la aplicación del fuero militar en casos de derechos humanos en México*. Centro PRODH, RED TDT y otros. 2009. Pág. 3.

²²¹ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Valentina Rosendo Cantú y otra*. (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos. 2 de agosto de 2009.

²²² CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Inés Fernández Ortega*. (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos. 7 de mayo de 2009

garantías reconocidos en la Convención. La COIDH ha declarado recientemente la admisibilidad de ambos casos.

Como ha ocurrido en éstos últimos, y en la mayoría de los casos de violaciones de derechos humanos, por delitos cometidos por parte militares, las investigaciones han sido realizadas por la PGJM, han quedado impunes los delitos por deficiencias en las investigaciones y retardo en las mismas, pues hasta la fecha, se encuentran en la etapa de investigación preliminar, sin resultados, aún después de las recomendaciones de la CIDH enfocadas a completar la investigación inmediatamente. Esta es la razón por la cual, la CIDH ha sometido ante la COIDH las demandas correspondientes.

En el plano de la valoración a las funciones de los militares, es de manifestarse que al realizar funciones de policía por combate a la delincuencia organizada, el ejército se constituye como autoridad encargada de hacer cumplir la ley. Si se considera que, jurídicamente, el fuero militar es una contradicción constitucional que ha aumentado la militarización del territorio nacional, así como aumentado la comisión de delitos por parte de las fuerzas armadas, en contra de la población, se halla entonces la exigencia de superación de las circunstancias del fuero militar, y la aplicación de las leyes civiles en materia penal para castigar a elementos militares que incurran en estas conductas.

En el mismo sentido marcha la valoración de la CIDH, expuesta en el informe de fondo 36/09 referente al caso *Valentina Rosendo Cantú*, al recomendar al Estado Mexicano:

Adoptar las medidas necesarias para que la jurisdicción militar tenga un alcance restrictivo y excepcional, limitado exclusivamente a juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas, que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. En especial, adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole, necesarias para que el fuero militar esté excluido

*de conocer violaciones a los derechos humanos, particularmente casos de violencia sexual.*²²³

De manera paralela y reiteradamente, diversos organismos de la ONU vinculados al tema de la protección de los derechos humanos, han hecho recomendaciones en el mismo sentido²²⁴. Entre dichas recomendaciones, encontramos las siguientes:

El GTDA de la ONU, ha dicho que: *“dado que las desapariciones forzadas cometidas por militares en el pasado constituyen violaciones graves de los derechos humanos, deben ser de competencia de la jurisdicción civil ordinaria”*.

Por su parte, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la Tortura, de Naciones Unidas, Nigel Rodley (infra, pág. 154), recomendó que *“los delitos graves perpetrados por personal militar contra civiles... deben ser conocidos por la justicia civil, con independencia de que hayan ocurrido en acto de servicio.”*²²⁵

En el ámbito nacional, organismos de derechos humanos han también recomendado en el mismo sentido:

La CNDH recomendó: *“...modificarse el marco jurídico y prever que los miembros de las fuerzas armadas, dedicados a funciones de seguridad pública, queden sujetos a condiciones jurídicas del orden civil por los abusos de poder que cometan”*²²⁶,

Por su parte, la Organización No Gubernamental de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez” recomendó que el gobierno *“Garantice que los casos de*

²²³ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Valentina Rosendo Cantú y otra...* op., cit. Pág. 7.

²²⁴ Véase el informe: *Violaciones a la Convención Americana por la aplicación del fuero militar...* op. cit., pág. 13.

²²⁵ ONU. *Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley con Adición de su visita a México.* E/CN.4/1998/38/Add.2. 14 de enero de 1998. Párrafo 88. Anexo 23.

²²⁶ Véase *Segundo Informe Especial...* op., cit; Vigésima conclusión.

*violaciones a los derechos humanos cometidas por elementos militares sean investigadas y procesadas por las autoridades civiles*²²⁷

Cabe destacar, que en el contexto de la evaluación a México en materia de derechos humanos, a través del MEPU, los Estados de Perú, Uruguay, Corea, Bangladesh, Federación Rusa, Portugal e Irlanda, recomendaron a México: *“que lleve a cabo las reformas necesarias para que sean las cortes civiles las que tengan competencia sobre casos de violaciones a los derechos humanos*”²²⁸.

Es entonces, el fuero militar, un elemento definitorio en la permanencia de impunidad frente a violaciones a derechos humanos por parte de las fuerzas armadas.

La aplicación del artículo 57, en su fracción II, inciso a) del CJM, ha impedido la obtención de justicia por parte de las víctimas o afectados, y garantiza la impunidad de los elementos del ejército cuando éstos incurren en conductas delictivas.

Expreso esta valoración, en virtud de la falta de independencia y la parcialidad originaria que permea un enjuiciamiento, en donde se les permite a militares, juzgar y castigar actos delictivos de sus iguales. Aunado a ello, importante es recordar la profunda y grave contradicción de un fuero especial, privilegio aplicable para militares, cuyo mando supremo es una autoridad civil: El presidente de la República.

En confirmación de lo dicho, la CIDH ha declarado, en los siguientes términos, que el fuero militar en México viola el derecho de garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la CADH²²⁹ :

... cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas, en virtud de lo cual los procedimientos resultan

²²⁷ *Asedio a los derechos humanos: Seguridad pública y justicia penal en México*. Centro PRODH. 2008. Pág. 34.

²²⁸ Informe: *Violaciones a la Convención Americana por la aplicación del fuero militar...* op. cit., pág. 14.

²²⁹ A la luz del artículo 8.1 (garantías judiciales) que manifiesta: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”*.

incapaces de proporcionar la investigación, la información y el remedio supuestamente disponibles, y se verifica una impunidad de facto que supone la corrosión del imperio de la ley y viola los principios de la Convención Americana. (...) En particular, la CIDH ha determinado que, en razón de su naturaleza y estructura, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad que impone el artículo 8(1) de la Convención Americana (...)

Es por las razones esgrimidas, que el artículo 57 del CJM, contrario a la Constitución y violatorio de la CADH, hace improrrogable la declaración de su inconstitucionalidad, la reforma a dicha disposición y adecuación de las disposiciones del CPF, (infra, pág. 179).

En otro ámbito, según los informes emitidos por la CIDH, las policías, estatal, federal y judicial, también han incurrido frecuentemente en este delito además de haberse visto violados los tres derechos vinculados como se observa en los siguientes casos:

1.- Tortura, detención arbitraria y ejecución sumaria de *Rolando y Atanasio Hernández*²³⁰ a cargo de elementos de la policía judicial del Estado de Veracruz en 1994.

La CIDH concluyó que el Estado era responsable de la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, garantías judiciales a la protección judicial de conformidad con los artículos 4, 5, 8 y 25 de la CADH.

Respecto de la violación al derecho de libertad personal (Art.7 CADH), estableció:

61. *Al respecto, ya ha quedado demostrado que Rolando y Atanasio Hernández Hernández fueron privados de su libertad en forma arbitraria, al haber sido llevados amarrados el día 8 de septiembre de 1994, de la comunidad de Plan del Encinal, por agentes de la Policía Judicial del Estado de Veracruz, sin existir*

²³⁰ CIDH. Caso 11.543; *Rolando Hernández Hernández*. Informe No. 1/98 del 5 de mayo de 1998.

orden judicial alguna, ni haber sido sorprendidos flagrantemente en la ejecución de un delito.

62. *En consideración a ello, la Comisión concluye que México ha violado en perjuicio de Atanasio y Rolando Hernández Hernández, el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana.*

2.- Detención arbitraria y tortura de *Manuel Manríquez*²³¹, por parte de elementos de la Policía Judicial del Distrito Federal en 1990.

La CIDH concluyó que el Estado había violado en perjuicio de Manuel Manríquez el derecho a la integridad física, derecho a la libertad personal, derecho a las garantías judiciales y derecho a la protección judicial, artículos 5, 7, 8 y 25 respectivamente de la CADH.

En relación a la libertad personal, concluyó que:

43. (...) Manuel Manríquez fue detenido arbitrariamente, violándose así su derecho a la libertad personal, en la modalidad consagrada en el artículo 7.3 de la Convención Americana. En efecto, cuando el mismo fue detenido no existía orden judicial alguna al respecto, como tampoco existía flagrancia, que permite en ciertos casos la detención de un sujeto sin orden judicial previa.

44. Observa también la Comisión que Manuel Manríquez sufrió igualmente la violación a su derecho a la libertad personal, en la modalidad contemplada en el artículo 7(5) de la Convención Americana, por no haber sido llevado prontamente ante un Juez.

Los derechos violados, se han alegado en los presentes casos, en relación a la violación del artículo 1.1 de la misma Convención que establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y garantías reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio.

²³¹ CIDH. Caso 11.509; *Manuel Manríquez*. Informe No. 2/99 del 23 de febrero de 1999.

La existencia de las denuncias llevadas ante la CIDH ha sido suficiente para constatar la permanencia de ésta práctica y la forma en que suele ser ejecutada. Con ello, la CIDH nos entrega las mayores muestras de detención arbitraria en México a la luz del SIDH.

4.2.2 Intervención de la COIDH.

Hasta hoy, han sido resueltos por la COIDH, en relación al Estado mexicano, tres casos contenciosos por violaciones a derechos humanos.²³² Esta Corte ha emitido dos opiniones consultivas²³³, y nueve medidas provisionales, de entre las cuales destacan las relativas al encarcelamiento del *General Gallarado*²³⁴, del secuestro, amenazas y agresiones contra la defensora de derechos humanos Digna Ochoa²³⁵, anteriores a su asesinato, así como las amenazas a los demás colaboradores del PRODH.

Recientemente, la COIDH ordenó medidas provisionales para proteger la integridad personal de la periodista del Diario *El Norte* de Ciudad Juárez, *Isela Pérez Torres*, y la de sus familiares²³⁶. La periodista ha documentado el fenómeno del *feminicidio* en Ciudad Juárez, así como el caso de las ocho empleadas del campo algodonero, asesinadas en el año 2001. En este contexto ha recibido amenazas constantes e intimidaciones.

El caso *Castaneda Gutman* no es relevante para el estudio presente pues no hay vinculación con el tema tratado, por tratarse de un asunto de derechos políticos.

²³² Casos: *Castañeda Gutman*. Sentencia de 6 de agosto de 2008; *González y Otras (Campo algodonero)*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, y *Radilla Pacheco*. Sentencia de 23 de noviembre 2009. (El caso *Alfonso Martín del campo Dodd* fue sobreseído).

²³³ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

²³⁴ Resolución del Presidente de la Corte sobre medidas provisionales solicitadas por la CIDH. 23 enero 2002.

²³⁵ Resolución del Presidente de la Corte sobre medidas provisionales solicitadas por la CIDH. 17 noviembre de 1999.

²³⁶ Corte IDH. Caso *Pérez Torres y otros (Campo algodonero)*. Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de julio de 2009; Visto 1.

En lo que respecta el caso *Alfonso Martín del Campo Dodd*, la CIDH documentó la detención arbitraria y tortura en contra del afectado concluyendo que el Estado Mexicano violó los derechos de integridad personal (Art. 5), libertad personal (Art. 7), garantías judiciales (Art. 8) y protección Judicial (Art. 25) de la CADH. Solicitó entonces a la COIDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado, sin embargo, ésta última declaró el sobreseimiento del asunto en razón de la excepción *ratione temporis* interpuesta por el Estado.

Aunque en este caso, la COIDH no pronunció sentencia, quedó manifiesta la existencia de detención arbitraria y tortura documentada por la CIDH, además de la violación de los tres derechos vinculados (integridad personal, garantías judiciales y protección judicial).

El caso *Gonzalez y otros (Campo algodono)*²³⁷ es el primer caso relevante por su dimensión social y política, por el que la COIDH condena al Estado mexicano.

Se trata de la desaparición y asesinato de *Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal* y *Laura Ramos Monárrez*, jóvenes trabajadoras de Ciudad Juárez, inscrito en el contexto del feminicidio en Chihuahua. Sus cadáveres, junto con el de otras cinco mujeres fueron encontrados, en un campo de algodón de esta ciudad, en el año 2001.

El asunto no se vincula directamente a la pretensión de mi trabajo, sin embargo he considerado oportuno referenciarlo en los términos que a continuación se presentan, toda vez que en la sentencia respectiva, la COIDH ha establecido una suerte de responsabilidad indirecta del Estado, por violación en perjuicio de las tres víctimas, del derecho a la libertad personal. Esta situación refleja un rasgo característico del DIDH, así como la complejidad y el impacto de las resoluciones de la COIDH. Además, justo me parece incluir el caso en este trabajo, en razón de la memoria de las víctimas y sus familias, y de lo que representa el feminicidio en Ciudad Juárez Chihuahua, crimen atroz, y muestra de impunidad profundamente indignantes y lesivos para la sociedad mexicana.

²³⁷ Caso *Gonzalez y otras (Campo algodono)*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Aún cuando no haya sido comprobada la autoría de las detenciones y asesinatos por parte de servidores públicos, en contra de las tres mujeres, la COIDH condenó al Estado mexicano por la violación a los derechos de libertad personal, integridad personal y a la vida, en relación al incumplimiento del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de estos derechos, consagrados por la CADH (art. 1.1) y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno que hagan efectivo el ejercicio de dichos derechos (art. 2), en particular de prevención de violencia contra las mujeres (art 7.b y 7.c de la Convención de Belem do Para); todo esto en perjuicio de de las tres víctimas.

El sentido de los resolutivos manifiesta la aplicación de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (No puede violarse algún derecho sin afectar otros) en el ámbito jurisdiccional de la COIDH, pues para este órgano, la falta de prevención y de investigación efectiva en estos crímenes ha significado una forma de responsabilidad en la violación a la CADH, a cargo del Estado. Debe entenderse el razonamiento de la Corte en el sentido de que las obligaciones de hacer, contenidas en los artículos 1.1 y 2, constituyen a la vez un derecho para las personas. Así, dicha omisión permitió la privación de la libertad y el asesinato, que el Estado pudo haber prevenido y evitado, por lo que, para la COIDH, el Estado se constituye en responsable de las violaciones a los derechos.

Además, la COIDH viene de admitir, en septiembre de 2009, tres casos²³⁸ que se espera serán resueltos en el año 2010. Se trata de los relativos a las indígenas *Inés Fernández y Valentina Rosendo* anteriormente referidos, así como el caso *Teodoro Cabrera García y otro vs México*, relativo a la detención arbitraria y tortura de los campesinos ecologistas de Guerrero - activistas opositores a la tala ilegal de árboles -, Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera, agredidos y detenidos arbitrariamente por militares en 1999. En este último caso, nuevamente se presenta la violación al artículo 7 de la CADH, acompañado de la violación a los derechos vinculados relativos a los artículos 5, 8 y 25 del mismo instrumento.

²³⁸ PEREZ, Matilde. *La CIDH admite los casos de dos indígenas violadas por militares*. La Jornada Política [En línea]. (22 de septiembre de 2009) Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2009/09/22/index.php?section=politica&article=020n2pol>

Por otra parte, copiosa es la jurisprudencia que la COIDH ha emitido, en función de detenciones arbitrarias ocurridas en otros países de América Latina en relación a la violación del derecho a la *libertad personal*. Basta con señalar casos significativos como el de *Velásquez Rodríguez Vs Honduras*, *Bámaca Velásquez Vs Guatemala*, o *Blake Vs Guatemala*, que constituyen referencias importantes en la resolución de otros casos de detenciones arbitrarias, como lo ha sido en el caso Radilla Pacheco, y como lo serán seguramente en su momento, los casos de, *Inés Fernández*, y *Valentina Rosendo*, antes vistos.

Finalmente, destacando la bondad de esta jurisprudencia, debo precisar que constituye fundamento jurídico, e instrumento de interpretación que se encuentra al alcance de los jueces mexicanos en la resolución de casos de detenciones arbitrarias en México como en otros casos de violaciones a derechos humanos, tal y como lo he demostrado (supra, pág. 85), por lo que las resoluciones de la COIDH constituyen un elemento trascendental en la búsqueda de justicia en el seno del orden jurídico interno.

4.2.2.1 Caso Radilla Pacheco.

Un caso paradigmático de violaciones a derechos humanos en México, del cual también ha sido pronunciada sentencia condenatoria, y que particularmente resulta relevante en los términos de esta tesis, es el referente a la tortura y desaparición forzada de *Rosendo Radilla Pacheco*²³⁹, campesino activista detenido arbitrariamente por elementos del ejército en un retén de Guerrero, en 1974.

En este caso, la COIDH declaró la responsabilidad internacional del Estado Mexicano, por violación, en perjuicio de Rosendo Radilla, del derecho a la libertad personal artículo 7.1 de la CADH, así como de los derechos a la integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de esa Convención. Cabe señalar que dicha violación se registra en

²³⁹ Caso *Radilla Pacheco*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209.

relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, contenida en el artículo 1.1 de la CADH y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que en esencia comprometen a los Estados a no practicar la desaparición forzada, prevenirla, sancionarla, y a garantizar detenciones respetando los derechos.

De igual manera esta Corte declaró la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y protección judicial de tres familiares de Rosendo Radilla, además de señalar el incumplimiento del deber del Estado Mexicano de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el pleno ejercicio de esos derechos, establecido en el artículo 2 de la CADH.²⁴⁰

En este sentido, reiteradamente la COIDH ha dicho que la desaparición forzada es una forma de detención arbitraria que afecta el derecho de toda persona a ser llevada sin demora ante un juez, y a interponer los recursos adecuados para el control de la detención²⁴¹. Por esta razón, una desaparición forzada a la luz del SIDH, además de violar directamente disposiciones de la CADH como las relativas a los derechos de integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, y generalmente del derecho a la vida; viola igualmente el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la CADH.

En meses anteriores a la sentencia, en celebración de audiencia ante la Corte por este caso, el Secretario de Gobernación, Fernando Gómez Mont, en representación de México, interpuso excepción preliminar de incompetencia *ratione temporis* e hizo una defensa férrea del ejército y del fuero militar, culpando de los hechos motivo de acusación, a los gobiernos Priístas. Por fortuna la COIDH, impidiendo que se propiciara la impunidad en este caso, rechazó la excepción.

²⁴⁰ Caso *Radilla Pacheco*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Tercer resolutivo.

²⁴¹ Caso *Bámaca Velásquez Vs Guatemala*. Sentencia de Fondo del 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 142; caso *Godínez Cruz vs Honduras*. Sentencia de Fondo del 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrafos 163 y 196; caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; párrafos 155 y 187; entre otros casos.

Cabe destacar que este asunto paradigmático, tiene gran relevancia en virtud de las implicaciones que pudiera tener en el derecho interno, por casos de violaciones a derechos humanos por parte de militares, durante el periodo de los años setenta, llamado “*guerra sucia*”. También ha sentado un precedente importante, pues es el primer caso resuelto por la COIDH, de condena por responsabilidad atribuida al ejército, por desaparición forzada y violación a diversos derechos consagrados en la CADH.

La razón de esta convicción personal se encuentra en los resolutivos de la sentencia, en los que la COIDH ordenó al Estado Mexicano la implementación de diversas medidas que en su generalidad son conocidas como medidas de reparación.

En primera instancia, la COIDH ordenó, en su resolutive 8, aclarar los hechos en un plazo razonable, aclarar la culpabilidad y sancionar a los responsables de la detención arbitraria y desaparición forzada de Rosendo Radilla. Además, ordenó la búsqueda efectiva y localización pronta del desaparecido o de sus restos.

Con mayor trascendencia, los resolutivos 10 y 11 ordenan al Estado mexicano, establecer las garantías de no repetición, a través de medidas legislativas que compatibilicen el artículo 57 del CJM y el artículo 215 A del CPF, con los estándares internacionales de derechos humanos y con la CADH.

La COIDH no juzgó necesaria la modificación del artículo 13 constitucional, base del fuero militar, sin embargo declaró que el contenido del artículo 57 del CJM es incompatible con la CADH, por lo que ha dicho que debe ser modificado²⁴².

En particular, debe recordarse que la CIDH ya antes se ha declarado en un caso mexicano²⁴³, sobre la falta de independencia y autonomía de la PGJM para investigar violaciones a derechos humanos cometidas por militares, y que dicha jurisdicción constituye una violación *per se* de la CADH (refiriéndose al artículo 2 de esta Convención); y que la COIDH amplió ese criterio en su jurisprudencia, cuando reiteradamente ha dicho que incluso la norma puede violar *per se*, independientemente

²⁴² Caso *Radilla Pacheco*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Párrafos 341 y 342.

²⁴³ CIDH. Caso 12.130; *Miguel Orlando Muñoz Guzmán*. Informe 2/06 del 28 de febrero de 2006.

de su aplicación, el deber consagrado en el artículo 2 de la CADH²⁴⁴, de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivo el ejercicio de los derechos.²⁴⁵

Por ello, es de interpretarse que aunque la COIDH no se ha pronunciado expresamente por la eliminación del fuero de guerra consagrado en la CPEUM, sí ha dejado entrever esa necesidad, y por lo tanto lo ha requerido así al Estado, en los términos de un lenguaje cuidadoso y hasta cierto punto respetuoso de la soberanía estatal, propio de las sentencias de un organismo judicial internacional, como lo es la Corte en cuestión.

En el caso del tipo penal de desaparición forzada, esta Corte ha juzgado inadecuada su tipificación actual en el CPF, por lo que el Estado deberá perfeccionar la descripción del tipo.²⁴⁶. Igualmente importante es esta declaración pues considero que esta medida se ve proyectada también, en la necesidad de un tipo penal adecuado de detención arbitraria, toda vez que ambas figuras se encuentran definitivamente ligadas, como ya lo hemos visto, y la integración inadecuada de alguna de ellas repercute en la efectividad de ambas.

Constituye entonces el caso de estudio, una sentencia de alcance importante, aunque aún no completamente eficaz en el derecho interno, en relación al tema de la abolición del fuero de guerra y de la defensa de los derechos humanos y garantías en México en casos de impunidad en la jurisdicción militar.

²⁴⁴ Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²⁴⁵ Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía Vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrafo 221; Caso *“La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) vs Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 72; Caso *Cantoral Benavides vs Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párrafo 176; entre otros.

²⁴⁶ *Ibidem*. Párrafo 344.

4.3 INFORMES Y RECOMENDACIONES AL ESTADO MEXICANO.

Los diversos documentos e intervenciones de organismos internacionales hechos frente a la situación que guardan los Derechos Humanos en México, en particular respecto de las detenciones arbitrarias, son hasta el momento una muestra clara de las deficiencias respecto de las políticas públicas y medidas legislativas aplicadas en México.

La aportación que hacen dichos documentos y acciones, además de los casos conocidos y resueltos por la CIDH y la COIDH, son de especial relevancia frente al escenario actual de violación a garantías por parte del Estado, en el sentido de servir como base para la implementación de medidas que permitan frenar dicha práctica. En el ámbito jurídico, constituyen medios probatorios y elementos de argumentación.

Es por ello que recojo en el presente capítulo, las más importantes recomendaciones e informes formulados por organismos internacionales y nacionales, gubernamentales y no gubernamentales en torno a las detenciones arbitrarias en nuestro país.

4.3.1 Órganos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Diversos son los organismos de derechos humanos cuyo origen se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas, o bien, que fueron creados en virtud de tratados internacionales. De estos mecanismos, serán vistos los que han generado información respecto de las condiciones que prevalecen en México acerca de la detención arbitraria como práctica sistemática.

Cabe señalar la distinción establecida entre los mecanismos u órganos extra convencionales, creados por resoluciones de los organismos internacionales, y los mecanismos convencionales, esto es, los órganos creados por un tratado internacional. Los primeros tienen un mandato amplio en derechos humanos, es decir para todos los Estados integrantes de la ONU, y se dirigen a un público ilimitado; mientras que los

segundos tienen mandato únicamente con los países que han ratificado los respectivos instrumentos y su mandato es más restringido, sobre cuestiones específicas en materia de derechos humanos.²⁴⁷

A continuación expondré el contenido de los informes, recomendaciones y demás instrumentos relativos al tema, emitidos por dichos órganos de las Naciones Unidas.

4.3.1.1 Consejo de Derechos Humanos.

El CODH fue creado el 15 de marzo de 2006 mediante la resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU, reemplazando a la Comisión de Derechos Humanos creada en 1946. Está compuesto por 47 Estados miembros.

El CODH ha asumido la responsabilidad de los *mecanismos especiales o extra convencionales*²⁴⁸ además de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que originalmente fueron establecidos por la Comisión. Entre las funciones del CODH, destaca la implementación del MEPU, con el cual se analiza y revisa cada cuatro años, con el objeto de mejorar la cooperación internacional en el tema, la situación que guardan los derechos humanos en los 192 países miembros. Esta revisión se realiza a través de tres fuentes o informes: un informe nacional que emite cada gobierno, un informe elaborado por la OACNUDH de la ONU, y una compilación hecha por esta mismo órgano, con base a reportes hechos por los órganos autónomos de derechos humanos y ONG.

Además de este mecanismo inédito y reciente de la ONU, el CODH tiene como función, recibir denuncias individuales o de organizaciones; formular recomendaciones; promover los derechos humanos, y presentar informes anuales ante la Asamblea General.²⁴⁹

²⁴⁷ Véase ONU - Derechos Humanos. Guía de investigación. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/hr/]

²⁴⁸ Relatores especiales, representantes o expertos y grupos de trabajo clasificados por países o por temas que investigan, discuten e informan sobre temas específicos de derechos humanos.

²⁴⁹ ONU. Resolución 60/251. 3 de abril de 2006.

En el marco del MEPU, ha correspondido a México ser evaluado en el mes de febrero de 2009.

4.3.1.2 Comité de Derechos Humanos.

El CDH es el órgano de la ONU encargado de la vigilancia del PIDCP y sus protocolos. Su nacimiento y organización consta en la Parte IV del Pacto. Por otra parte, el reconocimiento de su competencia para conocer de quejas individuales por violación a los derechos consagrados en el Pacto se encuentra consignado en los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo del PIDCP del que México también forma parte desde el año 2002.

Según el PIDCP, este Comité está compuesto por 18 expertos independientes con reconocidas competencias en el tema de los derechos humanos.

Celebra tres periodos ordinarios de sesiones al año y de acuerdo a su reglamento conforma dos grupos de trabajo antes de cada periodo de sesiones. El primero tiene la función de realizar recomendaciones al CDH sobre las comunicaciones (quejas individuales) por violaciones a derechos humanos consagrados en el PIDCP; el segundo debe preparar cuestiones relativas a la recepción de los informes que cada cinco años deben presentar los Estados parte, respecto del cumplimiento del PIDCP.

Así, el CDH tiene como funciones, conocer de comunicaciones, emitir resoluciones (decisiones), emitir peticiones urgentes (medidas de protección provisionales) y observaciones generales a los Estados.

En relación a la importancia de las resoluciones, encuentro que están principalmente enfocadas a establecer cuestiones estratégicas para reformar leyes internas, y no en mayor medida a la reparación del daño.

Además, las observaciones e informes emitidos son aplicables como doctrina al momento de presentación de argumentos para casos llevados ante la COIDH.

En 1994, el CDH, manifestó su preocupación por el número importante de denuncias por actos de detención arbitraria cometidos en México, y por el índice elevado de impunidad en esta materia²⁵⁰. Desde entonces, esta práctica fue acrecentándose, generando la presencia de mayores observaciones y recomendaciones hechas al gobierno mexicano por parte de organismos internacionales.

En Marzo de 2010, resultado de la evaluación del estado que guardan los derechos humanos en México, el CDH ha expresado diversas preocupaciones en relación a numerosas violaciones a derechos humanos consagrados en el PIDCP, cometidas por le Estado mexicano.²⁵¹ El CDH ha comprobado la permanencia de prácticas violatorias de derechos humanos, y disposiciones legales internas violatorias, como lo son en su caso, la desaparición forzada, la tortura, la institución del arraigo y el uso faccioso del fuero militar, esto, en el contexto del combate a la delincuencia organizada. Es la permanencia de dichas violaciones, entre otras, lo que conforma la materia de las preocupaciones expresadas por el CDH, mismas que han dado motivo a las correspondientes recomendaciones que este órgano ha emitido, con el afán de hacer valer el respeto a los derechos inculcados por el PIDCP.

4.3.1.3 Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias.

El 5 de marzo de 1991 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU estableció el GTDA mediante la resolución 1991/42. Dicho órgano está integrado por cinco expertos independientes nombrados por el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos conforme a los criterios sobre distribución geográfica equitativa que se aplican en las Naciones Unidas.

²⁵⁰ Véase, ONU. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales al 4º informe periódico de México. CCPR/C/79/Add. 32, 18 de abril de 1994, párrafo 7.

²⁵¹ Véase ONU. Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/MEX/CO/5. 22 de marzo 2010. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. [En línea] Disponible en:

Según el mandato encomendado por la ONU, el GDTA tiene algunas tareas principales²⁵² como lo son las de:

1.- Investigar los casos de detención impuesta arbitrariamente o que por alguna otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes enunciadas en la DUDH o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados, siempre que los órganos jurisdiccionales no hayan adoptado una decisión definitiva al respecto, de conformidad con la legislación nacional;

2.- Solicitar y recibir información de los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y recibir información de las personas interesadas, sus familias o sus representantes;

Como se observa, la función de este grupo de trabajo estrictamente preventiva, en términos de que su actuación es procedente mientras no haya sentencia dictada por juez en apego al derecho interno.

Cabe señalar adicionalmente, que de acuerdo a lo manifestado por el GTDA²⁵³, éste no tiene competencia para evaluar hechos ni pruebas en los juicios ante tribunales, ni conocer de denuncias sobre detención que precedan a casos de desaparición forzada o torturas, tratos crueles e inhumanos.

En el marco de la visita que realizó del 27 octubre al 10 de noviembre de 2002, quedó elaborado el *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México*, mismo que arrojó datos interesantes sobre la detención arbitraria en México, algunos de los cuales ya hemos referido con anterioridad en este trabajo.

Dos observaciones del GDTA, incluidas en el informe referido, son significativas en relación a la importancia de mi propuesta, respecto de la necesidad de ajustar el tipo de “detención arbitraria” en el CPF, y de integrar en la descripción del tipo la mención de protección de las garantías judiciales.

²⁵² Las expresadas en la Resolución 1991/42 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

²⁵³ Boletín ONU 02/155. 8 de noviembre de 2002. s/r.

Así, a la luz de las observaciones:

Si bien el Grupo de Trabajo ha podido constatar progresos significativos en el plano federal, no pudo apreciar la misma situación en algunas entidades federativas donde muchas iniciativas adoptadas en favor de los derechos humanos no pueden progresar a causa de la corrupción y de su aliada, la impunidad.

Luego de visitar un significativo número de centros de detención, el Grupo de Trabajo invoca a las autoridades a revisar, a través del Programa de excarcelaciones, la situación de numerosos detenidos condenados a largas penas de prisión, quienes se quejan de que en sus procesos no tuvieron acceso a todas las garantías del debido proceso.²⁵⁴

Por otra parte, el GDTA recomendó al gobierno mexicano, entre otros, la separación entre tareas militares y policiales en funciones de seguridad pública, revisar los casos de detenciones arbitrarias del pasado en contexto de movimientos sociales y otros, que los delitos cometidos por militares en relación a la corrupción, y que afectan al debido proceso, deben ser juzgados por tribunales civiles ordinarios.

Finalmente, cabe destacar la prevalencia de esta práctica de la cual da constancia el resumen ejecutivo del informe:

“El Grupo de Trabajo ha constatado que en las conversaciones con las comisiones de derechos humanos, tanto nacional como estatales, y con las organizaciones no gubernamentales (ONGs), que una de las principales violaciones a los derechos humanos, son las detenciones arbitrarias por falta de garantías procesales. Mientras las quejas por tortura, malos tratos y otros abusos han disminuido, las quejas por detenciones arbitrarias continúan.”²⁵⁵

²⁵⁴ *Op.cit.*, párrafos 70 y 71.

²⁵⁵ *Ibid.*, pág. 2.

4.3.1.4 Comité contra la Tortura.

El artículo 17 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes da nacimiento al CAT, como órgano de las Naciones Unidas cuya función fundamental es la de velar por la observancia y la aplicación de la Convención antes referida.

El CAT está compuesto por diez expertos nacionales de los Estados parte, de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos cuyo mandato dura cuatro años. En abril de 1988 el CAT se reunió en Ginebra por primera vez. Celebra cada año dos periodos de sesiones, y su competencia está reconocida por el Estado mexicano desde el día 15 de marzo de 2002.

En su Informe sobre México, y en relación a la información proporcionada por las autoridades en los niveles estatal y federal, emitió observaciones generales respecto de la tortura en el marco de la investigación del delito. De dichas observaciones, destaco, por la vinculación al tema de la detención arbitraria, la referencia que hace el CAT respecto de que la tortura suele ir acompañada de irregularidades en materia de detención. Así lo consignó el informe anual correspondiente a 1999 de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas, recogido por el Comité, y que manifiesta lo siguiente:

La detención arbitraria, los golpes, las lesiones, las vejaciones y los allanamientos siguen siendo prácticas constantes en la actuación de los agentes policiales. En la policía ministerial se continúa con la ejecución de detenciones sin mandamiento de autoridad competente, usando a manera de pretexto una simple orden de investigación expedida por el ministerio público; es decir, se detiene para investigar, incluso allanando casas-habitación, y reiteradamente, para tratar de justificar la privación ilegal de libertad, se introduce algún objeto de uso o posesión ilícita entre las ropas de sus víctimas, aduciendo, posteriormente, flagrancia delictuosa, llegándose al grado de existir procedimientos penales

*originados por la "siembra de evidencias" y no por el delito que se pretendió investigar...*²⁵⁶

Entre otras observaciones relevantes, el CAT observó además que con frecuencia los elementos policiacos preventivos y municipales, al momento de realizar detenciones *"golpean y profieren amenazas contra los detenidos, hayan éstos opuesto resistencia a la detención o no, antes de ponerlos a disposición de la autoridad competente, normalmente el ministerio público."*²⁵⁷

4.3.1.5 Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en México.

El 1 de julio de 2002, la OACNUDH y el Estado mexicano suscribieron un acuerdo para el establecimiento de una Oficina en México. De igual manera, se acordó un marco de cooperación en el que se deben instrumentar programas a largo plazo, que incidan en la protección de los derechos humanos. Con la firma del actual acuerdo²⁵⁸, se da continuidad a la labor que viene desempeñando la Oficina en el país y determina sus actividades, objetivos y funciones.

En este marco, la OACNUDH presta su cooperación a las autoridades para contribuir a mejorar la situación de los derechos humanos en el país, teniendo algunas de las siguientes prioridades:

- 1.- Dar seguimiento a la situación de derechos humanos en el país.

²⁵⁶ ONU – CAT. *Informe sobre México preparado por el Comité, en el marco del artículo 20 de la Convención, y respuesta del gobierno de México*. 25 de mayo de 2003. CAT/C/75. Párrafo 139.

²⁵⁷ *Op. Cit.*, párrafo 162.

²⁵⁸ Véase OACNUDH MEXICO. *Acuerdo de la Oficina en México del Alto Comisionado de la ONU para los derechos humanos*. [En línea]. Disponible en: http://www.hchr.org.mx/1_5acuerdo.htm

2.- Proveer asesoría a las autoridades e instituciones federales y estatales, y a la sociedad civil, en la construcción de mecanismos adecuados para enfrentar los retos en materia de derechos humanos.

3.- Impulsar la adopción de políticas públicas en materia de derechos humanos y proveer asesoría para su elaboración e implementación.

4.- Cooperar con el Estado para promover el cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente, de respetar, garantizar, proteger, promover y difundir los derechos humanos.

En su *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México* de 2003, la OACNUDH arroja datos contundentes respecto de las detenciones arbitrarias.

De inicio, el texto manifiesta respecto de la protección de la libertad personal, que: *“Pese a ser un derecho fundamental, que además constituye una condición para el ejercicio de otros derechos, la libertad personal continúa siendo vulnerada de manera sistemática por diferentes autoridades.”*²⁵⁹

Posteriormente aclara que:

En 2002 se presentan 107, 714 demandas de amparo directo ante juzgados de distrito. De éstas, en cálculos conservadores, en el 50% de los casos se reclama la detención arbitraria fuera de procedimiento. Esta cifra representa casi 10% del total de casos atendidos por el Poder Judicial de la Federación en dicho periodo (según el informe de labores de la Suprema Corte de Justicia, el total de casos atendidos es aproximadamente 542, 642).

En el mismo año y pese a la recomendación general 02/2001 emitida por la CNDH sobre la práctica de detenciones arbitrarias, el OMBUDSMAN nacional recibió 206 quejas por detención arbitraria, lo que constituye el cuarto hecho

²⁵⁹ OACNUDH. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. Diciembre de 2003, pág. 12.

*violatorio más frecuente (según datos obtenidos del informe de actividades de la CNDH de 2002)*²⁶⁰

4.3.1.6 Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la Tortura.

Es uno de los mecanismos de vigilancia de los derechos humanos con carácter temático. Tiene naturaleza de mecanismo extra convencional pues no responde a un tratado internacional, sino que fue designado por la *Comisión de Derechos Humanos de la ONU*, la *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*, los grupos de trabajo establecidos en el marco de estos órganos y los representantes especiales del Secretario General.

Este mecanismo tiene como meta mejorar la eficacia de las normas internacionales de derechos humanos relativas a la práctica de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, entablando diálogos constructivos con los gobiernos y examinando situaciones, incidentes y casos concretos, con el fin de recomendar soluciones a la falta de respeto de los derechos humanos.

Mediante este mecanismo puede recurrirse a diversos procedimientos de intervención urgente, si es posible prevenir posibles violaciones de los derechos a la vida, a la integridad física y mental y a la seguridad de la persona. El relator especial sobre la cuestión de la tortura tiene la facultad de emitir informes y recomendaciones respecto de la situación que guardan los derechos humanos en torno al tema.

En relación a los informes del Relator Especial, he recogido las aportaciones que considero más importantes del informe que presentó *Sr. Nigel S. Rodley*, el 14 de enero de 1998, Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, respecto de la visita realizada

²⁶⁰ *Ibid.*, nota 19, pág. 37.

a nuestro país, a invitación del Gobierno Mexicano; esto, por supuesto, en relación a la detención arbitraria.

El Relator Especial recibió abundante información sobre la tortura practicada en situaciones de tipo político en contra, por ejemplo, de activistas campesinos y sociales o militantes de partidos de oposición y, sobre todo, de personas detenidas en zonas de conflicto, normalmente áreas rurales, en el marco de actividades policiacomilitares o militares contra grupos subversivos (...)

Se informó en este sentido que a partir de la aparición del Ejército Popular Revolucionario (EPR) en el Estado de Guerrero en junio de 1996, se intensificaron los operativos policiacomilitares, durante los cuales se buscan armas o se persigue a presuntos miembros del EPR. Con este motivo se han cometido graves abusos de autoridad, torturas, detenciones arbitrarias, etc. contra habitantes de diversas comunidades campesinas e indígenas de áreas cercanas a los lugares donde se ha hecho presente el EPR.

En este contexto las víctimas son, por lo general, detenidas sin orden de aprehensión durante redadas, en los retenes de carreteras o en sus domicilios; después son conducidos en vehículos militares o camionetas sin identificación, vendados y atados, hacia lugares que no pueden identificar, donde son torturados. Quienes participan en las detenciones a menudo son elementos de la Policía Judicial Estatal y miembros del ejército coordinados (...) La mayoría de los detenidos son liberados bajo amenazas de muerte contra ellos y su familia si denuncian los hechos. Los que permanecen detenidos lo son, después de haber sido obligados a firmar declaraciones en blanco o que no pudieron leer, sin contar con la asistencia de un traductor o de un abogado.

Según los informes recibidos por el Relator Especial son características comunes a estos hechos las siguientes: no se tiene conocimiento de que en alguna detención se hubiese presentado orden judicial; en muchas de ellas se ejerció

*violencia inmoderada e innecesaria; se cometieron allanamientos de viviendas, desalojos violentos, robos y amenazas, creándose un clima de miedo entre la población (...)*²⁶¹

Estas observaciones; emitidas en función de la información que el Relator recibió de parte de fuentes no gubernamentales; convergen, como podemos constatar, en un tema común de especial relevancia: la detención arbitraria empleada como mecanismo represivo en contexto de movimientos sociales, y señalan la estrecha incidencia de ésta práctica con la de tortura.

En 1999, en continuidad con el establecimiento de relaciones entre la tortura y la detención arbitraria, el Relator señaló la inconveniencia del régimen de incomunicación en la detención, expresándolo en su informe en los términos siguientes:

*... en el comentario general 7 (16) de 27 de julio de 1982, aprobado en el 16° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos, se afirmaba lo siguiente: "Entre las salvaguardias que pueden dar eficacia a los métodos de control figuran las disposiciones contra la detención bajo incomunicación;(...) disposiciones en que se exija que se **mantenga a los detenidos en lugares públicamente reconocidos y que se consignen sus nombres y lugares de detención en un registro central a disposición de las personas interesadas, como los familiares (...)** el Relator Especial estima que la detención en régimen de incomunicación es el factor que más contribuye a que una persona corra peligro de ser torturada. Por consiguiente, el Relator Especial reitera la recomendación formulada por su antecesor e insta a todos los Estados a que declaren ilegal la detención en régimen de incomunicación."*²⁶²

Por su parte, en el año 2003, el Relator Especial Theo Van Boven, en informe ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, manifestó que: "*Las detenciones llevadas*

²⁶¹ ONU. *Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley con Adición de su visita a México...* op. cit., párrafos 13, 14, 15 y 20 respectivamente.

²⁶² ONU. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura.* 1 de octubre de 1999. A/54/426, párrafo 42.

*a cabo sin seguir los procedimientos apropiados pueden dar lugar a otros abusos de los derechos humanos, entre ellos la tortura...*²⁶³

Igualmente informó que, de las dos terceras partes de los *llamamientos urgentes*²⁶⁴ que dirige a los gobiernos, la mayoría se han enviado en conjunto con el Presidente-Relator del GTDA.²⁶⁵

Esta situación indica la exigencia que tiene la ONU en el terreno práctico, de integrar su marco de intervención contra estas dos acciones delictivas, desde un mismo criterio, en razón de un mismo patrón delictivo dentro del cual se manifiestan

4.3.2 Organismos Gubernamentales Mexicanos.

4.3.2.1 Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

La CNDH es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios. En 1990 un decreto presidencial le dio vida como organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, aunque en 1999 y 7 años después de haber sido elevada a rango constitucional, adquirió su autonomía de plena de gestión. Este organismo tiene como objetivos, la protección, observación, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos en México.²⁶⁶

Estas son algunas de sus principales funciones:

1.- Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de Derechos Humanos.

²⁶³ ONU. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*. 23 de diciembre de 2003. E/CN.4/2004/56, párrafo 30.

²⁶⁴ También llamados *acciones urgentes*, consisten en herramientas de difusión a partir de los cuales se denuncian situaciones violatorias de derechos humanos, y se le exige a los gobiernos y sus dependencias que prevengan o contrarresten dichas violaciones.

²⁶⁵ ONU. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*. 23 de diciembre de 2003... *op. cit.*, párrafo 24.

²⁶⁶ CNDH [En línea] Disponible en: [<http://www.cndh.org.mx/>]

2.- Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

3.- Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado.

4- Proponer al Ejecutivo Federal la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos, así como elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos Humanos.

En relación a los casos documentados y recomendaciones de la CNDH, cabe señalar, en primer término, que la práctica de detención arbitraria ha sido documentada permanentemente por la CNDH, registrándose datos que revelan un aumento considerable de esta práctica en México.

En el año 2001 crecía la preocupación de la CNDH por la persistencia de ésta práctica, como lo muestra la introducción del capítulo de *Antecedentes* de la *Recomendación General 02/2001* dedicada a la práctica de detenciones arbitrarias.

A la luz de este mismo capítulo, la CNDH observó con preocupación, “*que las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policíacos.*”

De los datos estadísticos recabados por el organismo, se tuvo conocimiento de que en el periodo comprendido entre 1999 y 2001, se recibieron 323 quejas por esta práctica, concluyendo que esta se había mantenido vigente.

Durante el sexenio de Vicente Fox, la CNDH reportó 2,470 casos de detención arbitraria²⁶⁷. La PGR, la SSPF y La PFP fueron la segunda, tercera y cuarta instituciones presuntamente responsables de violaciones a los derechos humanos. La detención arbitraria fue uno de los principales hechos violatorios materia de las recomendaciones.

²⁶⁷ Véase *Balance 2000-2006... Op. Cit.*, pág. 4

A continuación, es de mi interés recoger en resumen, tres casos relevantes de violaciones colectivas al derecho a la libertad personal por detenciones arbitrarias, documentados por la CNDH.

4.3.2.1.1 Caso Atenco.

El primer caso colectivo, relevante, corresponde a los hechos de represión ocurridos en los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco en mayo del año 2006, donde se generaron actos violatorios de derechos humanos contra integrantes del movimiento Popular que encabezaba el Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra FPDT. La represión contra estas personas se originó en un contexto de movimiento social en defensa de las tierras de los ejidatarios²⁶⁸, generada a raíz de la decisión del gobierno federal, de construir un aeropuerto en esa zona del Estado de México, expropiando injusta y desproporcionadamente las tierras de los ejidatarios.

Constan, en la *Recomendación 38/2006 de la CNDH*, los hechos relativos a las detenciones de 207 personas y el fallecimiento de dos más, durante los días 3 y 4 de mayo; y en los que participaron 700 elementos de la PFP, 1815 de la Agencia de Seguridad Estatal en el Estado de México, y nueve policías municipales de Texcoco.

Según la recomendación de la CNDH dirigida al Secretario de Seguridad Pública Federal, al gobernador del Estado de México y al Comisionado del Instituto Nacional de Migración, numerosos actos de detención arbitraria fueron cometidos por los agentes del Estado en contra de los manifestantes y de personas ajenas al conflicto. A las detenciones arbitrarias, fueron acompañadas violaciones de los tres *derechos vinculados* de los cuales hemos estado dando constancia en este trabajo.

Así, se documentaron actos de detenciones arbitrarias, retenciones ilegales, tratos crueles, inhumanos o degradantes y lesiones, incomunicaciones, torturas, violaciones a

²⁶⁸ Véase PRODH. Informe *Atenco: Estado de derecha a la medida*. Informe de observación del 3 al 10 de mayo. 10 de mayo de 2006. [En línea]. Disponible en: http://centroprodh.org.mx/2008/index.php?option=com_content&task=view&id=17&Itemid=144

la libertad sexual (abuso sexual y violación), y violaciones a los derechos a la legalidad y seguridad jurídica.

Varias de las detenciones se perpetraron sin órdenes judiciales, motivo ni fundamento alguno y 145 de las detenciones cometidas por agentes federales y estatales, registradas por la Comisión, fueron cometidas a través del allanamiento de domicilios particulares sin órdenes de cateo. También quedaron consignados los abusos y violaciones sexuales en contra de 26 mujeres detenidas. En general, se registraron diversas irregularidades en las averiguaciones previas.

Nuevamente se vieron señaladas, en las observaciones de la recomendación, las violaciones por parte de los elementos de Seguridad pública estatal y de la PFP, a los preceptos que consagran el derecho de libertad personal y derechos vinculados, en la DUDH, CADH, y PIDCP, entre otros.

Sobre este asunto, en febrero de 2009, en franca decisión política, la SCJN protegió a Enrique Peña Nieto, Gobernador del Estado de México y al entonces Procurador General de la República, Eduardo Medina Mora, exonerándolos de cualquier responsabilidad penal, así como a los mandos responsables de los operativos. Únicamente los jefes inmediatos y comandantes sectoriales fueron señalados como responsables.²⁶⁹

4.3.2.1.2 Caso “altermundistas” en Jalisco.

Otro caso relevante de detención arbitraria colectiva, ocurrida en el año 2004, en contra de manifestantes *altermundistas*, quedó documentado en el informe especial²⁷⁰, que formuló la CNDH respecto de diversas violaciones a los derechos humanos en Jalisco,

²⁶⁹ ARANDA, Jesús. *Ampliar investigaciones, penoso colofón de la Corte sobre Atenco*. La Jornada [En línea], Política. (13 de febrero de 2009). Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2009/02/13/index.php?section=politica&article=003n1pol>

²⁷⁰ CNDH. *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos relativo a los hechos de violencia suscitados en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, el 28 de mayo del 2004, con motivo de la celebración de la III cumbre de América Latina, el Caribe y la Unión Europea*. 6 enero 2009.

con motivo de la represión a manifestantes inconformes con los acuerdos de la III Cumbre de América Latina, el Caribe y la Unión Europea.

Las cifras arrojadas en las conclusiones del informe indican la concurrencia de 15 casos de detención arbitraria, 73 retenciones ilegales, 55 tratos crueles y degradantes, 73 incomunicaciones y 19 casos de tortura, por lo que se vieron afectados los derechos a la libertad, la integridad física, la legalidad y la seguridad jurídica de las personas. Se sigue observando, a través de la violación del derecho a la libertad personal, la trasgresión a los tres *derechos vinculados*, que en esta propuesta son elementos constitutivos de la figura de detención arbitraria.

La trascendencia de las correspondientes conclusiones radica en el hecho que la CNDH incluyó, además de los preceptos constitucionales violentados, la mención de la violación a preceptos contenidos en varios instrumentos internacionales; dando con ello mayor proyección a la ilegalidad de la actuación de los agentes del Estado involucrados. Esto es, el reconocimiento explícito de la violación a los tratados de derechos humanos que forman parte del orden jurídico interno, e incluso de instrumentos de la ONU que no tienen carácter convencional y cuya observancia no está preponderantemente comprometida.

Esto puede observarse con claridad en la conclusión B del informe en comentario:

Las medidas de seguridad establecidas por las autoridades de los gobiernos estatal y municipal, tuvo como constante no solo el exceso en el uso de la fuerza pública, al incurrir en detenciones, retenciones ilegales, incomunicaciones, tratos crueles y degradantes y torturas, en los términos precisados en el capítulo de logros y resultados del presente informe especial, sino más aún en la violación a los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad física, a la legalidad y a la seguridad jurídica, contenidos en los artículos 14, 16, 20, apartado a), fracción II, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2, 3, 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 4 y 16 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra

la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes; 5.1, 5.2, 7, 8 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

De igual manera se vulneró lo previsto en los artículos I, XXI, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; así como 3, 5, y 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, 2, 3 y 5 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; 13 y 15 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

4.3.2.1.3 Caso Oaxaca.

De este tercer caso, la Comisión documenta la práctica de detención arbitraria acompañada de otras violaciones a derechos humanos, en su informe relativo a la represión contra integrantes del SNTE, de la APPO, y de los habitantes de la ciudad de Oaxaca; esto, derivado de la movilización social en repudio al titular del gobierno del Estado en junio de 2007.²⁷¹

El informe demuestra que, conforme a un análisis lógico-jurídico de las evidencias del caso, las policías Federal Preventiva, Preventiva y Ministerial del Estado de Oaxaca incurrieron en práctica de detención arbitraria, concluyendo además que autoridades, municipales, estatales y federales violaron los derechos a la libertad personal, integridad personal, a la legalidad y seguridad jurídica, entre otros, de integrantes de la Sección XXII del SNTE, de los integrantes y simpatizantes de la APPO, de comunicadores, de defensores civiles de derechos humanos y de la sociedad de Oaxaca en general.

²⁷¹ CNDH. *Informe Especial sobre los hechos sucedidos en la ciudad de Oaxaca del 2 de junio de 2006 al 31 de enero de 2007.*

En concreto, gran parte de los afectados fueron detenidos sin órdenes de aprehensión ni comprobación de la flagrancia; algunos fueron incomunicados; otros fueron víctimas de numerosas y graves irregularidades en la integración de las averiguaciones previas y en el procedimiento de consignación de detenidos, como inexactitudes y omisiones en el registro de detención, demora injustificada de hasta seis y siete horas en la consignación de los detenidos ante el MP; algunos más fueron torturados.

La CNDH reforzó su dicho especificando que la violación al derecho de libertad personal cometida en este conflicto constituía una transgresión al derecho internacional. Por ello expuso:

A nivel internacional, este tipo de actos violatorios de derechos humanos transgreden lo establecido en los artículos 9.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.3. de la Convención americana sobre derechos humanos, que refieren que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

El 14 de octubre de 2009, la SCJN, mediante la facultad de investigación que el artículo 97 constitucional le otorga, declaró la responsabilidad de Gobernador de Oaxaca²⁷² por violaciones graves a garantías en ese Estado. El pleno de la Corte resolvió rápidamente la investigación solicitada en el año 2006 por la Cámara de Diputados, y que llevaba ya dos años y medio de iniciada.

En lo que pareció nuevamente una decisión política, los ministros eximieron de responsabilidad a autoridades Federales como al propio Presidente de la República, al Secretario de Seguridad Pública, al Secretario de Gobernación y mandos militares, quienes también tuvieron incidencia en el conflicto, unos por permitir la ingobernabilidad en ese Estado y de ello se derivaran violaciones importantes a derechos humanos, y otros por los operativos en donde se violaron los derechos de los manifestantes y falleció un reportero norteamericano por impacto de bala.

²⁷² ARANDA, Jesús. *Violó Ulises Ruiz garantías individuales durante el conflicto en Oaxaca: SCJN*. La Jornada [En línea], Política. (14 de octubre de 2009). Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2009/10/15/index.php?section=politica&article=014n1pol>

Asuntos como éste, así como los de Jalisco y Atenco, constituyen sin duda un caso de responsabilidad agravada del Estado en sus distintos niveles, por la violación flagrante a los derechos humanos y por representar una manifestación clara de represión de la protesta social.

4.3.2.2 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Según el artículo segundo de su respectiva Ley orgánica, la CDHDF es un organismo público autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto la protección, defensa, vigilancia, promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos, establecidos en el orden jurídico mexicano y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es también uno de los 32 organismos autónomos estatales de derechos humanos en México.

Algunas de sus principales atribuciones consisten en:

- 1.- Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos
- 2.- Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas;
- 3.- Impulsar la observancia de los derechos humanos en el Distrito Federal;

Por otra parte, datos relevantes que dan testimonio de la permanencia de la detención arbitraria en el Distrito Federal en 2002, muestran que la CDHDF recibió 399 denuncias con motivo de esta práctica, y emitió tres recomendaciones²⁷³ por ese motivo. Según la misma Comisión, las quejas por dicha práctica aumentaron en 100%.²⁷⁴

²⁷³ CDHDF. Recomendaciones 05/2002; 08/2002, y 13/2002.

²⁷⁴ *Ibid.* Dirección General de Comunicación Social. Boletín de Prensa N° 54/2003. 25 de mayo de 2003.

En su informe anual 2004 presentado ante la ALDF, la CDHDF expresa que el tema de las detenciones arbitrarias, constituye uno de los temas de preocupación, y agrega que *“Constituyen una acción cuya denuncia se incrementa año con año de modo preocupante en la ciudad de México.”*²⁷⁵

La CDHDF recibió 586 quejas por casos de detenciones arbitrarias en ese año.

*... ello denota un incremento de 31%, pero si se toma en cuenta el crecimiento observado desde 2002, se sitúa en 47%. Las autoridades señaladas fueron la SSPDF y la Policía Judicial del Distrito Federal. Los hechos más frecuentemente denunciados fueron la detención sin orden de autoridad competente, la detención sin existir flagrancia ni caso urgente y la detención con violencia.*²⁷⁶

Es de destacar, que en el mismo año, esta Comisión emitió la recomendación 6/2004 por la acumulación de quejas presentadas en contra de elementos pertenecientes al “Grupo Sagitario” de la SSPDF, en el contexto de la detención arbitraria y violación sexual cometida por este grupo en contra de Nadia Zepeda, estudiante de la UNAM.

Así, mediante su investigación, este organismo demostró *“un patrón sistemático de violaciones a derechos humanos de los ciudadanos capitalinos, así como una situación recurrente de imputaciones de delitos contra la salud hacia las personas detenidas arbitrariamente, enmarcados dentro de operativos de seguridad pública...”*²⁷⁷

Durante el año 2008 la PGJDF fue la instancia con mayores recomendaciones por parte de la Comisión (6 recomendaciones)²⁷⁸, y con mayor número de quejas presuntamente violatorias, 34.4%, y de ese porcentaje, el 18.6% corresponden a la jefatura general de la Policía Judicial.²⁷⁹

Aunque la CDHDF reconoce señales positivas en esta dependencia, manifestó preocupación por el hecho de que, del total de menciones a los derechos vulnerados, aparecen principalmente el derecho a la seguridad jurídica, con 18.3%; el derecho al

²⁷⁵ *Ibid.* Informe anual 2004. (Presentado ante la ALDF).

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ PRODH. Informe Seguridad Pública ¿Represión o protección? Julio de 2005. Pág. 15.

²⁷⁸ CDHDF. Recomendaciones, 5/2008, 7/2008, 13/2008, 16/2008, 17/2008 y 20/2008,

²⁷⁹ *Ibid.* Informe Anual 2008. Volumen I.

debido proceso y garantías judiciales con el 15.6%; y el derecho a la libertad y seguridad personales con 12.8% menciones.

En el caso de la SSPDF, las menciones de derechos vulnerados aumentaron un 19% en relación al año 2007. El aumento se muestra en las menciones a la policía preventiva que registró 62.8% del total de menciones, esto es un incremento de 26.7% con respecto al 2007. Por su parte, la Policía Auxiliar registró el 9%, que refleja un preocupante aumento de 52.8% con respecto al año anterior.

Es un caso relevante, el relativo a la tragedia ocurrida en el *antro* “*New’s divine*”²⁸⁰ el 20 de junio de 2008 (motivo de la recomendación 11/2008), caso de *violencia institucional*²⁸¹, en donde fallecieron algunos de los jóvenes que ocupaban el lugar, y en donde otros tantos fueron detenidos arbitrariamente.

En virtud del operativo de supervisión de la *discoteca*, ejecutado por autoridades de la Delegación Gustavo A. Madero, los jóvenes fueron conducidos a las instalaciones de la SSPDF y fueron sometidos a desnudez por parte de los elementos de policía, siendo víctimas de violencia sexual, esto de acuerdo al criterio emitido por la COIDH cuando ha dicho que la desnudez forzada se configura “*con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno*”²⁸²

²⁸⁰ *Ibid.* Informe anual 2008. Situación de los derechos humanos de las mujeres en el Distrito Federal. Volumen II, pág. 119

²⁸¹ Al tenor del artículo 7, Fracción V de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal: *Violencia Institucional: Son los actos u omisiones de las personas con calidad de servidor público que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia. El Gobierno del Distrito Federal se encuentra obligado a actuar con la debida diligencia para evitar que se inflija violencia contra las mujeres.*

²⁸² Citado por CDHDF en Informe anual 2008. Situación de los derechos humanos de las mujeres en el Distrito Federal. Volumen II, pág. 119

En este caso, la CDHDF destacó la violencia sexual por motivo de género, ocurrida contra las menores, por la situación de vulnerabilidad en la que se encontraron al ser desnudadas, tocadas y fotografiadas.

Nuevamente fueron señalados, a partir de las detenciones arbitrarias, la violación a los derechos a la integridad y libertad personales y a la seguridad jurídica, entre otros. Así, los tratos crueles e inhumanos a los que fueron sometidos las y los jóvenes, configuraron la detención arbitraria en donde la dignidad de las personas se vio trastocada seriamente.

Otro caso reciente fue el de detención arbitraria, incomunicación, tortura y violaciones al debido proceso por parte de la Policía Judicial, en contra de una mujer habitante de la ciudad de México²⁸³ (cuyo nombre ha sido guardado en secrecía); asunto que fue motivo de la recomendación 13/2008 de la Comisión, dirigida al Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

La agraviada fue introducida a un cuarto, en lugar desconocido, vendada de los ojos, amarrada de las manos, y girada para marearla. Además fue manoseada y amenazada, sometida a agresiones sexuales, insultada con el objeto de que rindiera una declaración y la firmara, por ser testigo en un asunto.

La Comisión comprobó la violación, por parte de los agentes judiciales, a los derechos de libertad e integridad personales, y derecho al debido proceso entre otros.

Cuatro recomendaciones ejemplares (1/2006, 14/2006, 6/2007 y 11/2007), debido a las condiciones en las que fueron cometidas las detenciones arbitrarias, son retomadas en el *DDHDF*²⁸⁴. Se trata de casos de detención, en los contextos de una marcha pública; un intento de suicidio; contra de representantes de la empresa Equipamientos Urbanos de México, y uno más en contra de integrantes de la APPO durante manifestación, respectivamente.

²⁸³ *Ibid.*, pág. 120

²⁸⁴ *Op. Cit.*, párrafos 1907 a 1910.

En estos casos, se configuró una ejecución sumaria o extrajudicial, actos de incomunicación y el uso desproporcionado de la fuerza, entre otros actos ilegales de los agentes de la SSPDF.

Así, las recomendaciones referidas, representan las circunstancias de detenciones arbitrarias, a las que pueden estar sometidos diversos sectores sociales en la ciudad de México.

Es menester decir que en las conclusiones del diagnóstico citado, en cuya elaboración participó la CDHDF, se manifiesta por una parte, que la información recogida por la Comisión deja constancia de numerosos casos de violación al derecho de libertad personal por detenciones arbitrarias²⁸⁵.

Por otra parte, se señala que la tipificación adecuada de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una obligación principal del Estado; sin embargo, esta obligación está cubierta de manera incompleta, pues solo el delito de tortura se encuentra adecuadamente regulado en el artículo 294 del Código Penal para el Distrito Federal²⁸⁶. Esta figura está regulada, a nivel federal, en el artículo 3 de la Ley Federal para Prevenir y sancionar la Tortura.

4.3.3 Organizaciones no gubernamentales.

4.3.3.1 Amnistía Internacional.

AI es una organización no gubernamental internacional, que despliega su participación a nivel global y local. Tiene como objeto organizar y movilizar a sus miembros y simpatizantes para realizar labores de acción, educación, promoción e investigación centradas en impedir y poner fin a los abusos graves contra los derechos humanos de individuos y grupos alrededor del mundo y en México²⁸⁷.

²⁸⁵ Véase *Ibid.*, párrafo 1944.

²⁸⁶ Véase *Ibid.*, Párrafo 1938.

²⁸⁷ Amnistía Internacional [En línea]. Disponible en: <http://www.amnistia.org.mx/>

En el año 2002, AI se declaró preocupada por la frecuencia con que los agentes policiacos y del MP, incurren en la práctica de detención arbitraria, en México.²⁸⁸ En el año 2008 persistía su preocupación pues reportó que: *“Las violaciones de derechos humanos continuaron siendo generalizadas y, en algunos Estados, sistemáticas.”*²⁸⁹

El carácter sistemático de las detenciones arbitrarias en México, observado por esta organización internacional, incluye a nuestro país en la valoración de la situación que guarda esta práctica en el mundo. Así, AI dio cuenta del uso faccioso del sistema de justicia en relación a la detención arbitraria con motivos políticos, al establecer que: *“En algunos Estados continuó utilizándose el sistema de justicia penal para procesar a activistas y opositores políticos, que eran detenidos arbitrariamente durante periodos prolongados y sometidos a proceso legales injustos.”*²⁹⁰

Además, puntualizó sobre la impunidad prevaleciente en México, al observar, producto de su estudio, que *“Las investigaciones sobre las denuncias de detenciones arbitrarias, torturas y otros malos tratos por parte de agentes de policía eran muchas veces deficientes, y la impunidad de las violaciones de derechos humanos era generalizada”*²⁹¹

4.3.3.2 Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez.

El llamado Centro PRODH que se ha consagrado históricamente, como uno de los centros de defensa de derechos humanos con mayor presencia y actividad en México, y ha sido parte importante de desarrollo de la RED TDT.

Esta organización no gubernamental fue fundada en 1988 por la Compañía de Jesús en México. Actualmente cuenta con el Estatus Consultivo ante el Consejo Económico y

²⁸⁸ Véase Amnistía Internacional. *Resumen de las preocupaciones de Amnistía Internacional en México*. Memorandum AMR 41/037/2002. Página 4. (Noviembre de 2002). Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR41/037/2002>

²⁸⁹ Informe 2008 Amnistía Internacional. *El estado de los derechos humanos en el mundo*; pág.273.

²⁹⁰ *Ibid.*, pág. 275.

²⁹¹ *Ibid.*, pág. 274.

Social de la ONU, y se encuentra reconocida como Organización Acreditada ante la OEA.

Desde enero de 2004 a marzo de 2005, el Centro PRODH registró 26 actos de abuso policiaco en donde se vio comprometida seriamente la integridad personal de las personas afectadas, entre otras, por detenciones arbitrarias, ataques físicos y psicológicos y hostigamientos de carácter sexual.

Dichos abusos, vinculados a la práctica de tortura, fueron registrados por el PRODH como agresiones cometidas por policías municipales y estatales, militares, policía ministerial, agentes de la Agencia Federal de Investigaciones en los Estados de Chiapas, Distrito Federal, Guerrero, Estado de México, Oaxaca, Hidalgo, Durango, Chihuahua y Morelos.²⁹²

Confirmando elementos de nuestra propuesta, el PRODH ha dicho que tanto la integridad y libertad personal, como la discriminación y la seguridad jurídica son característicos derechos violados en los abusos policiacos. Destacando que es la detención arbitraria, la acción delictiva que mayormente se presenta en este abuso gracias a la discrecionalidad en la actuación de los cuerpos policiacos, a la falta de normas y reglamentación en este sentido.²⁹³

Dos acontecimientos en el año 2005, y un caso paradigmático del año 2003 documentados por este centro de derechos humanos²⁹⁴, y que incorporo a este trabajo, son una muestra del abuso policiaco en México y su relación estrecha con la práctica de detención arbitraria.

El primer caso se refiere a la detención arbitraria, incluido el encarcelamiento y hostigamiento sexual por motivos de identidad en contra de tres personas homosexuales, cometidos por policías municipales de Villa de Alvarez, Colima y agentes estatales. Las víctimas habían sido encarceladas sin motivo en diversas

²⁹² Centro de Información, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez", A.C.

²⁹³ Véase informe *Seguridad Pública ¿Represión o protección? op.cit.*, pág.8

²⁹⁴ *Ibid.*, págs. 11 a 16.

ocasiones, y obligadas a entregar sumas de dinero o a realizar favores sexuales, para su liberación.

El derecho a la no discriminación, libertad e integridad personales fueron los derechos conculcados en este caso.

En el segundo caso, los ataques físicos, hostigamiento policiaco a comunidad en resistencia, y detención arbitraria entre otros tipos de violación, constituyeron la violación de los derechos fundamentales a la integridad personal y comunitaria, a la libertad, y derecho a la justicia, en contra de habitantes del municipio de Santiago Xanica, Oaxaca, quienes denunciaron el encarcelamiento arbitrario de tres integrantes de su comunidad por haber repelido con tabiques y piedras un "intento de masacre" a balazos, por parte de la Policía Preventiva del Estado.

El tercer asunto, éste atendido directamente por el PRODH (en conjunto con AI) fue el concerniente a la detención arbitraria, uso excesivo de la fuerza pública, violación sexual y la violación de la presunción de inocencia en contra de la estudiante de la UNAM, Nadia Ernestina Zepeda Molina, en enero de 2003; cometido por más de veinte agentes del ahora extinto Grupo Sagitario, de la SSPDF; violándose los derechos fundamentales de libertad personal, integridad y seguridad personal, así como el derecho a garantías judiciales.

En lo que pareció ser un operativo de los agentes encapuchados, Nadia fue ultrajada y violada sexualmente dentro del camión donde se transportaban los agresores, además de ser acusada de delitos contra la salud por narcomenudeo.

Para el PRODH, fue importante destacar la preocupación que el caso de Nadia Zepeda fuera "*parte de un patrón de violaciones a los derechos humanos perpetrado por policías de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal...*"²⁹⁵, considerando además que Nadia purgó una sentencia por delito que no cometió, y por ello fuera

²⁹⁵ *Ibid.*, pág. 15.

absuelta después de dos años y siete meses de encarcelamiento²⁹⁶; además que los responsables gozaran de impunidad.

En la actualidad, para el PRODH, la violación sistemática al derecho de libertad personal es una de las mayores preocupaciones en materia de violaciones a derechos humanos en México²⁹⁷, confirmando nuevamente la necesidad de mayor regulación con mecanismos efectivos que permitan frenar esta práctica y garantizar la reparación del daño.

²⁹⁶ SERVIN VEGA, Mirna. *Repentina liberación de joven detenida y violada por policías*. La Jornada [En línea]. (26 de agosto de 2005). Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2005/08/26/044n1cap.php>

²⁹⁷ Véase el Informe *Asedio a los derechos humanos...* *op.cit.*, pág. 18

Conclusiones.

Primera.- Los tratados internacionales de derechos humanos adoptados por los Estados generan obligaciones específicas para éstos, perfeccionan la relación entre el Estado y su sociedad, y reflejan la necesidad histórica de las sociedades de alcanzar mejores condiciones de vida, aliviando los abusos y afectaciones que ha causado el poder estatal.

Considero que, progresivamente, este tipo de tratados, nacidos en el seno de la actividad de la comunidad de Estados, hacen del Derecho Internacional Público un ámbito jurídico que ve aumentar sus alcances en el ámbito interno de los Estados.

En este sentido los tratados de derechos humanos han modificado la funcionalidad del Derecho Internacional, destacando mayormente a la persona como sujeto de derecho en éste ámbito, a diferencia del Derecho Internacional clásico en donde la persona permanecía prácticamente a la sombra del Estado.

Segunda.- Los Derechos Humanos parten de una concepción filosófica que designa las cualidades morales del ser humano, que a su vez reflejan reglas básicas, fundamentales, de convivencia y subsistencia, bajo las cuales se rigen las personas en sociedad. En este sentido, la *positivación* de los derechos humanos es una etapa en el proceso de búsqueda del bienestar de la persona y de la estabilidad social.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, relativo a la protección de la persona humana, es una rama nueva del DIP que progresivamente adquiere mayor presencia en los procesos de positivación de derechos y garantías. Por ello, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fortalece el alcance de los principios doctrinarios de los derechos humanos. Por una parte, tiende a complementar y perfeccionar los sistemas jurídicos de protección de derechos y garantías dentro de los regímenes constitucionales de los Estados, y por otra, favorece la intervención de los

mecanismos de protección de derechos humanos regionales y universales para juzgar las violaciones a derechos cometidas por los Estados dentro de sus territorios.

Tercera.- Las políticas gubernamentales de seguridad pública se han traducido en acciones coyunturales para “combatir” los orígenes y efectos de la inseguridad prevaleciente en el país, atribuida por el gobierno, a la delincuencia organizada.

Las acciones de combate a la delincuencia organizada constituyen políticas de seguridad pública deficientes, simples paliativos y maquillaje mediático a la impunidad y corrupción que ha permeado en los órganos de gobierno, por lo que no atacan la problemática de fondo, y tampoco han logrado reducir la inseguridad en el país.

Aunado a ese hecho, las acciones de “combate a la delincuencia” omiten gravemente los criterios de preservación de los derechos humanos, lo que resulta formalmente en el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos, además de la transgresión a la normatividad interna.

Es en este contexto, en el que las acciones del Acuerdo Nacional por la Seguridad Pública, suscrito por el Consejo Nacional de Seguridad Pública, así como la constitucionalidad del arraigo, reforma al sistema de justicia penal y la creación de un régimen de excepción para procesados presuntos responsables de delincuencia organizada, representan testimonios claros del sentido violatorio de derechos, que permea en las acciones de gobierno.

Por ello debo decir - en concordancia con lo señalado por la Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos “*Todos los Derechos para Todas y Todos*”, en las opiniones que envió a la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, en el contexto del Mecanismo de Examen Periódico Universal²⁹⁸ -, que las políticas públicas a nivel federal, anteriormente referidas, lejos de buscar apearse a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, manifiestan el endurecimiento de sus criterios, golpeando severamente los intereses de la sociedad y su bienestar, trasgrediendo impunemente sus derechos,

²⁹⁸Véase *El diagnóstico de las ONG*. En: Revista NEXOS. (Dic., 2008); págs.44 - 50.

como particularmente lo muestra la tendencia a la criminalización de la protesta social y abuso del poder, como parte de un patrón de respuesta del Estado, en el que la práctica sistemática de detención arbitraria, violación flagrante del derecho a la libertad personal, representa tan sólo la primera, de una serie de graves violaciones como lo son del derecho a la integridad personal, a las garantías procesales y a la protección judicial.

Cuarta.- Sin seguridad jurídica no hay protección ni respeto de los derechos y libertades de las personas. El Estado, día a día, debe perfeccionar los mecanismos que garanticen esa certeza jurídica. Por ello las leyes deben actualizarse constantemente, ajustándose a las necesidades sociales.

Dicho perfeccionamiento, debe excluir cualquier suerte de alegato que justifique la impunidad, en el sentido de que el acatamiento a una norma protectora de la libertad personal contenida en un instrumento internacional de protección a los derechos humanos, sea omitido por considerarlo contradictorio al orden constitucional mexicano. En su defecto, la norma protectora tiene carácter complementario, por lo que amplía e incluso perfecciona la protección de una garantía que la Constitución y las leyes penales establecen.

Así, utilizar la jerarquía Constitucional a ultranza, o los principios emanados de la Carta Magna, por ejemplo, para justificar el no cumplimiento de una norma internacional o nacional, protectora de derechos humanos, - tal y como lo hizo recientemente la SCJN al negarse a revisar el fuero militar, rechazando un amparo en revisión que lo hubiera permitido (supra, pág. 129) - conlleva a la violación de los principios y normas del DIDH, vistas en este trabajo, y definitivamente dista de ser una situación propia de un estado democrático en donde las leyes armonizan con el desarrollo de los distintos sectores sociales.

Quinta.- Además de la detención ilegal por parte de servidores públicos, regulada por el Código Penal Federal, la detención efectuada conforme a la ley no podrá dejar de ser

violatoria de derechos humanos en tanto las disposiciones legales afectadas no sean adecuadas en base a los requerimientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, relativos a la libertad personal.

Por ello, resulta fundamental establecer una descripción única del tipo de detención arbitraria que contenga el espíritu de los supuestos contemplados por el CPF, que fueron analizados, y que contemple para su perfeccionamiento, los principios contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las enseñanzas que nos han dejado los casos defendidos a través del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

Aunado a la consolidación del tipo, es importante que quede establecida formalmente la obligación del Estado, de reparar el daño, que se constituye a su vez en un derecho de las víctimas de injusticia, para aquellas personas que hayan sido arbitrariamente detenidas; esto, en consideración a la gravedad de la afectación al bien supremo de la libertad personal. Por lo que en consideración del derecho de reparación del daño e indemnización que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 63.1²⁹⁹, incluiré la mención de dicha garantía³⁰⁰.

Sexta.- Bajo ningún precepto la milicia debe ser juez y parte en asuntos tan delicados como la comisión de delitos por parte de sus integrantes, en uso y abuso de su poder. El artículo 57 del Código de Justicia Militar es un factor que favorece la impunidad en casos de detención arbitraria, entre otras violaciones de derechos humanos cometidas por elementos del ejército.

Por ello, es necesaria la modificación del artículo 57 en su fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, que es contrario a la Constitución, pues integra a la

²⁹⁹ A la luz del artículo 63.1 de la CADH, en relación a la competencia y funciones de la Corte IDH: *“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”*

³⁰⁰ Esta obligación del Estado también se encuentra estipulada por el PIDCP en su artículo 9.5 que a la letra indica: *“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación.”*

jurisdicción militar el castigo aplicable a militares, en caso de delitos del orden común o federal, cometidos por éstos.

Séptima.- Los casos de detención arbitraria en México, revisados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y documentados en este trabajo; así como los asuntos diversos y numerosos sobre el mismo tema, abordados en los informes y recomendaciones recogidas, permiten tener un panorama claro del problema de esta práctica violatoria de derechos humanos, y la importancia de recoger todas las herramientas jurídicas y doctrinarias que posee el Sistema Interamericano para la protección de los Derechos Humanos, con el objeto de fortalecer nuestro derecho interno.

Con ello, se pretende frenar esta práctica violatoria del derecho a la libertad personal, y perfeccionar el acceso a la justicia hacia las víctimas de dicha práctica, actualizando los mecanismos jurídicos de protección de ese derecho.

Propuesta.

En base a los argumentos que constan en este trabajo sobre el tema de la detención arbitraria en México, expreso la siguiente propuesta que constituye una iniciativa de reforma expresada en los términos siguientes:

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE MODIFICAN Y ADICIONAN DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, Y DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Artículo Primero.- Se modifica el artículo 13; se adiciona el párrafo sexto del artículo 16, recorriéndose en su orden el actual sexto; y se modifica el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en la comisión de un delito o falta del orden militar se violen derechos de un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Artículo 16.- (...)

La legalidad de toda detención será revisada por juez competente durante la etapa de investigación, quien verificará que ésta se haya realizado de conformidad con lo dispuesto por la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El juez deberá ratificar la detención u ordenar o decretar la libertad inmediata del detenido.

Artículo 133.- Esta Constitución y los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con aquella, celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Los jueces se arreglarán a dicha Constitución y Tratados, a pesar de las disposiciones legales que en contrario pueda haber.

Artículo segundo.- Se modifica la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, para quedar como sigue:

Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- ...

II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión no resulten afectados derechos o garantías de civiles, y haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

(...)

Artículo tercero.- Se adicionan los artículos 225 BIS y 225 TER al Código Penal Federal, para quedar como sigue:

Artículo 225 BIS. Comete el delito de detención arbitraria, el servidor público encargado de hacer cumplir la ley, que en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, ordene, dirija o ejecute y/o mantenga; en contra de una o más personas, privación de la libertad indebida o degradante de la condición humana, que sea contraria a los requerimientos legales, o contraria a las garantías del debido proceso contenidas en la Constitución y/o, a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por México.

Se entenderá por funcionario encargado de hacer cumplir la ley, a todo servidor público, civil o militar, que ejerza funciones de policía. Se entiende por indebida y degradante, a

la detención realizada con fuerza desmedida, malos tratos, violencia física y moral, humillaciones, vejaciones y todo menoscabo a la condición humana.

Artículo 225 TER. El delito de detención arbitraria se castigará con las penas siguientes:

- I) Con prisión de seis a doce años, y de quinientos a mil días multa al que infrinja los supuestos del artículo anterior;
- II) Con prisión de ocho a catorce años, y de dos mil a cuatro mil días multa si el delito es cometido contra persona en ejercicio de un derecho fundamental; con motivo de represión a movimientos sociales; de preferencia sexual; con fines sexuales; discriminación por raza, etnia, religión, cultura o discapacidad física o mental.

En este delito, además de las penas de prisión y multa previstas, el funcionario encargado de hacer cumplir la ley será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Será exigible la reparación del daño material y moral causado por la comisión del delito de detención arbitraria, sin perjuicio del derecho a la reclamación de indemnización estipulado por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Lista de abreviaciones.

ACNUR – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

APPO – Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca.

AI – Amnistía Internacional.

ALDF – Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

COIDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CNDH - Comisión Nacional de Derechos Humanos.

CDHDF - Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

CICR – Comité Internacional de la Cruz Roja.

CVDT – Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

CADH – Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CPEUM – Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CPF – Código Penal Federal.

CFPP – Código Federal de Procedimientos Penales.

CAT – Comité contra la Tortura (Siglas en inglés)

CEPAL – Comisión Económica para América Latina

CODH – Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

CDH – Comité de Derechos Humanos de la ONU.

CJM – Código de Justicia Militar

DIH – Derecho Internacional Humanitario.

DIR – Derecho Internacional de los Refugiados.

DIDH – Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DDHDF – Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal.

DUDH – Declaración Universal de los Derechos Humanos.

DOF – Diario Oficial de la Federación.

EZLN – Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

EPR – Ejército Popular Revolucionario.

GTDA – Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias.

HRW – Human Rights Watch.

LFDO – Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

LPF – Ley de la Policía Federal.

LOPGR – Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

LCT - Ley sobre Celebración de Tratados

MP – Ministerio Público.

MEPU – Mecanismo de Examen Periódico Universal.

OACNUDH – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

ONG - Organización no Gubernamental.

ONU - Organización de las Naciones Unidas.

OEA - Organización de Estados Americanos.

PIDCP - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PGR – Procuraduría General de la República.

PRODH – Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez”

PJDF – Policía Judicial del Distrito Federal.

PGJDF – Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

PFP – Policía Federal Preventiva.

PGJM – Procuraduría General de Justicia Militar.

RED TDT – Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos. “Todos los derechos para todas y todos”

SCJN - Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SIDH - Sistema Interamericano de protección de los derechos Humanos.

SSPF – Secretaría de Seguridad Pública Federal.

SEDENA – Secretaría de la Defensa Nacional.

SNTE – Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación.

SSPDF – Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal.

UA – Unión Africana

Bibliografía

- Arellano García, Carlos (1999) *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México D. F: Porrúa.
- ----- (1976) *Derecho Internacional Privado*. México D. F: Porrúa.
- Akehurst, Michael. (1994) *Introducción al Derecho internacional*. Madrid: Alianza Universidad.
- Adato, V. (2000). *Derechos de los detenidos y sujetos a proceso*. México D. F: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
- Andión M., Beller T, W. y dietrich, H. (1982). *Guía de investigación científica*. México, D. F: UAM.
- Buergenthal, Thomas. (2002). *Derechos Humanos Internacionales*. México: Gernika 2ª. Edición.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. (2007). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa, 19ª. Edición.
- Bonifacio Barba, José. (1999). *Educación para los Derechos Humanos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Beuchot, Mauricio. (2001). *Derechos Humanos, Historia y filosofía*. México: Fontamara.
- Berlin, Isaiah. (1998). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bobbio, Norberto. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Bauman, Zygmunt. (1991). *Libertad*. México: Patria. Brage, J. (2005). *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México D. F: Porrúa.
- Blanc, A. (1990). *La violación de los Derechos Humanos como crimen internacional*. Barcelona: Bosch.
- Corcuera Cabezut, Santiago. (2001). *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México D. F: Oxford.

- CDHDF / Universidad Iberoamericana (2006). *Glosario de términos sobre derechos humanos*. México D. F: CDHDF / UI.
- Champeil – Desplats, V ; Lochak, D. (2008). *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de Paris 10.
- Castellanos, Fernando. (2003). *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. México D. F: Porrúa.
- Castillo, Mireya. (2003). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cancado Trindade, Antonio A. (2003). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias, en Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México: Porrúa.
- Casado Raigon, Rafael. (1999). *Notas sobre el ius cogen internacional*. Córdoba: Servicio de publicaciones UCO.
- CASARES, Francesc; PONS Xavier, et All. (1998). *La declaración Universal de los Derechos Humanos*. Barcelona: Editorial Icaria Antrazyt.
- CIDH. (2008). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. S/E.
- Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. México: Porrúa.
- CDHDF. (2008). *Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal*.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. México D. F. OACNUDH
- Dupuy, Pierre - Marie. (2000). *Droit International Public*. Paris: Dalloz.
- Diccionario de Teoría Jurídica. (2009). México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Documento de apoyo al Taller Práctico, *Sistema Interamericano para la protección de los Derechos Humanos: Herramientas para la defensa*". (2008). México: CEJIL, UIA/Programa de Derechos Humanos.
- Eide, A., y Glozali, N. (1984). *Sobre la resistencia a las violaciones de los Derechos Humanos*. París: Serbal.

- Etienne, Alejandro. (1987). *Protección de la persona humana en el derecho internacional*. México: Trillas.
- Figueroa, Rafael. (2002). *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*. México: Porrúa.
- Guerrero Verdejo, Sergio. (2002). *Derecho Internacional Público. Tratados*. México: UNAM.
- García Ramírez, Sergio. (2006). *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*. México: Corte IDH.
- Gros Espiell, Héctor. (1968-1977). *Los derechos humanos y el derecho internacional*. México: Jurídica UIA.
- Grossman, Claudio. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Fontamara/UIA.
- Herdegen, Matthias. (2005) *Derecho Internacional Público*. México D. F: UNAM / Konrad Adenauer Stiftung.
- Herrera Ortiz, Margarita. (2003). *Manual de derechos humanos*. México: Porrúa.
- Herrendorf, D. (1990). *El poder de policía en un sistema de Derechos Humanos*. México D. F: INACIPE.
- Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets.
- Ibáñez, B. (1995 (reimp. 2000)). *Manual para la elaboración de tesis*. México, D. F: Trillas.
- López Betancourt, Eduardo. (2004). *Delitos en Particular (Vol. 1)*. México D. F: Porrúa.
- ----- (2005). *Delitos en particular*. Tomo VI. México: Porrúa.
- Ledesma, J. *Vitoria, forjador del derecho de gentes*. En: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 8, Sección de Previa, (1976). México.
- Lochak, D. (2009). *Les droits de l'homme*. Paris: La découverte.
- Muñoz, J. (1992). *El delito de detención*. Madrid: Trotta.

- Martín Arribas, Juan José. (2000). *Los Estados Europeos frente al desafío de los Derechos Humanos*. México: Fontamara.
- Martín, C, Rodríguez-Pinzon, D., et all. (2004). *Derecho Internacional de los refugiados y el Derecho de Asilo*. Madrid: Dykinson.
- OACNUDH. (2003). *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. México: Mundi-prensa.
- Osorio y Nieto, César. (2005). *La averiguación previa*. 15ª Ed. México: Porrúa.
- OACNUDH Colombia. (2004). *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Vol.1.
- Puente y F, A. (1947). *Principios de Derecho*. México D. F: Banca y Comercio.
- Pavón, F. y Vargas, G. (2005). *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*. Vol. V. México: Porrúa.
- PRODH. *Carpeta educativa en Derechos humanos*. 1999. s/e
- Rodríguez Carrión, Antonio. (2002). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: TECNOS 5ª. Ed.
- Reuter, Paul. (2001). *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, D; Martín, C, y Ojea, T. (1999). *La dimensión internacional de los Derechos Humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el Derecho interno*. Washington D. C: BID.
- Ruiz de Santiago, Jaime. (2003). *Derechos Humanos, Derecho de los refugiados: evolución y convergencias en Cancado Trindade, Antonio. Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México: Porrúa.
- Roccatti, Mireille. (1996). *Los Derechos Humanos y la Experiencia del Ombudsman en México*. México: CNDH.
- Seara Vasquez, Modesto. (1988) *Derecho Internacional Público*. 22ª. Edición. México D.F: Porrúa.
- *Seguridad pública. prevención del delito y derechos humanos: construyendo alternativas desde la sociedad civil y los organismos públicos de derechos humanos*. (2004). México, D .F: CDHDF.

- Schopenhauer, Arthur. (1998). *La libertad*. México: Ediciones Coyoacán.
- Sandoval, Emiliano. (2006). *La detención policial en México*. México: Ángel Editor.
- Tena Ramírez, Felipe (1975). *Derecho Constitucional Mexicano*. México D. F: Porrúa. 13ª. Edición.
- Villoro, Miguel. (1974). *Introducción al estudio del derecho*. Madrid: Porrúa, 2ª. Edición
- Villan, Carlos. (2006). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta.

Instrumentos Internacionales firmados y ratificados por México.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos [En línea] :
<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [En línea] :
<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea] :
<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. [En línea] :
<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-51.html>
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969. [En línea] :
<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. [En línea] : <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>

- Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. [En línea] :
http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/elections/CAT.SP.32%20_sp.pdf
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados:
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D42.pdf>
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer:
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D9.pdf>
- Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. [En línea] :
- Les Conventions de Genève du 12 aout 1949. CICR. 2009.
- Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 aout 1949. CICR. 2009

En Internet

- Amnistía Internacional. <http://www.amnistia.org.mx/>
- ----- *Resumen de las preocupaciones de Amnistía Internacional en México:*
<http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR41/037/2002>
- ----- *Informe 2008. El estado de los derechos humanos en el mundo:*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos:
<http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>
- Código Penal para el Distrito Federal:
<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/324/default.htm?s=>
- Código Penal Federal: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal: <http://www.cd hdf.org.mx/>

- Constitución Española: <http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978.html>
- ----- *Informe anual 2008. Situación de los derechos humanos de las mujeres en el Distrito Federal:*
http://directorio.cd hdf.org.mx/informes/2009/aldf/informe_anual_vol2.pdf
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Balance del 2000-2006 en materia de derechos humanos en México:*
<http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/balance00-06.pdf>
- ----- *Segundo Informe Especial sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad pública en nuestro país. (2008)*
- ----- *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos relativo a los hechos de violencia suscitados en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, el 28 de mayo del 2004, con motivo de la celebración de la III cumbre de América Latina, el Caribe y la Unión Europea:*
<http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/jalisco/index.htm>
- ----- *Informe Especial sobre los hechos sucedidos en la ciudad de Oaxaca del 2 de junio de 2006 al 31 de enero de 2007:*
<http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/preelAtenco.htm>
- Comité contra la Tortura. *Informe sobre México. CAT/C/75:*
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada. 6ª. Edición:
<http://info5.juridicas.unam.mx/libros>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>
- Conseil de l'Europe: <http://www.coe.int/>
- Comité Internacional de la Cruz Roja: <http://www.icrc.org/>
- Cámara de Diputados. LXI Legislatura. Gaceta Parlamentaria, número 2743-XIV. 23 de abril de 2009: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
- Centro Nacional de Comunicación Social A.C: <http://www.cencos.org/>
- Diario La Jornada: <http://www.jornada.unam.mx/>
- Diccionario de la Lengua Española: <http://www.rae.es/rae.html>
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984:
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf>

- Human Rights Watch. Informe *Impunidad Uniformada: Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública*. (2009):
<http://www.hrw.org/es/reports/2009/04/28/impunidad-uniformada>
- *Ley sobre la Celebración de Tratados*
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/> y
<http://www.un.org/spanish>
- ----- *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Sr. Dato'Param Coomaraswamy:
- ----- *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México*: <http://www.cinu.org.mx/temas/dh/detencion/G0216010pdf.pdf>
- ----- Comité de Derechos Humanos:
<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>
- ----- Comité de Derechos Humanos. *Observaciones finales al 4º informe periódico de México*. CCPR/C/79/Add.
- ----- Comité de Derechos Humanos. *CCPR/C/MEX/CO/5*:
- ----- *Manual de tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU*:
<http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/oaj/section1.html>
- ----- Guía de investigación. [http://www.un.org/spanish/hr/Organización de las Naciones Unidas. Bureau d'affaires juridiques. Collection de traités](http://www.un.org/spanish/hr/Organización%20de%20las%20Naciones%20Unidas.%20Bureau%20d%27affaires%20juridiques.%20Collection%20de%20traités):
<http://untreaty.un.org/ola/fr/>
- ----- *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*. 1 de octubre de 1999. A/54/426:
- ----- *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*. 23 de diciembre de 2003. E/CN.4/2004/56.
- ----- *Informe sobre México preparado por el Comité, en el marco del artículo 20 de la Convención, y respuesta del gobierno de México*".
- PRODH, RED TDT y otros. Informe: *Violaciones a la Convención Americana por la aplicación del fuero militar en casos de derechos humanos en México*. (2009): <http://centroprodh.org.mx/index1.htm>

- PRODH. *Informe. Asedio de los Derechos Humanos: Seguridad pública y justicia penal en México. (2008):*
http://centroprodh.org.mx/2008/publicaciones%202008/081017_Asedio_a_los_DH_FINAL.pdf
- ----- Informe *Atenco: Estado de derecha a la medida:*
http://centroprodh.org.mx/2008/index.php?Itemid=27&id=17&option=com_content&task=view
- ----- Informe *Seguridad Pública ¿Represión o protección?*
http://centroprodh.org.mx/2008/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=13&Itemid=27
- ----- Informe *¿Comandante Supremo? La ausencia de control civil sobre las Fuerzas Armadas al inicio del sexenio de Felipe Calderón. (2009):*
<http://www.centroprodh.org.mx/Publicaciones/InformeAbusosMilitaresCOMP090309.pd>
- Revista de la CEPAL, núm. 72. Diciembre de 2000:
http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_búsqueda=EJEMPLAR&revista_búsqueda=5188&clave_búsqueda=115071
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN>