

ISSN 1405-1451

revista

Jurídica Jalisciense



AÑO XXVIII NÚM. 61
JULIO-DICIEMBRE



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Ricardo Villanueva Lomelí

Rectoría General

Héctor Raúl Solís Gadea

Vicerrectoría Ejecutiva

Guillermo Arturo Gómez Mata

Secretaría General

CUCSH

Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades

CENTRO UNIVERSITARIO DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES

Juan Manuel Durán Juárez

Rector

Ana María de la O Castellanos Pinzón

Secretaria Académica

Xochitl Ferrer Sandoval

Secretaria Administrativa

Silvia Esther Álvarez Jiménez

Coordinadora de Extensión

María del Rosario Ortiz Hernández

Jefa de la Unidad Apoyo Editorial

José de Jesús Becerra Ramírez

Director de la División de Estudios

Jurídicos

Luis Antonio Corona Nakamura

Director – editor de la RJJ

revista

Jurídica Jalisciense

AÑO XXIX NÚM. 61

Julio-diciembre 2019

ISSN 1405-1451



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

2019

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE

División de Estudios Jurídicos pertenece a
la Asociación Nacional de Facultades y Escuelas
de Derecho (ANFADE) y a la Asociación de Facultades,
Escuelas e Institutos de Derecho de
América Latina (AFEIDAL).

División de Estudios Jurídico
Universidad de Guadalajara

Director y editor: Luis Antonio Corona Nakamura.

Corrección de este número:
Jorge Alejandro Hinojosa López.

Revista Jurídica Jalisciense es una revista orientada a la: Investigación y difusión de la Ciencia del Derecho y el fenómeno social. Año XXIX, Núm. 61, Julio-diciembre de 2019, publicación semestral de la Universidad de Guadalajara; a través del Programa de Maestría en Derecho, del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades con domicilio Av. de los Maestros 1060, col. Alcalde Barranquitas. CP 44260. Guadalajara, Jalisco, México, teléfonos 34 47 26 63 y 34 47 39 72, revistajuridicajalisciense@gmail.com y Editor responsable Luis Antonio Corona Nakamura. Reservas de derechos al uso exclusivo 04-2010-10181340800-102, ISSN: 1405-1451, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Impresa por: Kerigma Artes Gráficas, calle Pamplona 1136, colonia Santa Elena Alcalde, Guadalajara, Jalisco, México. Este número se terminó de imprimir en el mes de julio de 2019 con un tiraje de 200 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de Consejo Editorial de la publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización escrita de la Universidad de Guadalajara.

Publicación indizada en: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal: LATINDEX y en Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades: CLASE.

CONSEJO EDITORIAL

Luis Antonio Corona Nakamura
Director

José de Jesús Becerra Ramírez
Universidad de Guadalajara

Jorge Fernández Ruiz
*Universidad Nacional Autónoma de
México*

Irina Graciela Cervantes Bravo
Universidad Autónoma de Nayarit

Victor Alejandro Wong Meraz
*Universidad Autónoma del Estado de
México*

Raúl Montoya Zamora
*Universidad Juárez del Estado de
Durango*

José de Jesús Ibarra Cárdenas
*Instituto Tecnológico y de Estudios
Superiores de Occidente (ITESO)*

José Elías García Parra
*Universidad del Valle de Atemajac
(UNIVA)*

Adrián Joaquín Miranda Camarena
Universidad de Guadalajara

Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Universidad de Guadalajara

Marco Olivetti (Italia)

Eneida Desiree Salgado (Brasil)

Luis André Cucarella Galiana (España)

Índice

Presentación	9
Ensayo sobre Asuntos Críticos de la Vigencia y Preservación de los Derechos Humanos en América Latina	13
<i>Essay on Critical Issues of the Validity and Preservation of Human Rights in Latin America</i> Marcos Pablo Moloeznik	
Las resonancias en la Reforma Constitucional en Materia de Paridad	33
<i>The resonances in the Constitutional Reform on Parity</i> Mónica Aralí Soto Fregoso	
El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia interamericana	63
<i>Damage to the life project in the inter-american jurisprudence</i> Hans Jurado Parres María del Carmen Buenrostro Ramírez	

Justiça de transição: análises dos julgamentos da corte idh envolvendo o Brasil e soluções	85
<i>Sérgio Tibiriçá Amaral</i>	
<i>Maria Eduarda de Toledo Pennachi Tibiriçá Amaral</i>	
Apuntes para el análisis de la Justicia Transicional en el México actual: desde las agendas de conocimiento, de la sociedad civil y del Estado	119
<i>Notes for the analysis of Transitional Justice in present-day Mexico: from the agendas of knowledge, civil society and the State</i>	
<i>María Patricia González Chávez</i>	
A Força Formal Constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos	147
<i>Lucas Octávio Noya dos Santos</i>	
Transgresión a la autonomía financiera de los órganos Constitucionales Autónomos y sus consecuencias	181
<i>Transgression to the financial autonomy of the Autonomous Constitutional bodies and their consequences</i>	
<i>Luis Antonio Corona Nakamura</i>	
<i>Ana Lilia Iñiguez Contreras</i>	
Normas editoriales	207

Presentación

En este nuevo número de la Revista Jurídica Jalisciense los lectores tienen la oportunidad de tener en sus manos excelentes trabajos de investigación, realizados por académicos destacados, que tienen en común el compromiso insoslayable por realizar labores en pro de la generación de conocimientos en el campo de la ciencia jurídica. Además, es de resaltar las contribuciones especiales de profesores con origen más allá de nuestras fronteras nacionales, como los que en este número aparecen, que sin lugar a dudas fortalecen y enriquecen su contenido.

Así, se presenta el trabajo que realiza Marcos Pablo Moloeznik, quien presenta el Ensayo sobre Asuntos Críticos de la Vigencia y Preservación de los Derechos Humanos en América Latina, en el cual pone de manifiesto los enormes obstáculos y retos que tienen los derechos humanos para nuestro ámbito latinoamericano, sobre todo en lo que tiene que ver con la vigencia y prevalencia del Estado de derecho y la democracia. Lo cual también se concatena, con el artículo que comparte Mónica Aralí Soto Fregoso, al analizar un aspecto fundamental para la deliberación democrática actual, sobre todo en aquella de carácter sustancial, que supera la vieja idea de la democracia de procedimiento o plebiscitaria, para dar paso a la de contenidos y más incluyente e igualitaria, al abordar la temática sobre la Resonancia en la Reforma Constitucional en Materia de Paridad, especialmente aquellas decisio-

nes que han emanado de los órganos jurisdiccionales en materia electoral, como consecuencia de las nuevas adecuaciones constitucionales y que incidirán en el entramado reglamentario.

Por otra parte, Hans Jurado Parres y María Carmen Buenrostro deliberan en su artículo sobre El Daño al Proyecto de Vida en la Jurisprudencia Interamericana, como una nueva forma de aspirar a una reparación integral a las víctimas provenientes de violaciones humanas, por lo cual desarrollan como ha sido su evolución, construcción y alcances en el sistema interamericano. Así mismo, María Patricia González Chávez, hace un abordaje por demás relevante en Apuntes para el Análisis de la Justicia Transicional en el México actual: desde las agendas de conocimiento, de la sociedad y del Estado al realizar una aproximación teórica a dicha temática, desde como se ha abordado en el pasado las graves violaciones de derechos humanos y las actuales, para replantear el tránsito hacia un verdadero Estado democrático de derecho.

Es resaltar, los dos trabajos que provienen del habla portuguesa, el primero, de Sergio Tiberica Amaral y María Eduarda de Toleno Pennachi que analizan la Justicia de Transición: Análisis de dos casos ante la Corte IDH que involucra a Brasil y las soluciones, por lo que en particular abordan las resoluciones de los casos Vladimir Herzog y Gomes Lund dictados en contra del Estado Brasileño, partiendo desde el origen de las violaciones que ocasionaron para que llegará al máximo tribunal interamericano y las repercusiones para el ámbito nacional, en particular sobre la Ley de Amnistía, las respuestas y soluciones que dicta el Estado brasileño y si esto es compatible con propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y el segundo artículo que presenta Lucas Octávio Noya dos Santos sobre la Fuerza Jurídica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se hace una reflexión sobre el valor normativo de los tratados internacionales, en particular la referida Convención Americana y como esta sea inte-

grado al bloque o contenido de la Constitución nacional, por lo cual el Estado brasileño se encuentra sujeto a su observancia y cumplimiento.

Por último, a Luis Antonio Corona Nakamura y Ana Lilia Iñiguez Contreras, les fue aceptado la investigación realizada entorno a la Transgresión a la Autonomía Financiera de los Órganos Constitucionales Autónomos y sus Consecuencias, en el cual presentan una deliberación relevante para el constitucionalismo mexicano, reflexionando sobre como el fin inicial de equilibrio y contrapesos que dichos organismo generarían en relación con los demás poderes establecidos, pero que sin embargo, con el paso del tiempo tal aspiración se ha visto mermada precisamente por la presión financiera que vulnera su sentido de autonomía, según lo expresan los referidos autores.

Por todo lo anterior, el presente número de la Revista, integra contenidos muy relevantes para la deliberación académica de temas por demás actuales para nuestro país y el ámbito interamericano. Con la cual considero que este espacio creado y financiado por la Universidad de Guadalajara, en particular por el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, cumple claramente con sus objetivos trazados en el ámbito de la investigación y en buena medida contribuyendo a la excelente marcha de publicaciones periódicas como esta.

JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ
Director de la División de Estudios Jurídicos

Ensayo sobre Asuntos Críticos de la Vigencia y Preservación de los Derechos Humanos en América Latina

Essay on Critical Issues of the Validity and Preservation of Human Rights in Latin America

Marcos Pablo Moloeznik

Profesor-Investigador del Departamento de Estudios Políticos y Catedrático del Posgrado en Ciencia Política, en el CUCSH de la Universidad de Guadalajara.

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, España.

Investigador Nacional Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores y Profesor Perfil Deseable del Programa de Mejoramiento del Profesorado (PRODEP), Secretaría de Educación Pública, México. Correo electrónico: mmoloeznik@yahoo.es

RESUMEN: La contribución que se pone a consideración del lector persigue dar cuenta de los principales asuntos críticos que, en América Latina en general y, en México en particular, ponen en entredicho o cuestionan severamente la vigencia y preservación del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

Tal como su título lo pone de manifiesto, se pretende llevar a cabo un análisis de los obstáculos y condicionantes de mayor envergadura y calado que, como resabios de un pasado autoritario, persisten y dan al traste con la efectiva aplicación de los derechos humanos, incluso de primera generación.

Palabras clave: Derechos Humanos – Estado de Derecho – Asuntos críticos – América Latina – México

ABSTRACT: The contribution that is put to the reader's consideration seeks to account for the main critical issues that, in Latin America in general and, in Mexico in particular, call into question or severely question the validity and preservation of the rule of law, democracy and human rights.

As its title shows, it is intended to carry out an analysis of the obstacles and conditions of greater importance and depth that, as a result of an authoritarian past, persist and disrupt the effective application of human rights, including First generation

Key words: Human Rights - Rule of Law - Critical issues - Latin America - Mexico

Recibido: 01 marzo de 2019. Dictaminado: 21 de abril de 2019.

SUMARIO: A MANERA DE INTRODUCCIÓN. ASUNTOS CRÍTICOS DE LA VIGENCIA Y PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. 1. AUSENCIA DE UN PROYECTO DE NACIÓN. 2. DESBALANCE DE PODER. 3. IMPUNIDAD. 4. CORRUPCIÓN. 5. CULTURA DE LA TRANSGRESIÓN. 6. DEBILIDAD INSTITUCIONAL. 7. DOMINIO DEL SISTEMA DE DESPOJO. 8. VIOLENCIA ESTRUCTURAL. 9. AUTORITARISMO. 10. MECANISMOS DE DEFENSA LOCALES, NACIONALES E INTERAMERICANOS. *POST SCRIPTUM*. BREVES PALABRAS FINALES.

A manera de introducción

La contribución que se pone a consideración del lector persigue dar cuenta de los principales *asuntos críticos* que, en América Latina en general y, en México en particular, ponen en entredicho o cuestionan severamente la vigencia y preservación del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. Tal como su título lo pone de manifiesto, se pretende llevar a cabo un análisis de los obstáculos y condicionantes de mayor envergadura y calado que, como resabios de un pasado autoritario, persisten y dan al traste con la efectiva aplicación de los derechos humanos, incluso de primera generación.

Se trata de un ensayo, producto de la experiencia y vivencias de un académico de provincia, cuyas reflexiones se nutren de su conocimiento de la realidad regional y nacional que suelen colisionar con la legalidad.

Tal vez esto responda a que en la región los procesos de transición de regímenes autoritarios a regímenes democráticos se limitaron al advenimiento de gobiernos de alternancia que no quisieron, no pudieron o no supieron desmontar las instituciones, los mecanismos y reglas de juego heredadas del pasado histórico.

Asuntos críticos de la vigencia y preservación de los Derechos Humanos en América Latina

Lo paradójico es que, en el escenario regional, se presenta un desencanto generalizado con la democracia, que lejos está de haber dado respuesta a las expectativas y legítimas demandas ciudadanas.

En este marco, es posible identificar un *decálogo de asuntos críticos* que han impedido e impiden el pleno goce de los derechos humanos en la mayor parte de los Estados-nación de Latinoamérica.

1. Ausencia de un Proyecto de Nación

Los países de mayor tradición democrática se caracterizan por la fortaleza de su capital social, entendido como los valores e instituciones que le permiten a una sociedad funcionar en armonía. Esto se explica por *la existencia y vigencia de un Proyecto de Nación*, de un consenso en torno a las aspiraciones, cuando no utopías, objetivos e intereses nacionales, así como a los medios para la resolución de los grandes problemas nacionales. Dicho consenso suele estar consagrado en una Constitución o Ley Suprema de naturaleza rígida, es decir, cuyo texto difícilmente pueda ser reformado; o bien anclado en la costumbre, como el caso del Reino Unido de la Gran Bretaña. Se trata de un intangible en virtud del cual las grandes mayorías nacionales se identifican con un Proyecto de Nación e, incluso, están dispuestos a dar la vida en defensa del mismo.

En contraste, por ejemplo, en México, no está claramente presente un Proyecto de Nación; no hay una guía o fin al que la población aspire. La propia Carta Magna cae en una situación de esquizofrenia, ya que conviven un artículo 1º sumamente generoso en materia de derechos humanos, con las figuras del arraigo tratándose de la delincuencia organizada (léase, derecho penal de excepción o derecho penal del enemigo), la prisión preventiva (de la que se suele abusar y que da al traste

con el principio de presunción de inocencia) y el derecho de expulsión del territorio nacional de cualquier extranjero considerado pernicioso al presuntamente intervenir en los asuntos internos del Estado de conformidad con una interpretación discrecional del Poder Ejecutivo y sin ser sometido al debido proceso.

Es más, la flexibilidad de la Ley Suprema ha pavimentado, desde el 5 de febrero de 2017 a la fecha, poco más de 700 enmiendas y reformas, desconocidas por la mayoría de la población y que en general suelen erigirse en letra muerta, inaplicables e inaplicadas. En términos generales, se podría concluir que la mayor parte de los países de Latinoamérica carece de un Proyecto de Nación, y que la desigualdad social impide el logro de consensos entre sus integrantes y coadyuva a la desconfianza interpersonal dominante. Desigualdad que se reproduce en el aparato estatal si se comparan los ingresos y prestaciones de los altos funcionarios con la masa de los empleados al servicio del Estado.

2. Desbalance de Poder

Además, una de las condiciones básicas para poder hablar con propiedad de Estado de Derecho es el *balance o equilibrio de poder*, sustentado en la idea-fuerza de que “el poder para su ejercicio se divide en ejecutivo, legislativo y judicial”, que rechaza el principio de concentración del poder característico de las monarquías absolutistas y de los regímenes políticos totalitarios y autoritarios que concentran en una sola persona o entidad la suma del poder público. En general, América Latina se caracteriza por un Poder Ejecutivo fuerte en detrimento de los otros dos poderes, lo que da al traste con la célebre “Teoría de los Pesos y Contrapesos” desarrollada por Montesquieu en su obra “El Espíritu de las Leyes”. Así, el Presidente suele ser el primer legislador y el que decide tanto sobre la designación de los ministros del máximo órgano jurisdiccional del Estado, como sobre el nombramiento de los

jueces y magistrados a cargo de velar por esa cosa casi sagrada que es la justicia.

Si bien debe reconocerse que la figura presidencial no tiene el peso ni la discrecionalidad en la toma de decisiones que caracterizó a la mayor parte de la historia política contemporánea de la región, el presidencialismo continúa haciéndose presente, cuestionando severamente las facultades de los congresos o parlamentos y del propio Poder Judicial. La tendencia a la concentración del poder en el Ejecutivo, la amplitud de sus facultades constitucionales y extraconstitucionales, así como el ejercicio que del mismo se hace, sumados a sus vínculos con el partido político del que procede y forma parte, no contribuyen precisamente a la consolidación del Estado democrático de Derecho. Antes bien, suelen imponerse los intereses político-partidistas sobre la voluntad general del soberano. En algunos casos, incluso, independientemente de la ideología dominante, el Presidente ejerce su Poder mediante “decretos de necesidad y urgencia”; en otros, mediante el empeñamiento de militares y marinos en el ámbito de la seguridad ciudadana sin la necesaria declaratoria del estado de excepción, emergencia o de sitio consagrado constitucionalmente. Todo ello pone de relieve que, *de jure*, la población se encuentra bajo el manto protector del Estado de Derecho pero que, *de facto*, se impone el estado de excepción.

3. Impunidad

La debilidad institucional, cuando no el bajo nivel de profesionalismo del personal responsable, y la corrupción de los propios operadores del sistema de justicia penal, explican el elevado grado de impunidad promedio de América Latina, ubicado en torno al 97% de los delitos que llegan a conocimiento de las autoridades. Sin embargo, la mayoría de los crímenes no se denuncian, fundamentalmente porque las víc-

timas no confían en las instituciones de persecución del delito y de la impartición de justicia, o simplemente consideran una pérdida de tiempo recurrir a las mismas.

Ahora bien, la impunidad -entendida como la mayoría de los delitos que no son investigados, no son resueltos, ni van a acompañados por un castigo o sanción efectiva al transgresor- presenta otra acepción, cual es cuando un grupo minoritario de privilegiados -tales como políticos inescrupulosos, funcionarios que abusan de su autoridad y posición, empresarios evasores del fisco, entre otros- incurren en delitos graves -como traición a la Patria- aunque con la certeza de que *jamás llegará a tocarlos el “brazo largo de la ley”*.

En otras palabras, en el ámbito penal se reproducen las abismales diferencias sociales, se deja sin efecto el principio de igualdad ante la ley, y el manto protector del poder político exime a criminales de cuello blanco -incluyendo miembros de la propia clase política- de responder por sus actos ilícitos (como enriquecimiento inexplicable, cuando no al margen del marco normativo vigente), en gran medida, con nexos con el crimen organizado. De ahí que en el imaginario colectivo de Brasil y México cada vez más se imponga la idea de que “se gobierna para los ricos y los poderosos”.

Estos *intocables* envían un mensaje pernicioso al resto de la sociedad: que con dinero, poder y relaciones todo es posible, y contribuyen a la comisión de delitos bajo la justificación de que si aquellos incurren en conductas delictivas que suelen afectar significativamente al patrimonio nacional, por qué no cometer actividades ilegales para sobrellevar una vida no exenta de privaciones, lo que presuntamente gozaría de un mayor grado de legitimidad, de acuerdo a la visión de quienes cometen crímenes de mucha menor envergadura, como los de carácter patrimonial.

La impunidad también debe entenderse como la ausencia de castigo a los actores estatales que cometen violaciones graves de los derechos

humanos que afectan al denominado “núcleo duro” de los mismos, tales como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, privación de la libertad, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros; esto es, crímenes de lesa humanidad.

4. Corrupción

Adicionalmente, con la excepción de Chile, Costa Rica y Uruguay, otro común denominador que trasciende las especificidades nacionales en Latinoamérica es la corrupción, verdadero flagelo que atraviesa a la sociedad, a la economía y a la política en su conjunto. Cualquiera sea el método de medición y las encuestas de percepción de la corrupción, los resultados son inequívocos: se trata de un problema de naturaleza estructural que afecta al sistema social, económico y político, con un elevado costo económico y social, que socava a las instituciones básicas de la república y de la democracia.

Desde el más alto nivel de conducción política hasta lo más bajo en la escala social, la corrupción se extiende como un virus en el tejido social. Cabe destacar que la corrupción va más allá del desvío de recursos públicos y el pago de dádivas, ya que tiene que ver con la aceptación de cargos o posiciones públicas y privadas para los que se carece del perfil idóneo, los conocimientos mínimos y la trayectoria profesional, acorde a la responsabilidad de la encomienda. A la designación de personas por el sólo hecho de pertenecer a determinado grupo o guardar cierto parentesco o amistad, y hasta por el pago de favores sexuales.

La corrupción coadyuva a la pérdida de legitimidad de las autoridades y a la pérdida de confianza en las instituciones básicas, a la vez que atenta contra el pacto social y los valores consagrados en el marco normativo. En síntesis, la corrupción debilita sobremanera al capital social, que de esta manera se ve desgarrado por esta verdadera pandemia. La corrupción contribuye también a cuestionar severamente la

convicción de que la ley debe regular la vida colectiva y que, por ende, se debe respetar y hacer respetar. Dicho en otras palabras, la corrupción da al traste con la cultura de la legalidad, considerada como el principal antídoto contra la delincuencia organizada.

En tanto que especial atención y tratamiento merece la capacidad de corrupción del crimen organizado, en especial el narcotráfico, que penetra al aparato estatal y al tejido social y genera entre los menores de edad falsas expectativas de desarrollo que los lleva a abrazar, a muchos de ellos, carreras delictivas como proyecto personal de vida, bajo la consigna de “es preferible vivir 3 años como rey que 30 años como buey”, es decir, de un estilo de vida cortoplacista basado en la idea-fuerza de “vivir la vida loca”, de disfrutar intensamente pocos años de vida o de libertad, en lugar de desenvolverse en un medio de privaciones en el marco de la ley. Esta capacidad de corrupción del narcotráfico obliga a no pocos gobiernos a identificar a la delincuencia organizada como la principal amenaza a la seguridad nacional; esto es, como la amenaza sobre la integridad, estabilidad y permanencia del Estado, como el caso mexicano.

5. Cultura de la transgresión

Todo lo cual se enmarca en un sistema político, social y económico cuyo eje articulador gira alrededor de la cultura de la ilegalidad; es decir, la propia realidad impone abrazar una cultura de la transgresión. Si bien es cierto que cualquier persona puede discernir entre lo que es *derecho* (lo jus, lo justo) y lo que es *chueco* (injusto), porque “no se fabricar zapatos, pero sé si me quedan bien”; el escenario se ve dominado por el lema popular “el que no transa no avanza”, de la transgresión como medio para la supervivencia en un sistema cuyo engranaje viene dado por la corrupción. Este común denominador de la región encuentra, en parte, su explicación en la impunidad o ausencia de pe-

nalización de los victimarios o responsables de la comisión de un crimen. Se trata de una verdadera cultura de la transgresión en la que se persiguen intereses individuales o del grupo de pertenencia, al margen del interés general de la comunidad.

Si por una parte el artículo 17 constitucional prohíbe tomarse o hacerse justicia por propia mano (lo que cierra la posibilidad de la *vindicta privada*) o de utilizar la violencia para hacer valer los derechos, lo cierto es que el monopolio legítimo de la fuerza detentado por el Estado y consagrado en este artículo de la Ley Suprema de la nación, se ve conculcado de forma sistemática por grupos y sectores estatales y no estatales que recurren a la fuerza para obtener prevendas o ventajas para sus integrantes. Bajo la misma finalidad, se viene abriendo paso en el imaginario colectivo la reclamación lisa y llana de derechos sin contraprestación alguna; en otros términos, el reclamo de más derechos, pero sin el acompañamiento del cumplimiento de obligaciones que se desconocen o prefieren dejarse de lado.

El dominio de una cultura de la transgresión favorece el desarrollo de actividades delictivas y la aceptación de la corrupción, con todo lo que esto trae aparejado. Asimismo, afecta al Pacto Social y a los valores que permiten a la sociedad funcionar en armonía, ósea al capital social. En definitiva, la cultura de la transgresión, como antítesis de una cultura de la legalidad, contribuye a la permisividad social frente a conductas tipificadas como delitos, cuando no al silencio o a la complicidad de los ciudadanos.

6. Debilidad institucional

América Latina presenta sendos contrastes en lo que al aparato estatal se refiere, que van desde la fortaleza de Chile (vg. Carabineros y agencia civil de inteligencia) y Colombia (vg. Fuerzas Militares y Policía Nacional), hasta una innegable fragilidad en México (vg. Instituciones

policiales y agencias de Ministerio Público). Aunque, en general, la región se caracteriza por instituciones débiles y sin tradición. Entre los componentes que explican esta debilidad, destaca la propia debilidad, cuando no ausencia, de liderazgo y el abandono histórico del Estado sobre determinadas instituciones básicas.

Frente a pocas “islas de excelencia” estatales, se impone una mayoría de instituciones gubernamentales sin identidad ni mecanismos de carrera administrativa, escasamente profesionalizadas, carentes de protocolos de actuación, desgarradas por la irracionalidad en el proceso de toma de decisiones, con opacidad y al margen de rendición de cuentas al soberano. Los partidos políticos son, en gran medida, responsables de la debilidad del Estado, ya que al margen del color del partido en el poder, conciben y utilizan al aparato estatal como una agencia de empleo o colocaciones, destinada a dar respuesta a las lealtades político-partidista o de grupo e independientemente de cualquier consideración sobre perfiles e idoneidad del personal al servicio del Estado.

La debilidad institucional descansa tanto en el devenir histórico, en normas consuetudinarias no escritas, como en la propia idiosincrasia de los latinoamericanos; es decir, en la cultura política, en el desinterés por fortalecer a las instituciones básicas de la república y de la democracia, y en la falta de continuidad de proyectos, planes y programas, al hacer *tabla rasa* de toda la gestión anterior cuando asume un nuevo liderazgo gubernamental. La situación que guardan los poderes legislativo y judicial en América Latina son claro ejemplo de la debilidad institucional que, en general, caracteriza a la región.

Tampoco se debe dejar de citar al subsistema de ejecución de penas, que suele incumplir con la misión constitucional de reinserción o readaptación social, convirtiéndose las prisiones en verdaderos focos rojos amenazados por el autogobierno, los motines, y la dirección de actividades delictivas desde su seno; todo lo cual pone de manifiesto

el fracaso del Estado latinoamericano en el cumplimiento del fin teológico de la pena consagrado en casi todas las Constituciones de la región.

Por último, y no por ello de menor importancia, no debe soslayarse que el factor institucional es reconocido en los años recientes por los economistas como el de mayor relevancia al explicar la combinación de los factores de la producción y el crecimiento económico de las naciones. En ese sentido, Latinoamérica se encuentra en una situación de desventaja en comparación con otras regiones.

7. Dominio del Sistema de Despojo

No obstante, los sucesivos gobiernos de alternancia política, el clientelismo, el corporativismo y el nepotismo siguen siendo las notas dominantes del sector público en Latinoamérica. De donde la función pública, en general, responde al sistema de despojo, caracterizado por la libre designación y remoción de los funcionarios y servidores públicos.

En México, por ejemplo, difícilmente se pueda hablar de servicio civil de carrera o carrera administrativa tratándose de agentes de Ministerio Público (fiscales), policías (miembros de las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno) y peritos (auxiliares de la justicia tales como personal que se desempeña en los laboratorios del crimen, servicio médico forense y balística); puesto que estos tres colectivos de funcionarios públicos pueden ser libremente removidos de “incumplir con lo que establece el sistema nacional de seguridad pública” (SNSP) (artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución general de la República) y aunque esta separación haya sido injusta, en ningún caso procede la reinstalación, lo que se encuentra avalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Y es que el lector se encuentra frente a los “exámenes de control y confianza”, batería de seis exámenes de los cuales el polígrafo se erige en la “reina de las pruebas”, que se aplican a los integrantes de estos tres colectivos cada dos años, lo que significa que, sobre la cabeza de los agentes de Ministerio Público, policías y peritos, “pende la espada de Damocles”. Además, cuando se considera que cualquiera de estos incumple con lo establecido en el SNSP, la autoridad sólo tiene la obligación de hacerlo de su conocimiento sin brindar explicación alguna, y al margen del debido proceso, con lo que se le está quebrantando este componente del núcleo duro de los derechos humanos a los miembros de dichos colectivos.

De donde conviene insistir en que, en México, no es posible hablar de carrera ministerial, carrera pericial y/o carrera policial, porque no se respeta la seguridad y estabilidad laboral de estos tres colectivos de funcionarios públicos, ante la ausencia de un subsistema de garantías. En cualquier caso, cabe preguntarse qué incentivo puede tener un joven para optar por un desarrollo profesional en las procuradurías, servicios periciales o instituciones policiales, cuando el Estado ni siquiera está en condiciones de garantizarle la permanencia que es la característica esencial de un sistema de carrera administrativa y contemplándose la separación sólo como último recurso del empleador y bajo las reglas establecidas en el subsistema régimen disciplinario.

8. Violencia estructural

En otro orden, de aceptarse como indicador la tasa de homicidios intencionales por cada 100,000 habitantes que propone la Organización Mundial de la Salud (OMS), América Latina debe ser considerada como la región más violenta del orbe. Esta característica esencial es lo que nos diferencia y separa de otras regiones del mundo. En general, con la excepción del Cono Sur (Argentina, Chile y Uruguay) y de Costa Rica

y Nicaragua en Centroamérica, la violencia en Latinoamérica es endémica, por superar con creces la tasa de 10 por cada 100,000 habitantes. En el caso de México, tanto en números absolutos como en tasa de asesinatos por cada 100,000 habitantes, la tendencia es al alza, y 2018 fue el año más violento de las dos últimas décadas, incluso por encima de las cifras de 2011, considerado el año más letal de la administración encabezada por Felipe Calderón Hinojosa.

El llamado triángulo norte de América Central, en el que confluyen ámbitos territoriales de Honduras, El Salvador y Guatemala, es el de mayor letalidad; sólo comparable con Venezuela, cuya violencia es un componente de la crisis humanitaria por la que atraviesa la población de dicho Estado-nación, virtualmente colapsado.

Mientras que los expertos demuestran que la principal víctima de la violencia son los jóvenes comprendidos entre los 16 y los 25 años de edad, cuyo significado es que la región está dilapidando la ventaja comparativa del denominado *bono demográfico*. También la mayoría de los perpetradores se encuentran en dicho rango de edad.

Por su parte, la violencia estatal también se hace presente en lo que *Open Society* denomina “aberraciones innegables” y cuyo significado es la comisión de crímenes de lesa humanidad que, por su propia naturaleza, son de carácter imprescriptible. El proceso de militarización de la seguridad pública es, en gran medida, responsable de estos delitos de derecho de gentes considerados una ofensa contra la condición y dignidad humana. Se trata de la decisión del Presidente, en su calidad de comandante supremo de las fuerzas armadas, de recurrir a los militares y marinos para desempeñar misiones y funciones en el ámbito de la seguridad pública, es decir, de empeñar al instrumento militar -preparado para hacer la guerra y máxima intensidad del uso de la fuerza del Estado- en la dimensión de la seguridad ciudadana.

9. Autoritarismo

Raúl Alfonsín, a la sazón primer Presidente de la democracia argentina después de la derrota militar de la guerra de las Malvinas (abril-junio de 1982), acuña el término “enano fascista” para poner de relieve que, como legado histórico de gobiernos ajenos a la voluntad popular, todos tenemos un germen autoritario que suele plasmarse en pensamiento y actuaciones cotidianas.

Se trata de la antítesis de la tolerancia, que lleva por ejemplo a dirimir controversias mediante la violencia y la efusión de sangre; algunos lo interpretan como un asunto de carácter cultural, al argumentar que autoritarismo y violencia son las dos caras de la misma moneda, y que no se entiende una sin la otra.

Incluso, aquellas personas que se identifican con el denominado “progresismo”, suelen ser profundamente autoritarias. Ejemplo de ello es la reciente expulsión de un estudiante del Programa de Doctorado en Ciencia Política del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara, al margen del derecho de audiencia y defensa del inculcado por presunta falta de plagio, y por parte de la Junta Académica de dicho posgrado.

El autoritarismo responde también al presidencialismo dominante que da al traste con el balance o equilibrio de poder que demanda el Estado democrático de Derecho y a la injerencia que el Poder Ejecutivo suele tener sobre los otros dos poderes. La Ley de Seguridad Interior en México, por ejemplo, le confiere al Presidente la potestad de la Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior, al margen de obligarlo a solicitar autorización al Congreso de la Unión. El estilo autoritario de gobernar no respeta colores político-partidistas, ya que la sociedad latinoamericana es testigo de gobiernos conservadores y de centro-izquierda que, por igual, utilizan recursos de corte netamente autoritario. Menem y Kirchner en Argentina abusaron así de los llama-

dos “Decretos de Necesidad y Urgencia” a lo largo de sus respectivas gestiones.

10. Mecanismos de defensa locales, nacionales e interamericanos

Frente al quebrantamiento sistemático de los derechos fundamentales, cabe preguntarse sobre las instituciones y mecanismos de defensa de los mismos. Tratándose de los tres grandes países federales de la región, coexisten organismos públicos defensores de los derechos humanos en cada uno de los estados, entidades federativas o provincias, con una Defensoría de Derechos Humanos o Comisión Nacional de Derechos Humanos. Aquellos para atender quejas por presuntas violaciones de derechos humanos del ámbito local y estos últimos para hacer lo propio por quejas ciudadanas interpuestas por hechos protagonizados presuntamente por autoridades federales o del gobierno central.

En rigor y siguiendo a Efraín González Morfín (QEPD), la construcción de estas instituciones es como “fabricar muletas, en lugar de curar las piernas enfermas”, ya que es el Poder Judicial el que debe tender un manto de protección sobre la persona humana cualquiera sea su condición o estrato socio-económico. Son los jueces y magistrados los que tienen la delicada responsabilidad de hacer efectivo el goce de los derechos humanos, de su vigilancia y preservación, así como sanción a quienes lo quebranten.

Lamentablemente, no es el caso de América Latina, región en la que los órganos de impartición y administración de justicia no son independientes ni autónomos, ni cumplen con su obligación constitucional de ser un contrapeso a las actuaciones de los otros dos poderes, en especial el Ejecutivo.

De ahí la presión internacional de la que dimana la emergencia de organismos públicos defensores de los derechos humanos, cuyos titu-

lares, la mayoría de las veces, lejos están de velar por la vigencia de los derechos fundamentales.

Si el agraviado no queda conforme con las resoluciones judiciales ni con la intervención de los organismos públicos defensores de los derechos humanos, tiene el derecho de interponer un recurso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, D.C.), tiene la potestad de decidir si procede o no el recurso, lo que de por sí ya atenta contra el derecho al acceso a la justicia. De allanarse el camino, interviene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) que suele estar politizada, al responder su composición a negociaciones entre los propios países de la región.

Recapitulando, ni las autoridades judiciales ni los organismos públicos defensores de los derechos humanos, incluyendo el Pacto de San José de Costa Rica, garantizan en Latinoamérica la vigencia y preservación de los Derechos Humanos que la comunidad legítimamente reclama.

Por su parte, con la irrupción del sistema penal acusatorio o adversarial, procedente del sistema jurídico anglosajón, se desarrolla la institución de la Defensoría Pública para garantizar la defensa del presunto delincuente que carece de recursos como para contratar un bufete de abogados para su defensa. En algunos casos se crea un verdadero aparato burocrático costoso, como por ejemplo en la provincia de Santa Fe, Argentina. Lo curioso es que, por un lado, se hace hincapié en las garantías procesales y derechos del presunto delincuente y, por otro, prácticamente el Estado deja desprotegida a la víctima de los delitos, convirtiéndose así en el eslabón más abandonado del drama penal.

El diseño e implementación de este novedoso sistema superador del inquisitivo, inquisitorio o mixto, debe, por tanto, replantearse aspectos básicos tales como el tratamiento destinado a la víctima y los excesivos

beneficios reservados incluso a los delincuentes que suelen obtener libertades anticipadas más allá de sus antecedentes y trayectoria criminal, para continuar por la senda del delito.

Post Scriptum

A estos asuntos críticos que ponen en entredicho la vigencia del Estado de Derecho y el respeto escrupuloso de los derechos humanos se suma un conjunto de patologías del mundo jurídico. Se trata, siguiendo al profesor José Gabriel Paz de la Universidad del Salvador (Argentina) de *una crisis sin parangón en del mundo jurídico que abarca normas, sociedad y administración de justicia*. La misma responde a que el derecho se encuentra mutando peligrosamente hacia formas que le hacen perder su sustancia y su valor, puesto que al incorporar institutos que le son ajenos, alteran su naturaleza y su sentido esencial de orden regulatorio de la conducta humana en sociedad, sustentado en la equidad y la certeza jurídica.

En este marco, una de las principales patologías cada vez más presente, es la progresiva pérdida de valor del carácter de abstracción y generalidad de la ley, que garantizan la igualdad formal de quienes son los destinatarios de las normas. Así, frente a la igualdad ante la ley que otorga a las personas idéntico trato, sin permitir distinciones o privilegios de ninguna índole, se presenta una presión permanente de grupos corporativos y sectores, lo que motiva una masiva producción de normas orientada satisfacer a los diferentes intereses particulares de cada sector, con la consiguiente afectación del principio de generalidad. Con el consiguiente resultado de que los legisladores -sin considerar sus consecuencias- se han dado a la febril tarea de generar una desmedida profusión de normas, que satura a la sociedad con una injustificada hiperproducción de preceptos legales. Esa marea incontenible de normas -que en su mayoría son de carácter inestable-, entran en una dinámica de perpetuo cambio, lo que contrasta con la estabilidad

jurídica que en el tiempo otorga certeza jurídica, virtud fuertemente sostenida en el pasado, donde sólo algunas normas eran suficientes para regir por muchos años en una sociedad. Esta inestabilidad jurídica altera gravemente instituciones del derecho profundamente arraigadas en el mundo, muchas de ellas sostenidas en siglos de aplicación, con fundamento en el Derecho Romano y normas derivadas del Derecho Continental Europeo.

Breves palabras finales

En conclusión, el decálogo que se acaba de presentar no tiene otro significado que la indefensión de la persona humana en México, en particular, y el resto de Latinoamérica, en general, a la luz de una realidad signada por la violación sistemática de los derechos humanos y por la debilidad, cuando no la ausencia, de mecanismos efectivos y eficaces de defensa que garanticen su preservación.

Octavio Paz en una contribución titulada “La democracia en América Latina” (1982) advierte que no es lo mismo *adoptar* que *adaptar*. La mejor garantía y defensa de los derechos humanos reside en generar concepciones, modelos e instrumentos propios, que respondan a nuestra propia cultura e idiosincrasia pero que, por sobre todo, se encuentren cobijados en un Proyecto de Nación traducido en una Ley Suprema con la que se identifiquen las grandes mayorías nacionales.

En cualquier caso, aprender de buenas prácticas de terceros países no tiene otro significado que *adaptar* sus lecciones y enseñanzas a nuestra tradición jurídica y realidades, apostando por intangibles tales como el liderazgo, el fortalecimiento de las instituciones básicas de la república y la democracia, la cultura de la legalidad y, en general, la vigencia plena del Estado de Derecho.

Referencias Bibliográficas

Ensayo sobre Asuntos Críticos de la Vigencia y Preservación de los Derechos Humanos en América Latina / Marcos Pablo Moloeznik

González-Carvajal, Luis (2005) En defensa de los humillados y ofendidos. Los derechos humanos ante la fe cristiana Santander: Sal Terrae ISBN 84-293-1587-X.

González Uribe, Héctor (1988-1989). «Fundamentación filosófica de los derechos-humanos ¿personalismo o transpersonalismo?» (PDF). Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (19): pp. 325-341. ISSN 1405-0935. Consultado el 1 de octubre de 2007.

Pérez Luño, Antonio-Enrique (2006) La tercera generación de Derechos Humanos Navarra: Aranzadi ISBN 84-9767-640-8., pág. 33

Helio Gallardo, por ejemplo, hace referencia a cinco en Gallardo, Helio (julio/diciembre de 2003). «Nuevo Orden Internacional, derechos humanos y Estado de derecho en América Latina» (pdf). Revista Crítica Jurídica (22): 260, nota al pie n.º6. Archivado desde el original el 29 de septiembre de 2007. Consultado el 20 de junio de 2007.

Las resonancias en la Reforma Constitucional en Materia de Paridad

The resonances in the Constitutional Reform on Parity

Mónica Aralí Soto Fregoso

Magistrada de la Sala Superior del Tribunal Electoral

Del Poder Judicial de la Federación

RESUMEN: La reforma constitucional en materia de paridad de género es resonancia de algunas de las decisiones adoptadas de manera previa por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El análisis de los temas sobre los que incide dicha reforma, dentro del marco de los criterios emitidos en el ámbito jurisdiccional, de cierto modo, anticipa las dimensiones que la paridad de género posiblemente tenga en la inminente adecuación legal que los Congresos Federal y locales realizarán en la legislación electoral secundaria.

Palabras clave: Paridad, representación, elecciones.

ABSTRACT: The constitutional reform regarding gender parity is a resonance of some of the decisions previously taken by the Federal Electoral Court of México. The analysis of the issues on which such reform affects, within the framework of the criteria issued in the jurisdictional scope, in a certain way, anticipates the dimensions that gender parity may have in the imminent legal adaptation that the Federal and local Congresses will carry out in secondary electoral legislation.

Keywords: Parity, representation, elections.

SUMARIO: I. PREÁMBULO. II. LENGUAJE INCLUYENTE. III. LA REPRESENTACIÓN INDÍGENA EN LOS AYUNTAMIENTOS. IV. DERECHO DE LA CIUDADANÍA A SER VOTADA EN CONDICIONES DE PARIDAD. V. INTEGRACIÓN PARITARIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES LOCALES. VI. LA PARIDAD EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS. VII. LA INTEGRACIÓN PARITARIA DE LAS ESTRUCTURAS PARTIDISTAS. VIII. POSTULACIÓN PARITARIA DE CANDIDATURAS EN LAS LISTAS FEDERALES DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. IX. LA PARIDAD EN LA CONFORMACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS. X. CONCLUSIONES. ANEXO. FUENTES CONSULTADAS.

Recibido: 14 de abril de 2019. Dictaminado: 27 de mayo de 2019

I. Preámbulo

Las elecciones federales realizadas en el marco del proceso comicial 2017-2018, para la renovación de la integración de las Cámaras del Congreso de la Unión, dieron como resultado que las mujeres ocuparan el 48.20% de las diputaciones, y el 49.20% de las senadurías (INMUJERES, 20

Varios factores influyeron en la actual conformación del cuerpo legislativo federal, no obstante, el registro paritario de las fórmulas de candidaturas de mayoría relativa, así como la elaboración de listas de diputaciones y senadurías de representación proporcional, sujetas a lineamientos de paridad y alternancia, constituyeron elementos básicos a partir de los cuales, los resultados electorales obtenidos en las candidaturas registradas repercutieran directamente en el acceso de las mujeres a las curules federales.

Desde la perspectiva de la doctrina, la representación política ha sido dividida en *descriptiva* y *sustantiva*. Con este enfoque, la representación descriptiva es la similitud entre los representantes y los representados. Mientras que la representación sustantiva se refiere a la congruencia entre las acciones de los representantes y los intereses de los representados, es decir, que los intereses de los representantes se identifiquen con los de la comunidad, lo que se obtiene si aquéllos forman parte del público al que sirven (Fenichel, 1985: 92 y 223).

La actual representación que supera la masa crítica mínima del 35% de participación de mujeres en el órgano legislativo federal, por supuesto que irá de la mano de la realización de un cambio en las decisiones y en la renovación de la vida política (Comité CEDAW, 1997: párr.16). Con este panorama, cabe hacer notar que uno de los grandes avances suscitados durante la denominada “Legislatura de la paridad de género” es el Decreto por el que se reforman los artículos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos en materia de paridad entre géneros, que se publicó el 6 de junio de 2019 en el Diario Oficial de la Federación, dado que con ella se asegura al menos la presencia de un 50% de mujeres en los espacios públicos y de toma de decisiones.

Si bien, se encuentran pendientes las adecuaciones legales, administrativas y orgánicas tendentes a la materialización de la paridad de género, en el período temporal precisado en los artículos Segundo, Tercero y Cuarto Transitorios del Decreto en cita (CPEUM, 2019)¹; es de resaltar que la reforma constitucional en materia de paridad se suscitó en temas importantes provenientes de criterios y precedentes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Véase Anexo 1). Este entorno jurídico, en cierta medida, hace previsible la repercusión que las modificaciones realizadas a los preceptos de la Carta Magna, en su momento, tendrán en la legislación electoral secundaria.

En tal virtud, el presente artículo hace un repaso de los razonamientos judiciales significativos que se enlazan al contenido de la reforma de que se trata, con la precisión de que el análisis se encuentra enfocado únicamente en las disposiciones vinculadas a la materia político electoral.

II. Lenguaje incluyente

En el Dictamen de las Comisiones Unidas de: Puntos Constitucionales, para la Igualdad de género y, de Estudios Legislativos (CUPCIGEL), sus integrantes reconocieron *“la importancia de reformar la Constitución Política [...] para que exista en ella un lenguaje incluyente, que permita visibilizar la participación paritaria de las mujeres en la vida pública y*

-
1. Los transitorios disponen que el Congreso de la Unión deberá, en un plazo improrrogable de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto, realizar las adecuaciones normativas correspondientes a efecto de observar el principio de paridad; y que las legislaturas estatales, en el ámbito de su competencia, realizarán las reformas respectivas para la observancia de dicho principio.

política del país.” Con relación a este tema, cabe recordar que uno de los primeros asuntos en el que hubo un examen y pronunciamiento de fondo sobre el tema del lenguaje incluyente fue el relacionado con dos candidatas que impugnaron la publicidad dirigida a la promoción del voto por parte del Instituto Electoral del Estado de Puebla, en el proceso electoral local 2015-2016 (SUP-JDC-1619/2016 y acumulados).

La sentencia dictada sirvió de precedente para una tesis relevante (“LENGUAJE INCLUYENTE. COMO ELEMENTO CONSUSTANCIAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PROPAGANDA ELECTORAL.”) en la que se sostuvo que la propaganda electoral debe promover el empleo de un lenguaje que no aliente desigualdades de género, a las que históricamente se han visto sujetas las mujeres, para garantizar el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, a través de la utilización de un elemento consustancial de ese principio, como es el uso de un lenguaje incluyente. Lo cual encuentra consonancia con la obligación constitucional y convencional de garantizar de forma efectiva la participación política de las mujeres en condiciones de equivalencia con los hombres, y lograr su inclusión plena en la vida democrática del país, a través de mecanismos eficaces e idóneos, como es la utilización del lenguaje incluyente, en todos los órdenes de la sociedad (TEPJF, 2016b: pp. 95 y 96).

Es inconcuso que el lenguaje incluyente constituye un eje que reviste de importancia a los derechos de las mujeres a la igualdad y la no discriminación. El uso del lenguaje incluyente constituye una premisa ineludible en la elaboración de sentencias dictadas por las diversas Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pese a que el artículo 22 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que establece los requisitos que deben contener las resoluciones jurisdiccionales en la materia, es omisa al respecto.

III. La representación indígena en los ayuntamientos

De conformidad con el marco constitucional, las personas integrantes de los pueblos y las comunidades indígenas ejercen su representación de dos formas: una, que se manifiesta en los órganos internos de autogobierno; y otra, que se despliega en los ayuntamientos localizados en municipios con población indígena. Con relación a los cuerpos colegiados de autogobierno indígena, es de hacer hincapié en que se regulan en la fracción III² del Apartado A, del artículo 2 constitucional: Tienen la particularidad de que sus integrantes se eligen o designan mediante sistemas normativos internos, y la población les reconoce autoridad, de acuerdo con sus sistemas normativos³. En lo concerniente a la representación de la población indígena en los ayuntamientos, la reforma a la fracción VII del Apartado A del artículo 2 de la Constitución Federal estipuló lo siguiente: “Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables.”

Al respecto, cabe precisar que los municipios son la base de la división territorial y de la organización política y administrativa de los estados, y cada uno de ellos es gobernado por un ayuntamiento. Por así disponerlo el ordenamiento constitucional (CPEUM, 2019: art 115), el número de integrantes de cada ayuntamiento, incluyendo a quienes representarán a las personas indígenas, se determinarán en la ley. En este sentido, las repercusiones de la reforma constitucional en materia

-
2. “Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad...”
 3. El artículo 2, párrafo cuarto, de la CPEUM dispone: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.”

de paridad -con relación a la representación de la población indígena en los ayuntamientos-, llevará a que la legislación electoral aplicable garantice la presencia paritaria de representantes indígenas, esto es, a disponer el número de personas que la harán efectiva, lo que lleva a suponer que, para hacer factible la paridad, es menester que se establezca una representación mínima de dos personas, o bien, una cuya designación esté sujeta a la alternancia de género.

Ahora bien, en términos generales, las elecciones de los integrantes del ayuntamiento se sujetan a las disposiciones legales expedidas para tal efecto, sin embargo; es de hacerse notar que la designación de las personas que ostentarán la representación indígena paritaria en un ayuntamiento, invariablemente, estará sujeta al sistema normativo mediante el cual, la comunidad de que se trate designe de manera interna a sus representantes.

Lo anterior es así, pues la reforma constitucional en materia de paridad, de ningún modo afectó el reconocimiento y la garantía del derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para, entre otras cuestiones, designar representantes ante los ayuntamientos. Este argumento guarda correspondencia con la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2015 (SUP-JDC-1714/2015), en la cual, se dejó sin efectos la designación de regidores étnicos propietario y suplente para el municipio de Benito Juárez, Sonora, llevada a cabo por el Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de esa entidad, debido a que ese nombramiento debía realizarlo la propia comunidad, de conformidad con su sistema normativo interno (TEPJF, 2015e).

Inclusive, esta determinación es el primer precedente de una tesis (“REGIDURÍA INDÍGENA. LA AUTORIDAD ELECTORAL DEBE ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA CONOCER LA VOLUNTAD DE LA COMUNIDAD ANTE LA INCERTIDUMBRE SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA PROPUESTA (LEGISLACIÓN DE SONORA.”) que se pronuncia en el sentido

de que la institución de las regidurías étnicas o indígenas constituye una forma o variante en los municipios con población indígena para elegir representantes ante los ayuntamientos, cuyo propósito es fortalecer su participación en tales órganos de gobierno de conformidad con sus tradiciones y normas internas, garantizando la participación de hombres y mujeres en condiciones de igualdad; y se razona que la designación de la regiduría étnica deriva del derecho a la autonomía y autodeterminación de las comunidades y pueblos indígenas y, por tanto, corresponde a sus autoridades definir el procedimiento o autoridad encargada de la designación de sus regidurías y de comunicarlo a las autoridades electorales (TEPJF, 2016a: pp. 126, 127 y 128).

No está por demás precisar que la reforma constitucional dejó intacto el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a designar de acuerdo con sus normas, prácticas y procedimientos tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, previstas en la fracción III, del Apartado A del artículo 2 del Pacto Federal, garantizándose así, la composición pluricultural nacional reconocida en el propio ordenamiento constitucional.

IV. Derecho de la ciudadanía a ser votada en condiciones de paridad

Con motivo de la reforma en materia de paridad, el artículo 35, fracción II, del Pacto Federal, en la parte que interesa, indica que son derechos de la ciudadanía: “Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley”. Sobre este derecho, vale la pena hacer referencia a dos criterios jurisprudenciales.

El primero (“PARIDAD DE GÉNERO. DEBE OBSERVARSE EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS PARA LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR FEDERALES, ESTATALES Y MUNICIPALES.”),

refiere que la interpretación sistemática y funcional del derecho a la participación política en condiciones de igualdad, a la luz de la orientación trazada por el principio *pro persona*, reconocido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; lleva a considerar que la inclusión del postulado de paridad en el artículo 41 de la norma fundamental, tratándose de candidaturas a legisladores federales y locales, se enmarca en el contexto que delinean los numerales 2, 3, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 23, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3 y 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; I, II y III, de la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer; 4, inciso j, y 5 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: esquema normativo que conforma el orden jurídico nacional y que pone de manifiesto que la postulación paritaria de candidaturas está encaminada a generar de manera efectiva el acceso al ejercicio del poder público de ambos géneros, en auténticas condiciones de igualdad.

Esta jurisprudencia también señala que el principio de paridad emerge como un parámetro de validez que dimana del mandato constitucional y convencional de establecer normas para garantizar el registro de candidaturas acordes con tal principio, así como medidas de todo tipo para su efectivo cumplimiento, por lo que debe permear en la postulación de candidaturas para la integración de los órganos de representación popular tanto federales, locales como municipales, a efecto de garantizar un modelo plural e incluyente de participación política en los distintos ámbitos de gobierno (TEPJF, 2015d: pp. 24, 25 y 26).

Este criterio forma parte de las consideraciones del Dictamen de las Comisiones Unidas que preceden a la reforma constitucional en materia de paridad (CUPCIGEL: p. 13).

El segundo criterio (“PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MA-

YOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES.”) refiere que, de la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1º, párrafo quinto, 4º y 41, Base I, párrafo segundo de la Constitución Política Federal; 1, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 4, inciso j), 6, inciso a), 7, inciso c), y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 1, 2, 4, numeral 1, y 7, incisos a) y b) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; II y III de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, se advierte que la paridad y las acciones afirmativas de género tienen entre sus principales finalidades: 1) garantizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres, 2) promover y acelerar la participación política de las mujeres en cargos de elección popular, y 3) eliminar cualquier forma de discriminación y exclusión histórica o estructural.

Por ende, aunque en la formulación de las disposiciones normativas que incorporan un mandato de postulación paritaria, cuotas de género o cualquier otra medida afirmativa de carácter temporal por razón de género, no se incorporen explícitamente criterios interpretativos específicos, al ser medidas preferenciales a favor de las mujeres, deben interpretarse y aplicarse procurando su mayor beneficio. Lo anterior exige adoptar una perspectiva de la paridad de género como mandato de optimización flexible que admite una participación mayor de mujeres que aquella que la entiende estrictamente en términos cuantitativos, como cincuenta por ciento de hombres y cincuenta por ciento de mujeres.

Asimismo, en el criterio se razona que una interpretación de tales disposiciones en términos estrictos o neutrales podría restringir el principio del efecto útil en la interpretación de dichas normas y a la finalidad de las acciones afirmativas, pues las mujeres se podrían ver limitadas para ser postuladas o acceder a un número de cargos que exce-

dan la paridad en términos cuantitativos, cuando existen condiciones y argumentos que justifican un mayor beneficio para las mujeres en un caso concreto (TEPJF, 2018b: pp. 26 y 27).

En lo concerniente al derecho de las mujeres ciudadanas de ser postuladas a un cargo de elección popular, la jurisprudencia electoral ha definido que cuentan con interés legítimo para acudir a solicitar la tutela del principio constitucional de paridad en la postulación de candidaturas (“INTERÉS LEGÍTIMO. LAS MUJERES LO TIENEN PARA ACUDIR A SOLICITAR LA TUTELA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARIDAD DE GÉNERO EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR.”). Esto, en atención a que cuando se trata de impugnaciones relacionadas con medidas vinculadas al derecho fundamental de paridad de género cualquiera de ellas cuenta con interés legítimo para solicitar su tutela y acudir a juicio, tomando en cuenta, en primer lugar, su pertenencia al grupo colectivo a favor del cual se pretende la instauración de la medida alegada; y en segundo, el perjuicio real y actual que genera en las mujeres al pertenecer al grupo que histórica y estructuralmente ha sido objeto de discriminación, incluso cuando la norma no confiere un derecho subjetivo o la potestad directa de reclamarlo (TEPJF, 2015b: pp. 18, 19 y 20).

Adicionalmente, cabe tener en cuenta una sentencia en la cual se determinó confirmar las providencias de la Presidencia de un partido político, que aprobaron para garantizar la paridad de género, en relación con los municipios reservados para postular mujeres a los cargos de elección popular (SUP-JDC-35/2018 y acumulados).

En sus demandas, las partes actoras reclamaron la violación de su derecho a ser votado, ya que se le privaba de la posibilidad de ser reelectos en los cargos de elección popular municipales que desempeñaban, más aún cuando se pudieron reservar otros municipios en los cuales era inexistente la posibilidad de reelección al no ser gobernados por el partido político en que militaban. En la sentencia, se expuso que

la determinación impugnada era una medida adecuada y racional para garantizar la paridad de género, de manera armónica con la aptitud o posibilidad de reelección de quienes ejercen cargos de elección popular, ya que la circunstancia de resultar electo como presidente municipal para un periodo constitucional no implicaba que, en automático, se adquiriera el derecho a ser postulado nuevamente para un periodo posterior.

Se razonó que la reelección no tiene el alcance para quien ya ocupa un cargo de elección popular a ser registrado en la misma candidatura, por lo que puede afectarse, al no tener primacía en abstracto sobre la paridad ni el principio de autodeterminación de los partidos (TEPJF, 2018d). Como se puede observar, los pronunciamientos jurisdiccionales que son resonantes en la reforma constitucional, atendiendo al principio de progresividad y no regresión de los derechos humanos, seguramente incidirán en la adecuación de la legislación secundaria que en su momento realicen los órganos legislativos federal y locales.

V. Integración paritaria de los órganos jurisdiccionales locales

El segundo párrafo reformado del artículo 41 de la Ley Suprema, dispone: “La ley determinará las formas y modalidades que correspondan, para observar el principio de paridad de género en los nombramientos de las personas titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal y sus equivalentes en las entidades federativas. En la integración de los organismos autónomos se observará el mismo principio.” De manera inicial, es de mencionar que el sentido de la reforma constitucional de referencia estriba en que, con independencia de sus funciones y de manera general, en su integración, los organismos autónomos, tanto del plano federal como de las entidades federativas, observarán el principio de paridad.

Cabe apuntar, que desde la reforma constitucional de 2014, los tribunales electorales locales son constitucionalmente autónomos, lo cual queda de manifiesto en el artículo 105 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIEPE, 2017), al disponer que son órganos jurisdiccionales especializados en materia electoral de cada entidad federativa, que gozarán de autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento e independencia en sus decisiones; que deberán cumplir sus funciones bajo los principios de certeza, imparcialidad, objetividad, legalidad y probidad; y que no estarán adscritos a los poderes judiciales de las entidades federativas. De ahí que actualmente los tribunales electorales locales, en su calidad de órganos autónomos, se deban integrar conforme al principio constitucional de paridad.

Previo a la entrada en vigor de reforma constitucional en materia de paridad, se resolvió un juicio de la ciudadanía (SUP-JDC-2012/2016) entablado por dos mujeres candidatas en el proceso de selección, para controvertir del Senado de la República, la designación de una magistrada y cuatro magistrados como integrantes del Tribunal Electoral del Estado de Nayarit, por transgredir el principio de paridad en su conformación.

Ahí se razonó que, si bien el órgano legislativo no está sujeto a una obligación legalmente expresa para integrar los órganos judiciales electorales de manera paritaria, lo cierto es que sí está obligado convencionalmente a valorar la pertinencia de medidas afirmativas que garanticen que la designación de magistraturas se desarrolle de manera igualitaria, sin mediar ningún tipo de discriminación estructural.

Se expuso que, como parte de su facultad para designar magistraturas, el Senado deberá analizar el contexto bajo el cual se da cada proceso de designación, y en caso de considerar que existe una situación de desigualdad que podría impedir el adecuado acceso a las mujeres a estos cargos, deberá diseñar e implementar las acciones afirmativas que considere suficientes y necesarias para garantizar que el proceso

se siga bajo condiciones formales y sustanciales de igualdad; por lo que la aplicación de este tipo de acciones que garanticen la designación de magistraturas del género femenino, no supondría un trato desigual entre hombres o mujeres, pues ello atendería a un determinado contexto de desigualdad estructural (TEPJF, 2017b). Relacionado con el caso citado, se encuentra la sentencia dictada en un diverso juicio de la ciudadanía (SUP-JDC-560(2018 y acumulados), promovido contra el nombramiento realizado por el Senado de la República, en favor de una persona del género masculino, para integrar el órgano jurisdiccional en materia electoral en el estado de Tlaxcala, en el cual se hizo valer la vulneración del principio de igualdad sustantiva y paridad de género, y el deber de implementar acciones necesarias para garantizar la igualdad material entre hombres y mujeres.

En este asunto se razonó que, las magistraturas son un tipo de empleo público, y como en todo empleo, las oportunidades de acceso y promoción deben distribuirse en condiciones de igualdad. Se expuso que el género se vuelve una categoría relevante para evaluar la situación de discriminación de las mujeres en el acceso y promoción dentro del poder judicial; y que las magistraturas también representan el ejercicio del poder político, por lo que la reparación de la exclusión de las mujeres en el ejercicio de este poder se torna en una exigencia de igualdad política. En este sentido, se concluyó que todas las autoridades del Estado mexicano, incluido el Senado de la República, tienen la obligación de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y, en consecuencia, deben establecer las acciones afirmativas que consideren necesarias para contrarrestar el contexto de desigualdad bajo el cual se pudiera desarrollar un determinado proceso de designación (TEPJF, 2019d).

Un tema coincidente en ambos casos lo es la referencia a las acciones afirmativas, también conocidas como medidas especiales de carác-

ter temporal (ONU, 1979: art. 4), y sobre las cuales, el Tribunal Electoral ha emitido criterios de jurisprudencia y tesis (Véase Anexo 2).

Es de hacerse notar que existe criterio de jurisprudencia (“PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES.”) en el cual se expone que dichas medidas habrán de implementarse, con el objeto de lograr la conformación paritaria de los órganos jurisdiccionales locales. Lo anterior, porque al constituir medidas preferenciales en favor de las mujeres, su interpretación y aplicación debe llevar a procurarles un mayor beneficio (TEPJF, 2018b: pp. 26 y 27). En este sentido, las acciones afirmativas son un mecanismo dirigido a lograr la igualdad sustantiva de la mujer y, por consiguiente, serán imprescindibles cuando sea necesario hacer eficaz el principio constitucional de la paridad.

Sin embargo, con relación a la integración paritaria de los órganos jurisdiccionales locales, entre otros, siguen al menos pendientes, los temas siguientes: El primero se relaciona con la alternancia de la designación de personas de un género, para el desempeño de una magistratura, examinado al resolverse el expediente SUP-JDC-1622/2019 (TEPJF, 2019b). Por regla general, los órganos colegiados jurisdiccionales se integran con un número non de personas. Esta circunstancia trae como consecuencia que, invariablemente, alguno de los géneros tendrá una representación, superior en uno, con relación al otro. En este sentido, si la designación de integrantes se estabiliza en beneficiar a un solo género, esto también llevaría a la estabilidad de la subrepresentación del otro.

Por lo tanto, ligado al principio de paridad, el mecanismo de la *alternancia dinámica* cobra relevancia si se trata de la designación de quienes conformarán un órgano impar, al reforzar su objeto y fin, ya que si de conformidad con una designación previa, un género conformaba el mayor número de integrantes, ello llevará a que el nombramiento

posterior permita conferir la mayoría al otro género, haciéndose la rotación en los subsecuentes.

El segundo tema pendiente lo es la alternancia de las presidencias de los órganos jurisdiccionales electorales (SUP-JDC-505/2018) (TEPJF, 2018c). Con relación a este tema, es de resaltar que la alternancia de los géneros en la designación de las responsabilidades públicas se traduce en una herramienta de origen normativo que asegura que ninguno de ellos deje de tener el derecho de participar, en las mismas condiciones que el otro; esto es, la colaboración alternada de hombres y mujeres, en todos los ámbitos a que se refiere la política para lograr la igualdad formal y material respecto de la efectiva y real práctica de derechos fundamentales. La finalidad de la alternancia es lograr la participación equilibrada de las mujeres dentro de los cargos de gobierno, en todos niveles, tanto como titulares como suplentes, siempre dentro de una perspectiva de igualdad.

VI. La paridad en la postulación de candidaturas

La reforma constitucional de 2014 estableció en el artículo 41 la obligación de los partidos políticos de establecer reglas tendentes a garantizar la paridad en la postulación de sus candidaturas. Sobre esta disposición, la Sala Superior ha sostenido (“PARIDAD DE GÉNERO. DEBE OBSERVARSE EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS PARA LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR FEDERALES, ESTATALES Y MUNICIPALES.”) que ese mandato de paridad pone de manifiesto que la postulación paritaria de candidaturas debe permear en la integración de los órganos de representación popular tanto federales, locales como municipales, a efecto de garantizar un modelo plural e incluyente de participación política en los distintos ámbitos de gobierno (TEPJF, 2015d: pp. 24, 25 y 26).

Por otro lado, en un medio de impugnación resuelto en 2015 (SUP-REC-115/2015), que constituye el primer precedente de una jurisprudencia vigente (“paridad de género. estándares mínimos para su cumplimiento en la postulación de candidaturas a través de una coalición.”), se señalaron los estándares mínimos para el cumplimiento del mandato constitucional de paridad de género por los partidos políticos cuando contienden mediante una coalición, los cuales son: 1. Cada partido debe observarlo en la totalidad de sus postulaciones y su verificación debe hacerse en lo individual; 2. Las coaliciones deben cumplir también con el mandato de paridad en todas sus postulaciones; y 3. Debe considerarse el tipo de coalición para definir la manera de cumplir con el mandato de paridad.

Con apoyo en lo anterior, se razonó en el sentido de que, tratándose de una coalición flexible o parcial se debe observar lo siguiente: i. La coalición debe presentar sus candidaturas paritariamente, para lo cual no es necesario exigir que cada uno de los partidos políticos registre el mismo número de mujeres y hombres en las postulaciones que le corresponden dentro de la asociación; y ii. Los partidos coaligados deben presentar de manera paritaria la totalidad de sus candidaturas, lo que implica que la suma de las que se presentan a través de la coalición y de forma individual resulte al menos la mitad de las mujeres.

Por otra parte, en el supuesto de una coalición total, cada partido coaligado debe postular de manera paritaria las candidaturas que le corresponden al interior de la asociación, pues esta es la única manera de cumplir con el mandato de postulación paritaria en lo individual (TEPJF, 2019a: pp. 19, 20 y 21). Dentro de estas líneas generales, la reforma constitucional en materia de paridad dispuso de manera expresa que, en la postulación de sus candidaturas, se observará el principio de paridad de género por parte de los partidos políticos, lo cual, es una constante que ha estado presente a partir de la reforma constitucional de 2014.

VII. La integración paritaria de las estructuras partidistas

La reforma constitucional en materia de paridad de 2019, impactada en el párrafo segundo de la Base I del artículo 41, entre otras cuestiones, dispuso como fin de los partidos políticos: “fomentar el principio de paridad de género”. Una de las acciones partidistas relacionadas con este fin es la observancia del principio de paridad en la integración de las estructuras internas. Alrededor de este tópico, cabe recordar que la reforma constitucional de 2014 dispuso el deber de los partidos políticos de observar la paridad entre los géneros en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular.

Al resolverse un juicio ciudadano (SUP-JDC-369/2017 y acumulados) entablado por militantes de un partido político para controvertir diversos actos y omisiones atribuidas a diferentes órganos partidistas, relacionados con la renovación de los entes directivos nacionales (TEPJF, 2017a), se vinculó ese mandato constitucional, con la disposición que cataloga a los partidos políticos como entidades de interés público, de participación política, democráticos, y plurales, lo que llevó a determinar que los partidos políticos también se encuentran obligados a observar la paridad de género en su integración.

Al respecto, se razonó que el deber de los partidos políticos de integrar de forma paritaria sus órganos de dirección interna deriva de que: I. Los artículos 3, párrafo 3 y 37, párrafo 1, inciso e), de la Ley General de Partidos Políticos imponen a los institutos políticos la obligación de buscar la participación efectiva de ambos géneros en la integración de sus órganos, y asegurar la representación equilibrada entre mujeres y hombres en sus estructuras internas; y II. Si bien esas normas no definen cómo asegurar una representación equilibrada, puede acudir a la paridad, como único estándar constitucional vigente en el ordenamiento mexicano.

La determinación de que se trata constituye el primer precedente de un criterio de jurisprudencia (“PARIDAD DE GÉNERO. LOS PARTIDOS POLÍTICOS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZARLA EN LA INTEGRACIÓN DE SUS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN.”) en el cual se sostiene que los partidos políticos tienen el deber de garantizar la participación efectiva de ambos géneros en la integración de sus órganos de dirección, así como promover la representación igualitaria entre mujeres y hombres dentro de sus estructuras internas; aun cuando su normativa interna no prevea la paridad de género o no la defina expresamente, al encontrarse obligados a observarla en la integración de dichos órganos, por tratarse de un estándar constitucional que garantiza la participación efectiva de las mujeres (TEPJF, 2018a: pp. 20 y 21).

Por otro lado, antes de entrar en vigor la reforma constitucional en materia de paridad de 2019, militantes de un partido político presentaron una demanda de juicio de la ciudadanía, en la cual se controvertió la integración de la Conferencia Nacional de Honestidad (SUP-JDC-123/2019).

Al dictarse sentencia se razonó que la paridad de género constituye un mandato que en la democracia garantiza de manera efectiva el acceso de las mujeres a los órganos de representación popular, a los espacios de toma de decisiones, así como a integrar cualquier forma colegiada de organización partidista, en un mismo plano de oportunidades que los hombres; y que esta obligación se refuerza si el mandato paritario ha sido incorporado por las instancias partidistas competentes en sus documentos básicos, pues al tratarse de un compromiso asumido libremente, ello le llevaría a hacerla efectiva y prevalente, no solamente en la postulación de candidaturas, sino también, en cualquier forma de organización colegiada interna, independientemente de su calidad, pues de lo contrario, se incumpliría con el objeto de lograr una participación política entre mujeres y hombres, en igualdad de oportunidades.

Asimismo, se expuso que, en cumplimiento a los derechos humanos de igualdad y no discriminación, los partidos políticos deben observar la paridad en la integración de sus estructuras organizativas de cualquier nivel, con independencia de su calidad directiva, ejecutiva, administrativa, de coadyuvancia, etc., teniendo en cuenta que, si el número de integrantes es non, la designación de hombres y mujeres será lo más cercano a la paridad, y si se trata de un número par, la integración será paritaria (TEPJF, 2019c). Esta sentencia resulta de trascendencia, al haberse avanzado de la integración paritaria de los órganos directivos de partido, hacia cualquier integración colegiada partidista.

VIII. Postulación paritaria de candidaturas en las listas federales de representación proporcional

La reforma constitucional en materia de paridad incorporó en el segundo párrafo de los artículos 53 y 56 del Pacto Federal, respectivamente, el mandato consistente en que las listas regionales de diputaciones federales y la lista nacional de senadurías, ambas para la elección por el principio de representación proporcional, estarán “conformadas de acuerdo con el principio de paridad, y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada período electivo”. De manera anticipada, la autoridad jurisdiccional federal ha emitido criterios de paridad en este campo, los cuales, fueron incorporados al expedirse la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Por ejemplo, en la etapa en que el ordenamiento electoral regulaba la cuota de género, se emitió un criterio (“CUOTA DE GÉNERO. LAS FÓRMULAS DE CANDIDATOS A DIPUTADOS Y SENADORES POR AMBOS PRINCIPIOS DEBEN INTEGRARSE CON PERSONAS DEL MISMO GÉNERO.”) en el cual se sostuvo que dicha medida tenía como finalidad llegar a la paridad y que la equidad de género busca el equilibrio en el ejercicio de los cargos de representación popular.

Por tanto, se razonó que las fórmulas que se registren a efecto de observar la citada cuota de género deben integrarse con candidaturas propietaria y suplente, del mismo género, pues, de resultar electos y presentarse la ausencia de la persona que haya sido registrada como propietaria, sería sustituida por una persona del mismo género, lo que además trascenderá al ejercicio del cargo, favoreciendo la protección más amplia del derecho político-electoral citado (TEPJF, 2012: pp. 19 y 20). Aun cuando las cuotas de género se eliminaron del ordenamiento legal, el criterio concerniente a la integración de fórmulas con personas del mismo género actualmente se encuentra previsto en los artículos 14, párrafos 4 y 5; 232, párrafo 2; y 234 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. No obstante, algunos criterios, relacionados con la alternancia de las fórmulas contenidas en las listas, o la integración de mujeres en fórmulas encabezadas por hombres, y que tienen incidencia en el tema de la paridad, aún no han sido establecidos en el ordenamiento jurídico federal. Es sabido que la normativa constitucional y legal aplicable establece que, en lo individual, las candidaturas a integrar las Cámaras del Congreso de la Unión se postulan mediante fórmulas conformadas por personas que tendrán la calidad de propietaria y suplente.

Ahora bien, en la vía jurisprudencial (“REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PARIDAD DE GÉNERO COMO SUPUESTO DE MODIFICACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE LA LISTA DE CANDIDATURAS REGISTRADA.”) se ha sostenido que, por regla general, para la asignación de cargos de representación proporcional debe respetarse el orden de prelación de la lista de candidaturas registrada; y si al considerarse ese orden se advierte que algún género se encuentra subrepresentado, la autoridad que corresponda podrá establecer medidas tendentes a la paridad, tomando en consideración que la paridad y la igualdad son principios establecidos y reconocidos en el ordenamiento jurídico, a los cuales debe darse vigencia a través de la aplicación de reglas, como la de alternan-

cia, cuya aplicación no constituye condición necesaria para lograr la paridad, sino un medio para alcanzarla, por lo que debe aplicarse cuando las condiciones del caso y la legislación aplicable así lo dispongan para hacer efectivo ese principio (TEPJF, 2015a: pp. 49, 50 y 51).

Por otro lado, también se ha sostenido (“PARIDAD DE GÉNERO. MUJERES PUEDEN SER POSTULADAS COMO SUPLENTES EN FÓRMULAS DE CANDIDATURAS ENCABEZADAS POR HOMBRES.”) que la exigencia de que las fórmulas de candidaturas estén integradas por personas del mismo sexo debe interpretarse con una perspectiva de género que atienda a los principios de igualdad y paridad, y promueva en mayor medida la participación de las mujeres en la vida política del país y en la integración de los órganos de representación popular; por lo que, tratándose de la postulación de fórmulas encabezadas por hombres, la posición de suplente puede ser ocupada, de manera indistinta, por un hombre o una mujer (TEPJF, 2018e: pp. 47 y 48). Como se observa, los tópicos de la paridad y la alternancia han sido motivo de pronunciamiento por parte del tribunal electoral, lo que ha llevado a que los partidos políticos cumplan con los lineamientos que al respecto se han emitido en diversas sentencias, que se han apoyado en las jurisprudencias comentadas. Una muestra de ello es la sentencia dictada al resolver el expediente SUP-RAP-726/2017 y acumulados.

En el proceso electoral federal 2017-2018, el Instituto Nacional Electoral estableció diversas acciones, a saber: *a)* La lista de candidaturas a senadurías de representación proporcional se encabezará por una fórmula de mujeres; *b)* Al menos dos de las cinco listas de candidaturas a diputaciones federales de representación proporcional en las circunscripciones, se encabezarán por fórmulas de un mismo género; *c)* La primera fórmula que integra la lista de candidaturas a senadurías de mayoría relativa para cada entidad federativa será de género distinto a la segunda fórmula; y *d)* De la totalidad de las listas de candidaturas a senadurías de mayoría relativa por entidad federativa, el 50% debe-

rá estar encabezada por mujeres y el 50% por hombres. Al dictarse sentencia se confirmaron esas acciones al ser acordes con el principio de igualdad, pues su fin era hacer efectivo el principio de paridad de género en cargos electivos. Se razonó que no vulneraban el principio de reserva de ley ni el de subordinación jerárquica, ya que en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales se precisan las reglas esenciales para respetar el principio de paridad de género (TEPJF, 2017c).

IX. La paridad en la conformación de los ayuntamientos

La incorporación de la paridad en la integración de los ayuntamientos, mediante la reforma constitucional de 2019, tiene resonancia en un criterio jurisprudencial (“PARIDAD DE GÉNERO. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO EN EL ORDEN MUNICIPAL.”), como lo refiere el Dictamen de las Comisiones Unidas (CUPCIGEL: p. 13).

En la jurisprudencia de referencia se afirma que los partidos y las autoridades electorales deben garantizar la paridad de género en la postulación de candidaturas municipales desde una doble dimensión: por una parte, deben asegurar la paridad vertical, para lo cual están llamados a postular candidatos de un mismo ayuntamiento para presidente, regidores y síndicos municipales en igual proporción de géneros; y por otra, desde de un enfoque horizontal deben asegurar la paridad en el registro de esas candidaturas, entre los diferentes ayuntamientos que forman parte de un determinado Estado. Asimismo, razona que, a través de esa perspectiva dual, se alcanza un efecto útil y material del principio de paridad de género, lo que posibilita velar de manera efectiva e integral por el cumplimiento de las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres (TEPJF, 2015c: pp. 26 y 27).

En materia de postulación de candidaturas y asignación de regidurías por el principio de representación proporcional, existen diversas sentencias que han hecho posible la integración paritaria de los ayuntamientos.

X. Conclusiones

La reforma constitucional en materia de paridad de 2019 constituye una de las primeras aportaciones significativas del actual cuerpo legislativo federal, cuya integración se distingue de otras, en razón a que las mujeres ocupan, con corta diferencia, la mitad de las curules de las Cámaras del Congreso de la Unión. La presencia significativa de legisladoras augura una producción jurídica favorable para las mujeres, por ser un signo consonante a la representación sustantiva.

No obstante, el reconocimiento formal de derechos no asegura en el plano fáctico su respeto y, por consiguiente, su eficacia y la democracia sustantiva. La puesta en marcha de mecanismos de control jurisdiccionales y la resolución de planteamientos jurídicos que atañen a la transgresión de los derechos, constituye una de las fuentes que tiende a maximizar la visión del Poder Legislativo, y forman parte del cimiento del diseño dispositivo constitucional y legal.

Es de suma importancia que en el marco constitucional se haya reconocido a la paridad como un estándar que implica, en lo conducente, la integración de cualquier cuerpo colegiado con el 50% de mujeres; sin embargo, la reforma legal resulta un paso fundamental para el aseguramiento de los mandatos contenidos en el Pacto Federal, pues las disposiciones reglamentarias serán las que proveerán las pautas a partir de las cuales, se hará factible su aplicación y desarrollo.

Las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, emitidas previo a la reforma constitucional de 2014, han sido fecundas en el señalamiento de estándares y líneas para hacer efectiva

la paridad de géneros en la integración de los cuerpos colegiados legislativos, municipales y partidistas. En su conjunto, los razonamientos y criterios pronunciados dan cuenta del sentido progresista con el que la labor jurisdiccional ha definido los alcances de la paridad, como un mecanismo para concretar el derecho fundamental de la igualdad sustantiva que converge en las mujeres. Así, las resonancias de la labor jurisdiccional que preceden a la reforma constitucional en materia de paridad de género, atento a los principios de certidumbre jurídica y de progresividad, repercutirán en la reforma y adecuación que se realice a la legislación electoral secundaria. Corresponderá al Poder Legislativo federal y de las entidades federativas materializar en el marco dispositivo la voluntad del constituyente permanente, y a los tribunales hacerla efectiva.

ANEXO 1: Temas contenidos en la reforma constitucional en materia de paridad de género

Lenguaje incluyente	Tesis XXXI/2016: "LENGUAJE INCLUYENTE. COMO ELEMENTO CONSUSTANCIAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PROPAGANDA ELECTORAL."
Artículo 2, Apartado A, fracción VII: La representación indígena en los ayuntamientos	Tesis VI/2016: "REGIDURÍA INDÍGENA. LA AUTORIDAD ELECTORAL DEBE ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA CONOCER LA VOLUNTAD DE LA COMUNIDAD ANTE LA INCERTIDUMBRE SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA PROPUESTA (LEGISLACIÓN DE SONORA)."
Artículo 35, fracción II: Derecho de la ciudadanía a ser votada en condiciones de paridad	Jurisprudencia 11/2018: "PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES." Jurisprudencia 6/2015: "PARIDAD DE GÉNERO. DEBE OBSERVARSE EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS PARA LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR FEDERALES, ESTATALES Y MUNICIPALES." Jurisprudencia 8/2015: "INTERÉS LEGÍTIMO. LAS MUJERES LO TIENEN PARA ACUDIR A SOLICITAR LA TUTELA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARIDAD DE GÉNERO EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR."
Artículo 41, párrafo segundo: Integración paritaria de los órganos jurisdiccionales locales	SUP-JDC-2012/2016 (Integración del Tribunal Electoral del Estado de Nayarit) SUP-JDC-560/2018 (Designación de una persona del género masculino para integrar el Tribunal Electoral del Estado de Tlaxcala) Jurisprudencia 11/2018: "PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES."

Artículo 41, Base I, párrafo primero: La paridad en la postulación de candidaturas	Jurisprudencia 6/2015: "PARIDAD DE GÉNERO. DEBE OBSERVARSE EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS PARA LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR FEDERALES, ESTATALES Y MUNICIPALES." Jurisprudencia 4/2019: "PARIDAD DE GÉNERO. ESTÁNDARES MÍNIMOS PARA SU CUMPLIMIENTO EN LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS A TRAVÉS DE UNA COALICIÓN."
Artículo 41, Base I, párrafo primero: La integración paritaria de las estructuras partidistas	Jurisprudencia 20/2018: "PARIDAD DE GÉNERO. LOS PARTIDOS POLÍTICOS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZARLA EN LA INTEGRACIÓN DE SUS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN." SUP-JDC-123/2019 (Integración paritaria de la Conferencia Nacional de Honestidad)
Artículos 52, 53 y 56: Postulación paritaria de candidaturas en las listas federales de representación proporcional	Jurisprudencia 36/2015: "REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PARIDAD DE GÉNERO COMO SUPUESTO DE MODIFICACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE LA LISTA DE CANDIDATURAS REGISTRADA." Tesis XII/2018: "PARIDAD DE GÉNERO. MUJERES PUEDEN SER POSTULADAS COMO SUPLENTE EN FÓRMULAS DE CANDIDATURAS ENCABEZADAS POR HOMBRES." Jurisprudencia 16/2012: "CUOTA DE GÉNERO. LAS FÓRMULAS DE CANDIDATOS A DIPUTADOS Y SENADORES POR AMBOS PRINCIPIOS DEBEN INTEGRARSE CON PERSONAS DEL MISMO GÉNERO."
Artículo 115, fracción I: La paridad en la conformación de los ayuntamientos	Jurisprudencia 7/2015: "PARIDAD DE GÉNERO. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO EN EL ORDEN MUNICIPAL"

ANEXO 2: Criterios de jurisprudencia y tesis relacionados con las acciones afirmativas:

Jurisprudencia 11/2018: *“PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES.”*

Jurisprudencia 11/2015: *“ACCIONES AFIRMATIVAS. ELEMENTOS FUNDAMENTALES.”*

Jurisprudencia 3/2015: *“ACCIONES AFIRMATIVAS A FAVOR DE LAS MUJERES. NO SON DISCRIMINATORIAS.”*

Jurisprudencia 43/2014: *“ACCIONES AFIRMATIVAS. TIENEN SUSTENTO EN EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE IGUALDAD MATERIAL.”*

Jurisprudencia 30/2014: *“ACCIONES AFIRMATIVAS. NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y OBJETIVO DE SU IMPLEMENTACIÓN.”*

Tesis XXIV/2018: *“ACCIONES AFIRMATIVAS INDÍGENAS. A TRAVÉS DE UN TRATO DIFERENCIADO JUSTIFICADO ASEGURAN QUE LA POBLACIÓN INDÍGENA ACCEDA A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR.”*

Bibliografía:

- Comité CEDAW Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Vida política y pública, Recomendación General No. 23, 16º período de sesiones, 1997.
- CUPCIGEL Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, para la Igualdad de género; y de Estudios Legislativos, *Dictamen [...] con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la constitución política de los estados unidos mexicanos, en materia de paridad de género* (impresión).
- CPEUM Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2019.
- Fenichel Pitkin, Hanna. El concepto de representación. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- INMUJERES Instituto Nacional de las Mujeres (2019). Indicadores básicos, consultable en: http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/panorama_general.php?menui=8&IDTema=8&pag=1 Consulta realizada el 10 de enero de 2020.
- LGIPE Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2017.
- ONU Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). 18 de diciembre de 1979.
- TEPJF Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Jurisprudencia 4/2019: “Paridad de género. estándares mínimos para su cumplimiento en la postulación de candidaturas a través de una coalición.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 12, Número 23, 2019a.
- . Sentencia: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-1622/2019. Sala Superior. Ciudad de México. 14 de noviembre de 2019b.

- . Sentencia: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-123/2019. Sala Superior. Ciudad de México. 17 de julio de 2019c.
- . Sentencia: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-560/2018 y acumulados. Sala Superior, Ciudad de México, 27 de marzo de 2019d.
- . Jurisprudencia 20/2018: “Paridad de género. los partidos políticos tienen la obligación de garantizarla en la integración de sus órganos de dirección.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 11, Número 22, 2018a.
- . Jurisprudencia 11/2018: “Paridad de género. la interpretación y aplicación de las acciones afirmativas debe procurar el mayor beneficio para las mujeres.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 10, Número 21, 2018b.
- . Sentencia: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-505/2018. Sala Superior, Ciudad de México, 24 de octubre de 2018c.
- . Sentencia: Juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-35/2018 y acumulados. Sala Superior, Ciudad de México, 22 de marzo de 2018d.
- . Tesis XII/2018: “Paridad de género. mujeres pueden ser postuladas como suplentes en fórmulas de candidaturas encabezadas por hombres.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 10, Número 21, 2018e.
- . Sentencia: Juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-369/2017, SUP-JDC-399/2017, SUP-JDC-445/2017 y SUP-JDC-468/2017, acumulados. Sala Superior, Ciudad de México, 22 de junio de 2017a.
- . Sentencia: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-2012/2016. Sala Superior, Ciudad de México, 1 de febrero de 2017b.

- . Sentencia. Recursos de apelación: SUP-RAP-726/2017 y acumulados. Sala Superior, Ciudad de México, 14 de diciembre de 2017c.
- . Tesis VI/2016: “Regiduría indígena. la autoridad electoral debe adoptar las medidas necesarias para conocer la voluntad de la comunidad ante la incertidumbre sobre la legitimidad de la propuesta (legislación de sonora).”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 9, Número 18, 2016a.
- . Tesis XXXI/2016: “Lenguaje incluyente. como elemento consustancial de la perspectiva de género en la propaganda electoral.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 9, Número 18, 2016b.
- . Jurisprudencia 36/2015: “Representación proporcional. paridad de género como supuesto de modificación del orden de prelación de la lista de candidaturas registrada.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 8, Número 17, 2015a.
- . Jurisprudencia 8/2015: “Interés legítimo. las mujeres lo tienen para acudir a solicitar la tutela del principio constitucional de paridad de género en la postulación de candidaturas a cargos de elección popular.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 8, Número 16, 2015b.
- . Jurisprudencia 7/2015: “Paridad de género. dimensiones de su contenido en el orden municipal”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 8, Número 16, 2015c.
- . Jurisprudencia 6/2015: “Paridad de género. debe observarse en la postulación de candidaturas para la integración de órganos de representación popular federales, estatales y municipales.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 8, Número 16, 2015d.
- . Sentencia: *Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-1714/2015*. Sala Superior, Distrito Federal. 15 de septiembre de 2015e.
- . Jurisprudencia 16/2012: “Cuota de género. las fórmulas de candidatos a diputados y senadores por ambos principios deben integrarse con personas del mismo género.”, en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 5, Número 10, 2012.

El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia interamericana

Damage to the life project in the inter-american jurisprudence

Hans Jurado Parres

Doctor en Derecho. Académico del Centro Universitario de Tonalá.

Correo electrónico: asesor25@hotmail.com

María del Carmen Buenrostro Ramírez

Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo. Abogada por la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: lic.buenrostro@gmail.com

RESUMEN: El daño al proyecto de vida es un concepto incorporado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del cual se busca proteger el derecho a la libertad a través del señalamiento de reparaciones tendientes a lograr la *restitutio in integrum*. Este trabajo se ocupará de analizar la evolución jurídica y doctrinal de esta noción de daño, así como de determinar sus alcances en el ámbito interamericano y nacional.

Palabras clave: proyecto de vida, reparaciones, libertad, derechos humanos

ABSTRACT: The damage to the life project is a concept incorporated in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, through which it seeks to protect the right to liberty through the signaling of reparations tending to achieve *restitutio in integrum*. This work will analyze the legal and doctrinal evolution of this notion of damage, as well as determine its scope in the inter-American and national scope.

Keywords: life project, reparations, freedom, human rights

SUMARIO: I. PREÁMBULO. II. LENGUAJE INCLUYENTE. III. LA REPRESENTACIÓN INDÍGENA EN LOS AYUNTAMIENTOS. IV. DERECHO DE LA CIUDADANÍA A SER VOTADA EN CONDICIONES DE PARIDAD. V. INTEGRACIÓN PARITARIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES LOCALES. VI. LA PARIDAD EN LA POSTULACIÓN

Recibido: 12 de abril de 2019. Dictaminado: 26 de mayo de 2019.

Introducción

Hablar de un proyecto de vida, es referirse a las aspiraciones de una persona que en ejercicio de su libertad busca realizarse en todos los aspectos de su vida; la necesidad de proteger y en su caso indemnizar por la interrupción de ese proyecto de vida, responde al hecho de que el ser humano no se encuentra aislado, sino que coexiste con otros, entonces, en esa coexistencia debe ser posible que ejerza sus libertades para alcanzar sus aspiraciones ontológicas, siendo necesario el respeto a esa libertad tanto por sus iguales, como por el Estado; luego entonces, ante la interrupción al ejercicio de esa libertad generada por el Estado, es que surge el derecho a ser indemnizado a través de la reparación por el daño al proyecto de vida tanto a través de una cuantificación económica así como de actos que impliquen el resarcimiento de la libertad coartada.

En este estudio utilizaremos el método deductivo, examinaremos diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se presente un daño al proyecto de vida de las personas involucradas, en la búsqueda de una construcción conceptual de éste, a través de su evolución en la justicia interamericana. Es nuestro objetivo analizar el daño al proyecto de vida como modalidad de reparación derivada de las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, estudiar su evolución conceptual, determinar sus alcances en la jurisprudencia interamericana y diferenciarlo de las reparaciones:

lucro cesante y el daño emergente, así como el estudio de la presencia de éste en la legislación nacional mexicana.

El presente se encuentra seccionado de la siguiente manera: en la primera parte se abordan los presupuestos de existencia del proyecto de vida, en donde estudiaremos la libertad, la coexistencialidad y la temporalidad como medios para su desarrollo. En la sección segunda nos ocuparemos de la evolución conceptual de daño al proyecto de vida en la jurisprudencia interamericana, para lo cual se analizan las que consideramos son las principales sentencias que desarrollan esta modalidad de reparación en cuanto a definición y alcances jurídicos. Finalmente, estudiamos la presencia del multicitado concepto en nuestro país, definiendo al respecto lo que establece la legislación nacional, determinando los alcances de la jurisprudencia interamericana como criterios orientadores de los Tribunales Mexicanos.

I. Libertad, coexistencialidad y temporalidad como presupuestos del daño al proyecto de vida

El proyecto de vida como concepto implica el necesario ejercicio de la libertad para su diseño, ya que éste tiene como punto de partida las aspiraciones y expectativas personales, tomando en consideración para ello el entorno en el que se desenvuelve, las posibilidades con las que cuenta y la razonabilidad de esos propósitos. Así, para que este “plan de vida” pueda llevarse a cabo es necesaria la presencia de tres elementos, estos son la libertad, la coexistencialidad y la temporalidad.

El autor doctrinal del concepto de daño al proyecto de vida, el Dr. Carlos Fernández Sessarego¹ sostiene que, con la unión de los elementos mencionados es posible configurar lo que llamamos “proyecto de vida” o “proyecto existencial”, sin embargo, destaca que éstos deben

1. Fernández Sessarego, Carlos, ¿Existe un daño al proyecto de vida?, s.l.i., s.a., <http://www.jus.unitn.it/cardozo/sessarego.pdf>

ser vistos tomando en consideración la filosofía de la existencia que postula “la libertad constituye el ser mismo del hombre. Este *ser libertad* es lo que lo diferencia de otros seres de la naturaleza y le otorga dignidad”. Agrega, que se trata de una *potencialidad* que nos permite elegir aquello que mejor se adapta a nuestras expectativas de vida después de valorar distintas posibilidades, y que habrá de realizarse en el futuro mediato o inmediato en conjunto con los demás seres humanos. La caracteriza la irrenunciabilidad y su carácter constitutivo, que sólo termina con la muerte, al ser inseparable del ser humano.

Por su parte autores como Mounier, Jaspers y Sartre² afirman que “el hombre es libertad”, luego entonces la libertad no es algo que “se adquiere o se desarrolla, sino que es parte de la esencia del ser humano”, por tanto, implica el “descubrimiento por sí mismo de su vocación y de adoptar libremente los medios para realizarla. No se trata de una libertad de abstención, sino de una libertad de compromiso”.

El segundo elemento de los presupuestos analizados es la *coexistencialidad*, ésta implica la convivencia e interacción con otros seres humanos dentro de un grupo social en el que nuestros iguales son coparticipes del proyecto de vida que hemos diseñado. Cubero Soto y Fernández Ulate³, señalan que coexistir es, como su nombre lo indica *existir con*; agregan que el “ser humano es en esencia un ser que convive y desarrolla su propio proyecto de vida tomando en cuenta e interactuando con otros, con las cosas y con sí mismo”.

Finalmente, la temporalidad como presupuesto básico en el diseño de un proyecto de vida, parte de la idea fundamental -sostenida por filósofos clásicos y existencialistas- de que el ser humano es un “ser libre que existe en el tiempo”. Se considera entonces siguiendo a Cubero

2. Cfr. Cubero Soto, Melania y Fernández Ulate, Inés, “Análisis y Desarrollo del Concepto Daño al Proyecto de vida”, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2010, <http://www.iiij.ucr.ac.cr>

3. Cubero Soto, Melania y Fernández Ulate, Inés, *op. cit.*, p. 78.

Soto y Fernández Ulate⁴ que “el tiempo es el que aporta la unidad de existencia como estado yecto, presente y proyección”, esto es, “la temporalidad como parte del ser humano es lo que le permite proyectarse y generar una relación entre lo *sido*, *presente* y lo *advenir*”.

Así el proyecto de vida presente está condicionado por el pasado y proyectado al futuro; involucra la libertad para elegir y planear sobre expectativas lo que se quiere alcanzar, considerando los medios que se tienen para lograrlo y la interacción con los propósitos de los componentes sociales. Condicionado al futuro y los medios en el logro del proyecto de vida, debemos entender por tal siguiendo el concepto doctrinal con el que coincidimos diseñado por Jorge Mosset Iturraspe⁵ que considera que aquel es el “rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de la previa valoración, lo que la persona decide hacer con su don de vida” y que es electo por la persona en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo en el curso de su existencia.

Así al ser libres elegimos adoptar un proyecto de vida y procuramos a través de los *medios* con los que contamos alcanzar ese propósito que para el futuro hemos diseñado, considerando nuestra coexistencialidad con otros seres y las expectativas que a mediano o inmediato plazo queremos alcanzar; y que en conjunto harán posible la materialización de las expectativas planteadas, o bien, la modificación de las mismas, pero desde la libertad del ser humano. Estos “medios” afirma Fernández Sessarego⁶, se refieren a “todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los *otros*, y las cosas del mundo”.

No obstante, el ser humano tiene la libertad de seleccionar los medios por los que realizará su proyecto de vida. Se encontrará con la co-

4. Ibidem, p. 81.

5. Ibidem, p. 84.

6. Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., p. 2.

existencialidad que exige la participación de otros para el logro de tal propósito, encontrándose con la posibilidad de lograr sus expectativas cuando recibe el apoyo estatal y social, pero también con el riesgo de que esa condición le lleve a no ver materializadas sus expectativas al carecer o ser víctima de una privación de los medios que le sirven de apoyo. Se genera entonces un “daño” al “plan existencial” de la persona. Jurisprudencialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, Tribunal Regional o Tribunal Interamericano) ha considerado que éste puede ser material o inmaterial, generándose en este último diversas categorías, cuya premisa fundamental es la imposibilidad de resarcir el daño otorgando sólo una compensación económica.

En este contexto, consideramos relevante caracterizar al daño psicosomático que debe entenderse en dos aspectos: el daño a la psique (también llamado por algunos tratadistas como “daño moral”) y el daño al soma (al cuerpo, a la salud, lo biológico); así un daño a la psique puede traer como consecuencia un daño al soma y viceversa; sin embargo, debemos distinguir este tipo de daño del daño al proyecto de vida, ya que éste se enfoca en el daño a la “libertad” entendida como la posibilidad de elegir, es decir, se enfoca en la garantía de libertad ontológica del ser humano; luego entonces, ese tipo de daño se materializa cuando por un factor externo o interno se ve disminuida o coartada la posibilidad de elegir libremente un plan de vida.

Debemos distinguir la reparación por el daño al proyecto de vida, de los conceptos de “lucro cesante”, “daño emergente” y “daño moral”, ya que mientras éstos se enfocan en indemnizaciones de tipo material y carácter subjetivo, el primero se ocupa de la reparación en cuanto la violación al derecho de libertad que genera un daño objetivo, enfocado a la libertad de decisión con miras a la realización integral objetiva de la persona, en la que se considera sus circunstancias, vocación y apti-

tudes reales y razonables para acceder a esa realización personal, y que se evidencian en la vida de la persona a través del tiempo.

En la jurisprudencia clásica, afirma Sergio García Ramírez⁷ la reparación deseable consiste en la *restitutio in integrum*, esto es, la idea de “reposición de las cosas al estado que guardaban antes de la violación cometida”. Sin embargo, como señala el autor referido, este tipo de *restitutio* es inalcanzable, por lo que se debe procurar medidas que se aproximen lo más posible a ésta, buscando la supresión de los efectos de la violación. Surgiendo así la más diversa gama de modalidades de reparaciones cuyo nacimiento y evolución responden al ideal de retribuir, recompensar y proteger a la persona ante la eventual violación a sus derechos humanos; corresponde a esta categoría el concepto de daño al proyecto de vida, del cual nos ocuparemos en los sucesivos párrafos.

II. Evolución conceptual del daño al proyecto de vida como reparación en las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos

La noción de daño al proyecto de vida parte de la idea de la *realización personal* y tiene como referencias *datos de la personalidad* y el *desarrollo individual*, que sustentan las expectativas de vida de la persona, siempre que éstas sean razonables. El proyecto de vida, afirma Sergio García Ramírez⁸ “no se traduce en un resultado seguro, de carácter necesario. Sino que sólo implica una *situación probable* dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que puede interrumpirse y contrariarse por hechos violatorios de derechos humanos”.

7. García Ramírez, Sergio, La tutela de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo, 2ª ed., México, Porrúa-IMPC, 2015, pp.480-481.

8. García Ramírez, Sergio, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2015, p. 328.

La competencia originaria de la Corte IDH para establecer un sistema de reparaciones como parte de sus atribuciones jurisdiccionales deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CADH); instrumento en el que se establece en el artículo 63, fracción 1, la obligación de garantizar al lesionado en el goce de un derecho o libertad cuando se decida que hubo la violación a sus derechos y libertades protegidas por la Convención esto a través de una reparación determinada en la medida de la violación cometida así como también el pago de una justa indemnización.

Así del mencionado artículo se desprenden dos potestades de la Corte IDH cuando constate la violación a un derecho o libertad de los comprendidos en la CADH, éstas son la posibilidad de otorgar una indemnización a la víctima y la de ordenar la reparación del daño sufrido. Es necesario entonces definir los alcances de cada una, al respecto Carlos Fernández Sessarego⁹ precisa que la relación de ambos conceptos es más bien de género a especie; entendiendo por reparación cualquier medida que adopte la Corte IDH para la satisfacción equitativa o pecuniaria de las consecuencias a la víctima de una violación de derechos humanos, es entonces, de tipo genérico. En tanto que la especie, lo es la indemnización, al ser una *reparación* de tipo pecuario exclusivamente.

Las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen como fin último alcanzar la *restitutio in integrum* del daño en la esfera de los derechos humanos, causado por el Estado a una persona. El concepto de daño al proyecto de vida aparece por primera vez en la jurisprudencia interamericana en el año 1998 en la sentencia de reparaciones representativo caso Loayza Tamayo contra Perú, donde

9. Fernández Sessarego, Carlos, “Recientes decisiones de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, s.l.i., s.a., http://www.institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_7.pdf

los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Abreu Burelli en un voto conjunto, destacan que la reparación por daño al proyecto de vida supone, en el fondo dejar de considerar sólo los daños materiales, para así, buscar la reparación integral de los daños de toda índole causados a una persona. Se señalan además que “el proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana”, agregan con acierto que compartimos que “el daño al proyecto de vida amenaza en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia”¹⁰.

La Corte IDH precisa en el párrafo 148 de la citada sentencia¹¹ que el “daño al proyecto de vida es un concepto que se asocia a la realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Y sostiene que, en la medida que se presente la cancelación o menoscabo de dichas opciones en esa medida se reducirá objetivamente la libertad y, por ende, ésta se perderá. Consecuentemente, los hechos violatorios de derechos humanos generaran un cambio en el “natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, cambiando drásticamente el curso de su vida”, lo anterior, derivado de las nuevas circunstancias impuestas por un agente externo, mismas que logran tener incidencia en los planes y proyectos que una persona forma a la luz de sus condiciones ordinarias¹².

Se puntualiza en la sentencia que venimos comentando¹³ que el daño al proyecto de vida debe ser entendido como una *expectativa razonable y accesible*, que se materializa ante la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, siempre que éstas sean

10. Cfr. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

11. Ibidem, p. 39.

12. Idem, párrafo 149.

13. Ibidem, párrafo 150.

irreparables o difícilmente reparables. Este tipo de daño es entonces de tal magnitud grave que tiene como consecuencia el “vacío existencial” que como refiere Fernández Sessarego¹⁴ implica la pérdida del sentido y razón de vida proyectados por la persona víctima.

La sentencia *Loayza Tamayo vs. Perú* que se ha venido analizando trasciende en el tema central de nuestra investigación, al constituir el primer antecedente del daño al proyecto de vida como una modalidad de reparación. En esta primera etapa el concepto en análisis aparece vinculado a la libertad, relacionado directamente al derecho de cada persona a elegir su propio destino. En donde considera además que este tipo de daño afecta en última instancia, el sentido que el ser humano imprime a su propia existencia. Sin embargo, pese a la trascendencia en el desarrollo conceptual de esta modalidad de daño tanto en la sentencia de fondo como los votos razonados; podemos criticar de esta sentencia que la misma al establecer las reparaciones “reconoce la existencia de un grave daño al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo”, pero señala categóricamente que “la evolución de la jurisprudencia hasta la fecha no permite traducir ese reconocimiento en términos económicos, por lo que, el Tribunal se abstiene de cuantificarlo”. Consideramos que este es el único punto de quiebre con el que cuenta esta sentencia, ya que, si bien existe la declaración y reconocimiento de un daño como el que hemos venido analizando, también existe una imposibilidad de la víctima de ver resarcido de alguna manera el perjuicio sufrido lo que significa un avance conceptual más no real y efectivo en materia de daño al proyecto de vida.

El daño al proyecto de vida es un concepto que nació judicialmente de la sentencia previamente analizada, que ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte IDH a través de sus sentencias y votos razonados. Así la noción expuesta evoluciona en el diverso Caso Niños de

14. Fernández Sessarego, *op.cit.*, p. 119

la Calle (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala¹⁵ en el sentido de considerar que “el proyecto de vida es consustancial del derecho de existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana”. No obstante, la Corte IDH desestimo la petición de planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que la precaria situación de las víctimas hacía altamente posible que no contaran con un proyecto de vida.

La evolución de la noción *proyecto de vida* se presenta entonces, en el sentido de incorporar al derecho de libertad -que como presupuesto básico requiere- el derecho de existencia, es decir, el derecho que le asiste a todas las personas de poder desarrollar un proyecto, para lo cual se deben prestar todas las condiciones sociales y de seguridad para que pueda alcanzarlo. Por lo tanto, no basta con otorgar la *libertad* para hacerlo, sino que se debe procurar que la persona cuente con todos los medios para alcanzarlo, sin que sea obstáculo para ello todas aquellas condiciones que puedan modificarse a través de la intervención estatal y social.

Siguiendo el criterio de Carlos Fernández Sessarego¹⁶ podemos afirmar que, hechos como los encarcelamientos injustos, torturas, lesiones psicosomáticas, pobreza, ignorancia, ausencia de salud, temor, carencia de empleo y de las condiciones mínimas de vida, contribuyen a que las *opciones* con las que cuenta una persona para proyectar su vida se vean disminuidas o coartadas. Constituyéndose entonces como obstáculos para alcanzar la plenitud de vida, que contribuyen a menoscabar la *libertad de la persona para proyectar su vida*. De allí que, agrega el autor referido el Derecho debe procurar la justicia, solidaridad, segu-

15. Cfr. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Voto concurrente conjunto A.A. Cançado Trindade y Abreu Burelli.

16. Ibidem, p. 118

ridad e igualdad, como mecanismos que aseguren la remoción de los obstáculos a fin de *liberar al ser humano*.

Como se ha venido estableciendo los criterios de la Corte IDH en torno a la reparación del daño al proyecto de vida, involucran adiciones y novedades al concepto ya creado al que se ha hecho mención en los párrafos anteriores. Incorporando a éste la *rehabilitación de la víctima* que tal como afirma el Juez Cançado Trindade en su voto razonado en el caso Cantoral Benavides vs. Perú¹⁷ sitúa una reparación desde el “prisma de la integridad de la personalidad de la víctima, teniendo presente su realización como ser humano y la reconstrucción de su proyecto de vida”. Consideramos que la evolución de las reparaciones generadas por el *daño al proyecto de vida* se presenta en la medida de la necesidad de generar mecanismos para resarcir las violaciones a derechos humanos que van más allá del ámbito económico. Transita así el concepto analizado, desde el reconocimiento de su base que es el *derecho a elegir libremente*, pasando luego por el *derecho a la existencia*, para considerar finalmente, la posibilidad de *reconstruir* cuando aún sea posible hacerlo.

Coincidimos con el enfoque seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evidenciar un daño al proyecto de vida, consistente en considerar que el elemento que distingue al daño al proyecto de vida, de los diversos daño moral, lucro cesante o daño emergente -éstos últimos como daños psicosomáticos- es el menoscabo sufrido por la víctima en cuanto afecte la realización de su vocación, aspiraciones y potencialidades.

17. Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. Voto razonado A.A. Cançado Trindade, párrafo 10, p.3.

III. El daño al proyecto de vida en México y su relación con el concepto interamericano

El puente que une jurídicamente al estado mexicano y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la “Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José Costa Rica”, firmado por el Presidente de la República y aprobado por el Senado, este instrumento tiene eficacia en el orden jurídico nacional y es fuente generadora de obligaciones y derechos para todo el estado mexicano, compuesto por el pueblo, órganos y poderes estatales. Para comprender el alcance jurídico de este instrumento, es necesario contextualizarlo en el marco de un Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como conjunto de mecanismos y procedimientos cuya finalidad es la protección de los derechos humanos, que a su vez; guarda relación con la Organización de Estados Americanos (OEA). El principal dispositivo legal del sistema es la CADH y sus órganos de aplicación son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional del SIDH, es la encargada de velar por la protección de los derechos humanos en el continente americano y la tutela de su cumplimiento efectivo a través de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es un tribunal, que tiene como función desarrollar juicios en donde se ve involucrada una persona vulnerada en sus derechos humanos contra un estado señalado como responsable de dicha violación, que como condicionante debe ser miembro de la OEA, y contar, además, con reconocimiento de jurisdicción contenciosa, es decir, la aceptación expresa de someterse a la función jurisdiccional del tribunal regional.

La recepción nacional del orden internacional, requiere de múltiples decisiones y factores al interior de los estados. Aceptar la juris-

dicción contenciosa de la Corte IDH implica la intervención de ésta en casos de alegadas violaciones a derechos humanos, de sujetarse a un proceso judicial en donde se realizarán indagatorias para obtener material de prueba, se someterá al estado a investigación, solicitándole que proporcione todos los medios para llevarla a cabo, implica el desahogo de audiencias de cargo y descargo, pero sobre todo implica el dictado de sentencias, mismas que de resultar condenatorias para el estado implicado, son de ejecución obligatoria al interior de su territorio. Tal es el caso del Estado Mexicano que desde el año 1998 aceptó la jurisdicción contenciosa del Tribunal Regional.

Luego entonces, al constituirse el daño al proyecto de vida en una reparación de las impuestas en sentencia condenatoria por parte de la Corte IDH con cargo a un Estado determinado, fundamentando su actuación en el artículo 63.1. de la CADH, considerando que ésta es de obligatoria observancia para el estado mexicano al haber sido ratificada y aceptada expresamente, tenemos que nuestro país estará sujeto al cumplimiento de esta modalidad de reparación, siempre que se trate de una sentencia que le implique directamente como estado responsable, y observará como criterio orientador aquellas que no le involucren directamente.

La reparación por daño al proyecto de vida debe ser observada en México, como hemos venido expresando, a manera de criterio orientador en la actuación de Juzgadores y autoridades de todos los niveles, derivado del compromiso adquirido al reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, considerando sólo aquellos casos en los que la sentencia no es obligatoria en cuanto a cumplimiento, al no estar involucrado como responsable el Estado Mexicano, caso en el cual las resoluciones servirán como hemos mencionado, de directrices o guías para la actuación de tribunales y autoridades locales en aras de una protección efectiva de los derechos humanos.

El concepto de *proyecto de vida* y su reparación como consecuencia del daño al mismo, no se encuentra regulado específicamente en nuestro país; sin embargo, existen, otras figuras jurídicas que de alguna manera se pueden considerar un avance en la regulación del primer concepto, tales como el daño moral, mismo que como analizamos en párrafos anteriores, es distinto en cuanto contenido y alcance en relación al primero.

Por su parte, con independencia de su obligación hacia el tribunal regional a la que se ha hecho mención en párrafos precedentes, el Estado Mexicano siguiendo el criterio protector y de reparación de los derechos humanos de las víctimas, publica el 09 de enero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Víctimas con el objetivo de proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral a todas aquellas personas que hayan sido declaradas víctimas derivada de la violación de los derechos humanos; así como de establecer obligaciones a cargo de las autoridades y sancionar ante el incumplimiento de las disposiciones emitidas.

Consideramos que, de alguna manera, no obstante, no señalarlo expresamente la Ley General de Víctimas, al establecer el “Derecho a la reparación integral” en su Capítulo VI, artículo 26, se refiere a la reparación de lo que la jurisprudencia interamericana menciona como *daño al proyecto de vida*, transcribimos textualmente el citado numeral por considerarlo necesario en nuestro estudio sobre la modalidad de reparación interamericana previamente citada:

Artículo 26. Las víctimas tienen el derecho de ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Aparecen en el citado numerales conceptos que son considerados dentro del analizado proyecto de vida, en cuanto su reparación ante el daño causado al mismo. Así al igual que en éste, el *derecho de reparación integral* recuerda a la *restitutio in integrum* como criterio inspirador de las medidas de satisfacción concedidas por el Tribunal Interamericano, en la búsqueda de volver las cosas al estado que guardaban antes de la violación a los derechos fundamentales de la persona.

De las medidas expuestas en el artículo 26 de la Ley General de Víctimas, podemos asumir válidamente, que éstas se enfocan tanto a cubrir el daño material -como sucedería en la compensación-, así como los daños inmateriales -*verbi gracia*, rehabilitación o medidas de no repetición- generando los mecanismos necesarios para lograr una reparación integral; consideramos que este concepto se refiere a “otorgar a la víctima los satisfactores necesarios en relación al daño recibido, que contribuyan para que pueda retomar su vida con la garantía de que no se verá afectada nuevamente en su esfera de derechos humanos; y en su caso, de ser posible volver las cosas al estado que guardaban hasta antes del menoscabo sufrido”.

Los aspectos que contempla el concepto *reparación integral* son desarrollados en el diverso numeral 27 de la legislación federal que se comenta. A continuación, nos referiremos a ellos, por considerarlos necesarios a fin de determinar si podemos concluir que esta modalidad de reparación y la otorgada por daño al proyecto de vida se pueden considerar como equiparables, para los efectos de la protección a las víctimas de derechos humanos, aplicables desde luego, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Señala el artículo que se comenta, que por *restitución* se comprenderá “la búsqueda para devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación a sus derechos humanos”; la *rehabilitación* se refiere a “facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos

humanos”; por otra parte, la *compensación* “tomará en cuenta los perjuicio”, sufrimientos y pérdidas económicamente valorables”; en tanto que la *satisfacción* “busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas”. Finalmente, en cuanto a las *medidas de no repetición* se determina que “buscan que el hecho punible o la violación a derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir”.

Por lo anterior, consideramos que la figura jurídica del *derecho a la reparación integral* es equiparable en cuanto alcances y protección estatal con la del *daño al proyecto de vida*, esto es así porque ambas pretenden un resarcimiento a la persona tomando en cuenta su dignidad¹⁸, su derecho a la existencia, la rehabilitación, la seguridad de que no volverá a vivir un suceso igual, pero sobre todo queda de manifiesto la libertad como móvil ante las reparaciones invocadas, en el sentido de permitir, a través de éstas que la persona retome su vida de la manera más normal posible, estableciendo en su caso el apoyo estatal para alcanzar tal objetivo, pero considerando siempre como guía sus aspiraciones personales.

No obstante, existe una diferencia trascendente respecto al órgano ejecutor de las medidas correspondientes. Así, mencionábamos oportunamente que la Corte IDH en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 63.1. de la CADH tiene la potestad de determinar las reparaciones que estime pertinentes para resarcir el daño ocasionado al proyecto de vida. Sin embargo, consideramos conveniente mencionar en este apartado que, pese a la facultad mencionada, en el SIDH no existe un órgano de control de cumplimiento de sentencias por el Estado infractor, ya que como acertadamente señala Fernández Sessarego¹⁹ “en la CADH sólo se prescribe el deber de la Corte IDH de

18. El concepto *dignidad* se define en el artículo 5 de la Ley General de Víctimas como “un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares”.

19. Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, p. 101.

informar anualmente a la Asamblea de la OEA cuáles son los estados que incumplen sus sentencias”. Este vacío legal provoca, desde nuestra percepción una violación al derecho de las víctimas a tener la certeza jurídica de los actores que participaran en la reparación pronta y en los términos establecidos por el Tribunal Regional, al dejar la decisión de cumplimiento a la buena fe de los Estados.

Por su parte, en nuestro país el órgano encargado de velar por la *reparación integral* como derecho que le asiste a todas aquellas personas que se hayan declarado víctimas, es uno de carácter administrativo, correspondiendo tal atribución a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas -nacional y estatales- que actuará en conjunto con las autoridades competentes y relacionadas con el caso concreto, para garantizar a la víctima el resarcimiento oportuno por el daño generado. Y cuyas resoluciones, pueden dar inicio a procedimientos judiciales y de investigación ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Conclusiones

El proyecto de vida comprende la posibilidad de la persona de generar en base a expectativas racionales el plan de lo que espera que se convertirá su vida. Esta labor implica tomar en consideración su presente en el cual se incluyen también los elementos del pasado que le llevaron a ese momento, así como prospectar a futuro todos aquellos logros y propósitos que pretenda alcanzar, siendo racional el proceso en todo momento, esto es, considerando su pasado y presente en la planeación de su futuro.

Los presupuestos para que el ejercicio del diseño de un proyecto de vida se comprende en tres aspectos: la libertad, la coexistencialidad y la temporalidad. Siendo el más importante de ellos el derecho de libertad, al ser la base de la que parte la propia concepción del proyecto de vida. Éste debe ser entendido como la potestad o posibilidad de elegir

entre las diferentes opciones, aquella que de acuerdo a los valores, capacidades, aptitudes e historia de vida, sea la más factible para ejecutar en el devenir del tiempo.

Por su parte, la coexistencialidad implica el reconocimiento de seres sociales que somos todas las personas, esto es, la conciencia de que en la ejecución del proyecto que elaboré para mi vida, intervendrán otras personas que a su vez tienen su propio proyecto; de allí la importancia de este elemento, que implica el respeto al plan del otro y la responsabilidad de colaborar en la medida de lo posible para que alcance sus propósitos.

La temporalidad se da en la premisa de que todos los seres humanos somos estacionales, es decir que la vida no se nos ha dado para la eternidad, sino que nuestras obras, acciones y proyectos deberán diseñarse en la conciencia de que son por tiempo determinado, y que ese tiempo se determina por el lapso de vida con el que naturalmente contamos. Este elemento marca tanto la duración y alcance del proyecto de vida, como la necesidad de contar con tal plan; ya que, al ser los seres humanos temporales, buscaremos realizarnos en todos los ámbitos que nos sean posibles durante el tiempo estimado que creemos tendremos de vida.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha recogido el concepto *proyecto de vida* y ha decidido sancionar a los responsables de su violación, bajo la consideración de que tal afectación no sólo violenta los derechos humanos contemplados en la CADH, sino trasciende a la esfera jurídica para destruir la *esencia o razón de existencia de la víctima*, es por eso que su reparación va más allá de una indemnización económica, ya que se busca que la persona recupere en la medida de lo posible ese *plan existencial* que tenía previamente diseñado, en base a sus expectativas y realidades.

En este sentido, afirmamos que las reparaciones en particular que se otorguen en cada caso concreto, deberán tender a la progresividad; considerando que las víctimas tenían aspiraciones diferentes hasta an-

tes de la vulneración a su esfera de derechos humanos, por lo que el Tribunal Regional deberá ser consciente de la necesidad de ampliar las mediadas de reparación no económicas, que se presentan ante el daño al proyecto de vida; mismas que hasta el cierre de este escrito, consisten en becas, erigir monumentos, atención psicológica, rehabilitación y la reparación que consiste en la sentencia misma, que en el fondo es la garantía de ser oído por un Tribunal y resarcido dentro de sus alcances jurisdiccionales.

En el caso particular del estado mexicano, como hemos señalado en el apartado correspondiente, la figura jurídica del *daño al proyecto de vida* de manera expresa no está regulada. Sin embargo, destacábamos dos consideraciones importantes; en primer término, el estado mexicano está obligado a reparar por este concepto siempre y cuando se involucre como parte en algún caso sometido a la jurisdicción de la Corte IDH y en el cual resulte sancionado directamente, derivando para el estado la obligación de acatar la disposición con base en el reconocimiento expreso a someterse jurisdiccionalmente al Tribunal Regional, realizado en el año de 1998. Para el caso de que nuestro país no esté involucrado directamente en el asunto que establezca tal reparación, deberá observar como criterio orientador en la actuación de sus tribunales nacionales, la jurisprudencia que emita al respecto el multicitado órgano interamericano.

En segundo término, no menos importante, se consigna en la Ley General de Víctimas, el *derecho a la reparación integral*, que conceptualmente el dispositivo legal define como la prerrogativa que le asiste a las víctimas de obtener medidas de reparación consistentes en indemnizaciones económicas, rehabilitación, satisfacción, compensación y garantías de no repetición. De las anteriores, si bien es cierto no se desprende el particular daño al proyecto de vida, si se advierte que algunas de esas reparaciones van enfocadas a proteger a la víctima más allá de una cantidad en dinero, como ocurre con las consistes en

satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición; éstas implican para el estado la responsabilidad de lograr la *restitutio in integrum* en la medida de lo posible, o en su caso la realización de todos aquellos actos que acerquen lo más posible a la persona a la forma de vida que tenía antes de ser violentada en sus derechos humanos.

Consideramos que el concepto de *daño al proyecto de vida* se encuentra y seguirá en construcción, sin embargo, es dable concluir que la base para distinguirlo es el derecho de libertad, de existencia y rehabilitación que debe tener una persona para el logro de sus expectativas racionales de vida. Creemos que las reparaciones para resarcirlo, deben evolucionar e individualizarse tomando en consideración la gravedad del daño causado y el derecho lesionado; para lo cual es necesario la colaboración conjunta tanto del Tribunal Regional como de los órganos nacionales que deberán trabajar armónicamente en aras de asegurarle a la persona que sus derechos humanos serán respetados, brindándole la certeza de que ante su violación habrá procedimientos y órganos diseñados para su inmediata reparación.

Bibliografía

A. Fuentes bibliográficas

Calderón Gamboa, Jorge Francisco, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2015

— *La tutela de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, 2ª ed., México, Porrúa-IMPC, 2015

B. Legislativas: nacionales e internacionales

Ley General de Víctimas

Convención Americana de Derechos Humanos

C. Fuentes jurisprudenciales

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

D. Fuentes electrónicas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Cubero Soto, Melania y Fernández Ulate, Inés, “Análisis y Desarrollo del Concepto Daño al Proyecto de vida”, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2010, <http://www.iiij.ucr.ac.cr>

Fernández Sessarego, Carlos, “Recientes decisiones de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, s.l.i., s.a., http://www.institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_7.pdf

—, ¿Existe un daño al proyecto de vida?, s.l.i., s.a., <http://www.jus.unitn.it/cardo/sessarego.pdf>

Justiça de transição: análises dos julgamentos da corte idh envolvendo o Brasil e soluções

Sérgio Tibiriçá Amaral¹

Maria Eduarda de Toledo Pennachi Tibiriçá Amaral²

RESUMO: Depois do caso Vladimir Herzog e Gomes Lund vs. Brasil são analisados pelas sentenças pronunciadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trazem condenações por

RESUMEN: Después del caso, Vladimir Herzog y Gomes Lund vs. Brasil es analizado por las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que presentan condenas por deli-

1. Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar-Marília. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular das disciplinas de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociaón Mundial de Justicia Constitucional. E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@uni-toledo.br .
2. Pesquisadora e investigadora-bolsista como discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Solicitação de Opinião Consultiva nº 26/2018. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado e do Grupo de Pesquisa “Estado e Sociedade”. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Integrante da equipe as Toledo vencedora artigo escrito “La naturaliza del procedimiento de impeachment y sus implicaiobes procedimentales a la luz del derecho procesal constitucional no Concurso de Estudiantes de Direito realizado em Bogotá pela Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociaón Mundial de Justicia Constitucional. Participante da Estancia Académica Internacional – Proceso, constitución y derechos humanos promovida pela Universidad Francisco de Paula Santander e Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional E-mail: duda@toledoprudente.edu.br

Recibido: 16 de abril de 2019. Dictaminado: 26 de mayo de 2019.

crimes nos quais foram violados os direitos e garantias fundamentais do cidadão presentes na Convenção Americana. Desta forma o presente trabalho será discutido a temática do cumprimento dessas sanções focando os dois Herzog em uma análise detalhada sobre os crimes e também a posição do Supremo Tribunal Federal que julgou a Lei da Anistia como válida. São discutidas as teses e apontadas algumas soluções para que o Estado brasileiro declare a norma não compatível e finalmente, a revogue.

Palavras-chave: Corte IDH. Supremo Tribunal Federal. Lei de Anistia. Caso Vladimir Herzog. Caso Gomes Lund.

tos en los que se han violado los derechos y garantías fundamentales del ciudadano presente en la Convención Americana. De esta manera, el presente trabajo discutirá el tema del cumplimiento de estas sanciones, enfocando a los dos Herzog en un análisis detallado de los crímenes y también la posición del Tribunal Supremo Federal que determinó que la Ley de Amnistía es válida. Se discuten las tesis y se señalan algunas soluciones para que el Estado brasileño declare que la regla no es compatible y, finalmente, la revoque.

Palabras clave: Tribunal HDI. Supremo Tribunal Federal. Ley de amnistía. Caso Vladimir Herzog. Caso Gomes Lund.

SUMARIO: 1-INTRODUÇÃO 2-MEDIDAS E COMPETENCIAS DA CORTE IDH 3-UMA ANÁLISE DO CASO HERZOG E OTROS VS BRAZIL 4-CRÍTICA AO BRASIL E A PARÁBOLA DE VIÚVA PERSISTENTE 5-A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO 6-CONCLUSÃO 7-REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2019, a Procuradora Geral da República do Brasil apresentou uma solicitação por seu requerimento junto ao guardião da Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um pedido de revisão de uma decisão anterior com efeito vinculante e erga-omnes sobre a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia). A petição solicita a investigação e punição de agentes estatais responsáveis por graves violações de direitos humanos ocorridas durante o período da Ditadura Militar, de 1964 até 1988. Está este pedido tramitando no STF, mas a “corte constitucional brasileira” ainda tem duas outras ações que versam sobre a mesma temática, qual seja, responsabilizar pessoas e o Estado brasi-

leiro por crimes contra humanidade e desaparecimento forçado, entre outros: (i) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, a qual foi julgada improcedente por maioria de votos, e que, porém, segue tramitando em razão de embargos de declaração opostos pela Ordem dos Advogados do Brasil, arguente na referida ação constitucional; e (ii) a ADPF nº 320, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a qual tem como fundamento principal, em sumo, a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericana de Direitos Humanos (SIDH). Há também o recente julgamento do caso Vladimir Herzog vs. Brasil.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal foi instado a revisitar o seu entendimento acerca da justiça de transição com foco mais abrangente e, portanto, mais complexo, que é a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) sobre a temática. O objetivo deste artigo é demonstrar as possibilidades que existem para buscar prestigiar os direitos humanos no Brasil, com a punição dos crimes ocorridos pelo aparato oficial e a responsabilização penal das pessoas.

É necessário estampar o reflexo que a tratativa desta questão terá sobre muitos aspectos do SIDH e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a questão estrutural posta em cheque pelas ações em trâmite no STF. Por isso, busca-se uma pesquisa junto ao posicionamento entre a Corte Suprema brasileira, que é divergente do tribunal das Américas. Eis que, para tanto, não basta observar o parecer do Ministério Público Federal anexado aos autos dos Embargos de Declaração na ADPF nº 153, o qual se recusa a descumprir a decisão da Corte IDH até que se tenha uma posição oficial do STF sobre qual a relação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o ordenamento jurídico brasileiro. Se busca na boa doutrina nacional e estrangeira os argumentos para demonstrar que as violações ocorridas não são passíveis de graça, indulto ou perdão. Mas, além dos dois jul-

gamentos e da jurisprudência, há ainda outras questões como a concessão de anistia para crimes contra humanidade ser uma violação de “jus cogens”, além de outros argumentos previstos na Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados.

Mais que emblemático, o caminho para a solução deste imbróglio jurídico é muito importante, razão pela qual a presente pesquisa se destina a analisar alguns dos aspectos principais do problema, sem esgotar o tema. Caso seja resolvida a polêmica criada com sentenças antagônicas, isso amenizará a situação. A anistia traz reflexos de uma resposta imprecisa e contraditória pode causar. A construção de uma diretriz normativa consistente, conexa aos ditames da justiça e a proteção dos direitos humanos, é árdua, mas está delineada em parte nesta apreciação acadêmica. Mas sua desconstrução pode ser imediata, o que justifica a preocupação de Antonio Augusto Cançado Trindade quando apresenta os desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI.

Desta feita, a pesquisa se propôs a analisar algumas das normas previstas nos tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos que estabelecem parâmetros sobre a justiça de transição e, em especial, as tratativas diante das graves violações de direitos humanos cometidas em períodos de exceção. Fica patente o dever de investigar, identificar e punir sob a perspectiva do primeiro Princípio de Chicago sobre a Justiça de Transição e a sua conexão com a jurisprudência da Corte IDH, com os casos ocorridos na Argentina e Chile.

O Brasil sofreu condenações internacionais por conta da forte perseguição aos opositores (mortes, desaparecimentos forçados e exílios) do regime militar vigente na época, sendo que a segunda e mais recente condenação ocorreu no caso do jornalista Vladimir Herzog por tortura e morte. O Brasil foi condenado também por não proporcionar o devido processo legal para apuração do caso Vladimir Herzog, a exemplo do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia). Em 15 de março de

2018, o Brasil foi condenado no Caso Vladimir Herzog vs. Brasil, o por violações aos direitos previstos no Pacto e ainda por negligenciar o dever de adequar direito interno aos preceitos por ela instituídos. Em virtude de nova condenação, surgem também novos argumentos para a propositura de uma nova Argüição com vistas a extirpar a Lei de Anistia do ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se atender nesta apreciação acadêmica a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de uma parte da população que sofreu no período da Ditadura Militar no Brasil.

2. Medidas e competências da corte IDH

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ou Corte IDH fica em San José da Costa Rica, sendo um dos três tribunais internacionais regionais de proteção aos direitos humanos, junto com a Corte Europeia e Corte Africana, embora existam outras cortes, como o Tribunal Penal Internacional que julga crimes contra humanidade, genocídio e crimes de guerra, além de agressão para aos países que ratificaram o Protocolo de Kampala, que não é o caso do Brasil apenas para este último, ainda se lamentando a falta de definição dos crimes de terrorismo.

De acordo com Haideer Miranda Bonilha³, o tribunal das Américas deve aplicar e interpretar os direitos contidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) e os demais tratados regionais de direitos humanos, bem como outros tratados, incluindo as quatro Convenções de Genebra e os dois Protocolos Adicionais, que compõem o acervo do Direito Humanitário. Uma das principais funções dos tratados de direitos humanos é servir de parâmetro para o controle de convencionalidade, como fica na decisão do caso Massacre

3. Miranda Bonilla, Haider. El sistema interamericana de derechos humanos. In Derecho Procesal Constitucional. Diretor Científico Eduardo Andrés Velandia Canosa. Bogotá, Colombia: VC Editore Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 204, p.591-627

de Santo Domingo vs. Colômbia, que ressalta que devem ser os tratados utilizados para a adequação das normas internas aos direitos humanos previstos nas convenções de direitos humanos. No caso foram usadas como base às chamadas Leis de Genebra, no âmbito da Organização das Nações Unidas, ampliando o acervo dos tratados da OEA.

Uma jurisprudência da Corte ganha também a explicação doutrinária de que o controle é fundamentado na supremacia dos direitos internacionais dos direitos humanos previstos nos tratados, que são prevalentes sobre os direitos internos.

Para German José Bidart Campos⁴, a relação do direito constitucional (ou interno) com o direito internacional público dos direitos humanos, e se apresenta quando em uma postura monista de supremacia do segundo sobre o primeiro (por exemplo, na Constituição dos Países Baixos). Portanto, se confere ao direito internacional relativos aos direitos humanos uma ordem preferencial superior em relação a todo o direito interno, incluindo a Constituição.

Se para nosso tema entendemos o direito internacional dos direitos humanos (tratados, pactos, convenções e outros nomes) surge com um complexo regional e global, com posição hierárquica superior, como já entendeu o STF sobre a supra legalidade, além, da prevalência dos direitos humanos.

Portanto, existindo um direito interno posterior ou anterior não será revogado um tratado de direitos humanos, visto que o Brasil abriu mão de parte do seu poder soberano para assinar compromissos nos quais devem prevalecer os princípios da “boa fé” e do “pacta sunt servanda”, previsto nos artigos 26⁵ e 27⁶ da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, ratificada pelo Brasil.

4. Bitard Campos, German José. Teoría general de los derechos humanos, p.362.

5. Art. 26: Todos tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

6. Art. 27: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

O tribunal das Américas conta com sete juízes nacionais dos estados membros da OEA, sendo eles todos eleitos com um mandato de seis anos de acordo com o Pacto San Jose nos artigos 34 e 36. Os Estados Unidos da América do Norte e Canadá, entre outros países, não aceitam a competência contenciosa da Corte do rol, mas podem ter juízes nomeados, bem como aqueles que denunciaram o Pacto, com Trinidad Tobago e Venezuela. À Corte Interamericana pelas várias funções tem como a finalidade a proteção direitos humanos, mas as competências na qual trabalharemos serão a competência consultiva e contenciosa presentes nos artigos 61 e 63 do Pacto, que são as que mais se destacam. No entanto, não se pode acessar a Corte diretamente, pois o procedimento contencioso passa previamente pela Comissão, que faz um juízo de admissibilidade.

Para antigo juiz e doutrinador Sérgio García Ramirez⁷ há outras competências de fato, que são a consultiva por meio da qual qualquer membro da OEA pode solicitar a Corte pareceres quanto à interpretação dos tratados de direitos humanos. Defende-se que devido à vinculação dos Estados aos pronunciamentos da Corte IDH, as Opiniões Consultivas tem efeito vinculante na fixação de parâmetros não apenas para o controle de convencionalidade, mas para políticas internas. No entanto, isso vale para o Estado que fez a consulta, embora possa a interpretação deva servir de parâmetro como fica claro nos pronunciamento OC 21/14 e OC 22/16.

Os magistrados fornecem uma interpretação autêntica dos conteúdos previstos nos diversos tratados de direitos humanos do acervo da OEA. Nesse aspecto é possível um controle de convencionalidade das leis internas, sendo a competência consultiva pode determinar a revo-

7. Ramirez, Sergio García. *Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos*. In *Anuario mexicano de derecho internacional*. Vol.8. Cidade do México, 2008. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100005>. Acesso: 15 de jan. de 2019.

gação da legislação interna conflitando com os tratados. Num comparativo com outros tratados, trata-se da mais abrangente competência em relação aos outros tribunais internacionais. Por isso, resta claro que é possível que um Estado membro acate a interpretação de um tratado e revogue sua legislação interna, no caso a Lei de Anistia do Brasil, para se adequar a competência consultiva da Corte IDH na interpretação do real significado dos tratados de direitos humanos.

No Parecer n.º 14 (1999) afirma que as edições de leis contrárias aos tratados internacionais se tornam violações dos deveres em que o Estado ratificador deve corrigir, pois abriu mão de parte da soberania e assumiu compromissos em nível internacional com os direitos humanos. As Opiniões Consultivas da Corte não têm um caráter vinculante, mas mesmo estes reconhecem uma exceção, como a Opinião Consultiva número 21⁸ que trata das crianças em um contexto de migração. As OC's têm um papel de extrema importância que é a interpretação sobre o alcance da Convenção Americana e demais tratados, sendo essa opinião uma forma autônoma de interpretação dos direitos humanos, que no mínimo constroem os países. Há autores que defendem a força vinculante dessas opiniões, como os brasileiros Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério de Oliveira Mazzuoli⁹ e Flávia Piovesan¹⁰, com o que se concorda pela força do pedido, em especial para o Estado que fez a solicitação.

A competência contenciosa segue como a principal da Corte, pois é ela que trata da resolução dos casos concretos de violação dos direitos humanos, analisando assim as denúncias feitas depois do juízo de

-
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos e garantías de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n. 21.
 9. Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.
 10. Piovesan, Flávia. *Derechos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

admissibilidade na Comissão. A competência contenciosa é aceita em vista daqueles países que reconheceram o Pacto, sendo que nesta o Brasil sofreu condenações.

O julgamento é feito por etapas, começando, necessariamente, pela a denúncia na Comissão, que tem a função de confirmar se houve realmente a violação dos direitos humanos termos a Convenção. O órgão de Washington durante esse “juízo de admissibilidade” sugere a adoção de uma ou várias medidas para que se restaurem os direitos violados e sejam tomadas medidas das mais diversas, como não repetição, direito à verdade, pagamento de indenizações, construção de memoriais, elaboração de leis e o treinamento dos agentes estatais, entre outras. Todas essas medidas têm com um único objetivo prestigiar os direitos humanos e para realização disso se faz necessária a implementação das decisões da Corte IDH. Em algumas vezes esse tipo de controle político de convencionalidade foi feito na Comissão como no caso Maria da Penha vs. Brasil, quando o governo brasileiro aceitou a recomendação interamericana e resolveu não apenas modificar sua legislação penal, mas tomou medidas como pagamento de indenização por dano moral, material e ao projeto de vida, mesmo sem o caso alcançar a Corte IDH. Além disso, o Executivo se dispôs a criar uma estrutura com as delegacias da mulher.

As violações desses direitos humanos podem ser feitas por ação ou omissão por parte qualquer Estado parte¹¹ que ratificou o Pacto. Os Estados que são membros da Convenção/Pacto podem ser responsabilizados pelos atos ilícitos por meio das sentenças, enquanto que os demais ficam apenas com as medidas da Comissão, que já se manifestou pela não validade da Lei de Anistia brasileira.

11. CDI – Comissão de Direito Internacional. *Projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por fatos ilícitos*. Publicado em 1997. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2018.

Além das sentenças definitivas há ainda outras sentenças com caráter de urgência, como as medidas provisórias, que podem ser divididas em duas: as cautelares e as tutelares. Segundo a doutrina¹², as medidas cautelares são aquelas que tentam fazer a efetivação e guardar a integridade das decisões. Das medidas provisórias à medida provisória tutelar é a uma garantia jurisdicional que busca evitar os danos irremediáveis cometidos contra as pessoas.

Pela interpretação sistemática da Constituição de 1988 e com base no texto trazido pelo do artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil tem a obrigação de cumprir tais medidas e as responsabilidades devem impostas aos responsáveis. Porém essas medidas também estão restritas e só são aceitos aqueles estados que aderem a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As medidas provisórias tratadas na Corte são imprescindíveis para efetivação dos direitos humanos nos estados, todavia a execução de tal material vai depender do comprometimento destes estados que ratificaram a competência contenciosa da Corte IDH.

O primeiro caso para construção do entendimento foi *Gomes Lund vs. Brasil*¹³, no qual temos uma sentença protelada pela Corte IDH, que conflita com outra sentença em nível interno proferida em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 no STF, que considerou a Lei de Anistia como válida no Brasil.

Em nível da Corte IDH, a sentença deixa claro que o desaparecimento forçado de pessoas é uma violação ao Pacto San José da Costa Rica, esse crime que não prescreve e não é suscetível de indulto, graça e perdão, sendo ainda um crime permanente. O dispositivo da

12. Buergeth, Thomas; Norris, Robert. *Human Rights: the inter-american system*. New York: Oceana Publications, 1982.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros versus Brasil* (Sentença 24 de novembro de 2010)

sentença ainda agrega que fato da privação da liberdade junto ao desaparecimento forçado, que é o primeiro artigo após o preâmbulo desta Convenção, viola os direitos dos familiares que não puderam fazer os rituais de sepultamento devido aos corpos desaparecidos.

A Corte julga casos de responsabilidade internacional e não casos com relativas responsabilidades criminais nacionais, como afirma Cecilia Medina Quiroga e Claudio Nash Rojas¹⁴. Nesse sentido o controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e as leis do país servem como uma forma de incorporação aos casos futuros e também a Corte IDH trazendo uma preocupação maior com suas jurisprudências, mas apenas retirando a legislação de anistia do ordenamento do Brasil.

O dispositivo da sentença da Corte IDH, como regra, é terminativo e irrecorrível de forma que deve ser aceito como inapelável. Assim sua aplicabilidade deveria ser imediata no País onde temos uma decisão transitada em julgado. Por isso mesmo há um acompanhamento de sentença do tribunal para saber se o Estado ainda pretende cumprir todos os itens prescritos. O cumprimento dessas decisões se torna muito importante na questão de proteção aos direitos humanos, embora não exista punição para a desobediência nos casos Guerrilha do Araguaia e Vladimir Herzog.

A competência executiva, por sua vez, não está prevista diretamente no Pacto San, pois seria uma “competência da competência”, por meio da qual há uma supervisão das decisões da Corte e também a execução destas. Para a Corte IDH essa competência é inerente a sua função jurisdicional. O pioneiro caso Baena Ricardo y outros vs. Panamá, em que foi debatida a questão da demissão de 270 funcionários que

14. Quiroga, C. M.; Rojas, C. N. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Chile: Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2011. Disponível em <<http://www.cdh.uchile.co/media/publicaciones/pdf/79.pdf>>. Acesso: 13 de dez de 2018.

participaram por uma greve de reivindicações salariais. No entanto, os funcionários foram acusados de cumplicidade com o golpe militar que estava acontecendo na época. O tribunal então decidiu que a aplicação retroativa da lei viola a Convenção Americana, já o estado em controvérsia alegou questão de ameaça à segurança nacional. O tribunal Internacional então afirmou que houve a violação do Pacto San Jose por causa do processo e também pelo fato do direito de associação.

No caso Baena Ricardo¹⁵ é possível ver o uso desta última competência como forma de avaliação e execução das decisões da Corte, tornando o acompanhamento e a urgência do seu cumprimento como pontos bem eminentes a Corte. Este acompanhamento seria feito com a apresentação de relatórios por parte dos estados como traz o artigo 69.1 do Regulamento.

3. Uma análise do caso Herzog e outros vs. Brasil

Vladimir Herzog¹⁶ foi um jornalista formado pela Universidade de São Paulo, casado com Clarice Herzog, que sofreu com tortura e foi morto e quando estava detido pelos órgãos de repressão militar durante o período ditatorial no Brasil, que começou em 1964. O jornalista que havia nascido num território da antiga Iugoslávia, havia se naturalizado brasileiro. Sobre sua carreira, após se consolidar no jornalismo impresso, no ano de 1975 foi escolhido por José Mindlin, secretário de cultura de São Paulo, para tomar as diretrizes da TV Cultura, experimentando um veículo de maior alcance.

Neste período, Vladimir, conhecido como Vlado pelos amigos se tornou vítima de uma campanha contra sua gestão na TV Cultura por

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros versus Panamá* (Sentença 2 de febrero de 2001)

16. Instituto Vladimir Herzog. *Caso Herzog*. Disponível em <<http://vladimirherzog.org/casoherzog/>>. Acesso: 31 de agosto de 2019.

deputados estaduais do partido governista denominado ARENA. Foi alvo de várias acusações na Assembléia Legislativa de São Paulo. Vlado era constantemente atacado e chamado pejorativamente de “judeu comunista”.

Com a ausência da democracia e pela pressão dos deputados, o jornalista foi levado por agentes do II Exército para prestar depoimentos sobre suas relações com o Partido Comunista Brasileiro (PCB) que operava na ilegalidade no período de ditadura militar. A detenção seria num dia após o expediente, mas por interferência da emissora, Vlado ficou de se apresentar no dia seguinte pela manhã.

O jornalista Vladimir se apresentou ao Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna, o DOI-CODI e acabou ficando preso com mais dois jornalistas George Duque Estrada e Rodolfo Konder. Vladimir Herzog negou qualquer tipo de ligação com o PCB, porém após esse acontecimento Vladimir nunca mais fora visto com vida.

Na época os militares apresentaram uma versão oficial dizendo que Vladimir havia se suicidado no local, apresentando fotos e laudos médicos assinados pelas autoridades que participaram da tortura, incluindo um médico Henri Shibata. As fotografias montadas pelo aparato da repressão levavam a crer que ele havia se enforcado. No entanto, posteriormente, o próprio autor que disponibilizou a fotografia afirmou que o suicídio seria falso, ou seja, os militares tentavam encobrir o que realmente havia acontecido com Vladimir, pois a tortura havia tirado a vida do jornalista.

Todas essas mentiras divulgadas para imprensa e um dossiê sobre às atividades comunistas alcançaram a população. A finalidade era de esconder os erros cometidos durante os interrogatórios, que resultaram na morte do jornalista. Entretanto era sabido que o jornalista havia sido torturado e morto por militares, sendo que esse expediente havia ocasionado a morte.

O Caso Herzog¹⁷ teve grande impacto na sociedade daquele período trazendo à tona uma imagem de crueldade totalmente vinculada ao período ditatorial no Brasil, pois se tratava de uma pessoa que os possíveis crimes eram de palavras e opiniões. Assim as revoltas contra a morte se assolaram pelo País, como por exemplo, a de estudantes que não se sucedia desde 1968, Houve também uma cerimônia religiosa na Igreja da Praça da Sé, em São Paulo. A partir disso, houve um movimento buscando a redemocratização do País, com a participação do arcebispo de São Paulo, Paulo Evaristo Arns, o pastor protestante James Whight e o rabino judeu Henry Sobel.

No caso Herzog a mulher do jornalista, Clarice, entrou com uma Ação Declaratória para com a Justiça Federal de São Paulo, alegando que os militares foram os culpados de tortura e morte, afirmando que o Estado brasileiro deveria ser responsável pela segurança de Vladimir por ele estar oficialmente sobre a responsabilidade do DOI-CODI. Essa ação gerou uma grande investigação que chegou ao Ministério Público e Procuradoria Público Federal, entretanto houve o arquivamento do processo no ano de 2009 ainda no procedimento nacional, devido a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia.

Este caso chegou a Comissão por meio de uma petição, sendo admitida e a partir disso a CIDH constatou que o Brasil é responsável pelas violações como o direito a vida, liberdade e integridade pessoal de Vladmir Herzog, além da privação de sua liberdade de expressão tratada por razões políticas e ideológicas.

O estado brasileiro não cumpriu às prescrições da Comissão, assim o caso Herzog foi apresentado a Corte Interamericana que tratou em audiência de ouvir os depoimentos de peritos e familiares da vítima.

Este caso somente chegou a Corte IDH pelo fato do estado brasileiro não ter investigado e punido os responsáveis por tais atos de tortura

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vladimir Herzog e outros versus Brasil* (Sentença 15 de março de 2018)

e execução contra Vladimir Herzog, levando em conta a recepção da Lei da Anistia¹⁸, embora outras medidas compensatórias tenham sido acatadas.

Fica patente na análise que nem sempre as recomendações da Comissão foram implementadas, o que se repete e compele que esses casos cheguem à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Novamente foi proposto pelo tribunal a percução penal dos autores deste assassinato, pois são crimes contra a humanidade, estes cometidos no período de ditadura militar no Brasil, que não prescrevem segundo entendimento não apenas do Sistema, mas da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto, está claro que o estado brasileiro deve concretizar a decisão, não apenas apurando os fatos, mas responsabilizando os autores dos crimes cometidos.

A mulher de Vladimir Herzog, antes de recorrer internacionalmente, já havia entrado com processos antes contra o estado brasileiro na esfera federal pedindo que os militares atuantes no assassinato de seu marido fossem devidamente punidos. No entanto, todos os processos nacionais foram arquivados ou trancados por juizes que alegavam que os crimes da ditadura estavam prescritos por causa da morte ocorrer em 1975 ou ainda pela decisão vinculante do Supremo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no tocante à Lei da Anistia. Assim somente quarenta e dois anos depois, Clarice Herzog conseguiu chegar ao Sistema Interamericano alcançando a Corte, buscando realmente Justiça e foi neste tribunal internacional que o estado Brasileiro foi condenado novamente.

Em tese, pela sentença interamericana, o Brasil deve apurar e punir aos militares diretamente e indiretamente envolvidos, reconhecer do mesmo modo a jurisdição da Corte trazendo em um intervalo de um ano o relatório completo sobre a implementação das decisões da

18. BRASIL. LEI Nº 6683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979. *Concede anistia e dá outras providências*, Brasília, DF, agosto, 1979.

Corte. Por outro lado, além da investigação, o Brasil deve pagar 240 mil reais para a família de Vladimir Herzog como indenização pelos ocorridos sendo estes de cunho moral e material.

Pela tese trabalhada pelos magistrados das Américas, a Lei da Anistia, promulgada em agosto de 1979, não deve ser aplicada neste caso, uma vez que ela não deve ser usada contra os agentes públicos que realizam tais tipos de crimes contra humanidade (detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimento forçado e etc.).

Essa questão é de vital importância incluindo para “El Acuerdo Final para la Paz”¹⁹, que buscou na Colômbia a criação do Sistema Integral de Verdade, Justiça e Reparação e Não Repetição para garantir os direitos das vítimas do conflito armado que durou décadas.

Ocorre que na Colômbia foi criada a ‘Jurisdicción Especial para la Paz’(JEP) como mecanismo de justiça transicional por meio da qual se investiga e julga delitos cometidos por ex-combatentes das FARC-E-PE, membros das Forças Armadas, outros agentes do Estado e terceiros civis, que tiveram participado no conflito armado colombiano.

Os casos colombianos e brasileiros estão dentro da ideia de Justiça de Transição, sendo que o Brasil já passou por um julgamento. Pelo caso anterior da Guerrilha do Araguaia, o Brasil foi obrigado a criar uma Comissão de Verdade, o que efetivamente foi cumprido. Essa Comissão Nacional da Verdade, em razão das violações não serem tratadas em crimes de âmbito nacional, ressalta a importância da responsabilidade internacional.

A Corte IDH classifica os delitos como crimes contra a humanidade, ou seja, não entram no rol de crimes puníveis com a Lei da Anistia. Para a Corte o Brasil não deve invocar a Lei da Anistia, pois estaria sendo uma forma de evitar a investigação e punição dos militares res-

19. O Acordo de Paz entre o Governo do Presidente Juan Manuel Santos Nacional e o grupo guerrilheiro FARC-EP de 24 de novembro de 2016 está vigente na Colômbia desde março de 2017 quando foi aprovado pelo Senado.

ponsáveis pelo assassinato do jornalista, excluindo a responsabilidade do estado para com a população brasileira.

A sentença faz coisa julgada internacional e gera uma vinculação imediata e direta, de acordo com os artigos 67, parte inicial, que diz: “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”. Reforçando o dispositivo, o artigo 69 traz: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

4. Crítica ao Brasil e a parábola da viúva persistente

Bem, para justificar a necessidade da mudança de posicionamento poderíamos só nos ater aos dispositivos do Direito Internacional Público, nos tratados da OEA e da ONU, na doutrina internacional e na jurisprudência da Corte IDH, além do apporto aos dispositivos constitucionais. Mas, a Bíblia Sagrada no livro de Lucas, capítulo 18 traz a parábola da Viúva Persistente, a qual Jesus contou aos seus discípulos, que relata uma viúva que como Clarice Herzog persistiu.

Como revela a Opinião Consultiva n. 13/93 da Corte IDH são muitas as maneiras como um Estado pode violar um tratado internacional e, especificamente, a Convenção. Em este último caso, pode fazê-lo, por exemplo, se omitindo de fazer as normas a que está obrigado pelo artigo 2^o.

20. Opinión Consultiva O.C. – 14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes de la Convención (arts. 1 y 2. CADH), solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, Serie A. ,N. 14, párr. 35.

Na parábola, o médico Lucas diz ²¹: “Em certa cidade havia um juiz que não temia a Deus nem se importava com os homens. E havia naquela cidade havia uma viúva que se dirigia continuamente a ele, suplicando-lhe: ‘Faze-me justiça contra o meu adversário’. Por alguém tempo ele se recusou. Mas finalmente disse a si mesmo: Embora eu não tema a Deus e nem me importe com os homens, esta viúva está me aborrecendo; vou fazer-lhe justiça para que ela não venha mais me importunar”. A parábola segue afirmando que Ele lhes fará Justiça, mas o que se defende aqui é mesmo uma justiça terrena, dos homens, do Brasil e das Américas, pela insistência da viúva e demais familiares.

Bem, mas família Herzog professa o judaísmo e no livro de Deuteronômio, capítulo 18 há determinações a respeito: “O Juízes e suas Funções”²²: “Nomeiem juízes e oficiais para cada uma de suas tribos em todas as cidades que o Senhor, o seu Deus, lhes dá, para que eles julguem o povo com justiça. Não pervertam a justiça nem mostrem parcialidade”.

E qual o motivo de cumprir a sentença no caso da viúva Herzog? Não há justificativa pelas leis dos homens.

Inicialmente, pelo princípio da boa-fé. O Brasil se comprometeu ao ratificar o Pacto de San José da Costa Rica, de aceitar e cumprir as sentenças da Corte IDH. O segundo motivo é que a doutrina chama de efeito útil das convenções, pois os Estado não podem empobrecer pelas suas práticas internas e, adequar sua legislação aos tratados e finalmente, que os Estados não podem alegar normas internas para deixar de cumprir seus compromissos previstos nos tratados.

O Caso da Guerrilha do Araguaia vs. Brasil foi o primeiro a ser levado ao Sistema Interamericano devido à falta de punição dos responsáveis por uma série de delitos de natureza grave ocorrido nos conflitos entre grupos de esquerda e o Exército. E desde desse julgamento é obrigação

21. Bíblia Sagrada, Novo Testamento, Livro de Lucas, capítulo 18, 1-5.

22. Bíblia Sagrada, Velho Testamento, Livro de Deuteronômio, capítulo 16, 18-20.

dos juízes e tribunais locais brasileiros não aplicar os direitos opostos ao Pacto de San José e, depois da decisão, cumprir o artigo 69 do Pacto.

Os fatos se dão no período ditatorial, uma época turbulenta vivida para a população local, novamente com violações de direitos humanos. Em 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos repassa a Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra o estado brasileiro, por torturas, detenções arbitrárias e o desaparecimento forçado de setenta pessoas, dentre elas camponeses e filiados do Partido Comunista Brasileiro. Já na Comissão, o Brasil deveria usar o chamado controle de convencionalidade repressivo ou destrutivo²³.

No governo do General-Presidente Humberto de Alencar Castelo Branco pode-se afirmar que as maiores características foram às cassações dos direitos políticos daqueles que eram contra a Ditadura Militar, bem como outras medidas de força como aposentadoria de professores e membros do Poder Judiciário, além das chamadas guerrilhas, urbana e rural.

O principal foco das revoltas foi a guerrilha rural montada nas proximidades no rio Araguaia, que tinha como objetivo trazer uma força popular como um exército, para alcançar o fim a ditadura e implantação de uma Ditadura do Proletariado. Entre as várias medidas para coibir o chamado terrorismo, em especial para tentar enfrentar o socialismo, houve um recrudescimento dentro grupo militar. Surgiu-se então o AI-5, o ato institucional número cinco, que conseqüente traz uma rigidez maior do governo militar permitindo o envio de tropas para combater os guerrilheiros do Araguaia.

Foi somente então no governo do general Emílio Garrastazu Médici que um contingente de soldados, sendo aproximadamente de cinco mil homens foram enviados ao local para eliminar os guerrilheiros após

23. Ságues, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano y SUS anticipos en el en ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias com em Sistema Europeo <in> WWW. Jurídicas.unam.mx. p. 4.

sua identificação. A última operação foi a “Operação Marajoara” que ocorreu em 1973 os soldados tinham ordens para não manter prisioneiros, e prisioneiros não mantiveram. Em quatro meses derrotaram a guerrilha, diz Elio Gaspari²⁴.

O caso Guerrilha do Araguaia foi levado a Comissão e logo após a Corte Interamericana, onde neste Tribunal Internacional o estado brasileiro foi condenado por não investigar, julgar e condenar os militares responsáveis pelas violações aos guerrilheiros, bem como moradores locais simpatizantes do movimento.

Desta maneira, a sentença estabelece que o Brasil deve conduzir uma investigação penal dos fatos ocorridos no Araguaia aplicando as devidas sanções para que se incorpore a devida relevância estatal aos direitos humanos.

Em ambos casos, Gomes Lund e outros vs. Brasil²⁵ e Herzog vs. Brasil há a mesma discussão doutrinária e jurisprudencial, qual sejam, graves violações dos direitos humanos no período de ditadura militar junto com a ineficácia da implementação das decisões da Corte Interamericana no estado brasileiro dentro da Justiça de Transição.

O primeiro caso que chegou a Corte IDH tratava da punição dos militares brasileiros, o caso Gomes Lund e desde sua sentença final não há previsão do cumprimento da decisão do tribunal desde os anos de 2009/2010. Se passaram muitos anos até chegarmos ao caso de Vladimir Herzog e após nova sentença dada pela Corte, o Brasil nada fez sobre sua Lei de Anistia. No entanto, se reconhece os avanços no tocante ao pagamento de indenizações, medidas de não repetição, por exemplo e da Comissão da Verdade.

24. GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 441.

25. CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

O governo brasileiro desde que ratificou o Pacto San José da Costa Rica se propõe a proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais do cidadão, principalmente quando pelo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal os direitos dos tratados são supralegais. Reforçado desde a Emenda n.45, os tratados de direitos aprovados pelo mesmo quórum tem status de emenda constitucional, ou seja, são formalmente e materialmente constitucionais, surgindo o Bloco de Constitucionalidade.

É neste viés doutrinário que percebemos quão burocrática é a execução dessas normas e por meio das sentenças dos dois casos na Corte IDH. Fica claro que há uma deficiência instalada no sistema normativo o que dificulta está execução. Então se torna necessária construção de um plano em que seja possível este cumprimento de decisões.

É visto de certa forma que no contexto constitucional o Brasil trata muito dos direitos humanos em sua constituição, visto que ela vem de uma temporada antidemocrática, como destaca o ministro Celso Lafer, citado por Flávia Piovesan²⁶: “O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

O Brasil aceita pela própria Lei Maior que existem direitos e garantias oriundos dos tratados de direitos humanos.

No caso, abre-se algumas discussões, entre as quais que no Brasil as decisões internacionais não suscetíveis à homologação já que estão vinculadas pela ratificação de um tratado. Logo não precisam também de quaisquer normas que regularizem seu ingresso. Portanto, outro argumento para justificar o cumprimento de uma decisão transitada em julgado no tribunal do continente.

26. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Outros países da América Latina fazem essa regulamentação das sentenças da Corte IDH como Colômbia, Peru, Honduras, Venezuela, segundo Flávia Piovesan²⁷. No entanto, a Constituição estabelece nos termos do art. 5º, § 1º “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nos países citados há normas para a execução das decisões da Corte, que vão disciplinar essa implementação. Trata-se de um método, pois essas normas vão estar incorporadas na obrigação dos países de adotarem as disposições internas e legislativas.

Essas normas podem também ser nomeadas de “*enabling legislation*” e visam facilitar a efetuação das sentenças dos Tribunais Internacionais, cumprindo integralmente a questão de indenizações, todavia tendo uma falha na realização de investigar, punir e condenar aqueles que infringiram a Convenção Americana, como diz Viviana Krsticevic²⁸.

No Brasil existiu um projeto para a criação dessas normas de execução, todavia ele atualmente está em tramite, sem previsão votação. Tal projeto foi elaborado pelo deputado Marcos Rolim no ano de 2000, era o projeto de lei nº 3214.

Caso está norma fosse levada a adiante seria de grande avanço de tal maneira que o cumprimento das decisões internacionais aumentaria a capacidade do nosso sistema interno. No entanto, há necessidade de

27. Piovesan, Flávia. *Implementation through intrastate levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions*. In: *Working session on the implementation of international human rights obligations and standards in the Inter-American System*, 2003, Washington. Anais eletrônicos... Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>. Acesso: 17 de set. 2018.

28. Krsticevic, Viviana. *Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL (Org.) Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 40.

regular as questões pretéritas, como as citadas com sentenças válidas e acompanhamento destas pela Corte IDH.

5. A justiça de transição

o direito internacional como direitos humanos surgiu logo após a Segunda Guerra Mundial, embora houvesse antecedentes do direito humanitário, em especial com a Cruz Vermelha. A grande finalidade era de coibir o abuso do estado perante sua população, é desta forma, Valério de Oliveira Mazzuoli²⁹ afirma:

A chamada Justiça de Transição é um conjunto de políticas que revisam os fatos ocorridos em um regime anterior, uma ditadura, com a finalidade de transpor-se para um novo regime, encontrando fragmentos históricos em ocorridos desde o surgimento da democracia ateniense. Portanto, um processo de redemocratização pode passar, como foi o caso do Brasil, da edição de leis de anistia, indultos e perdões judiciais.

Inobstante a variedade histórica, é no momento da revolta popular que se iniciam as movimentações clamando por mudanças no cenário político ditatorial em que se encontram. No Brasil, houve um movimento popular que pediu uma anistia ampla, geral e irrestrita, ainda quando os militares estavam no poder. Ensinam Guillermo O'Donnel e Philippe C. Schmitter³⁰:

Em alguns casos e em momentos particulares da transição, muitas dessas diversas camadas da sociedade reúnem-se para formar o que denominamos “revolta popular”. Sindicatos, movimentos de base, grupos religiosos, intelectuais, artistas, clérigos, defensores de direitos humanos e associações profissionais apóiam-se

29. Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

30. O'Donnel, Guillermo; Schmitter, Philippe C. *Transições do regime autoritário*: primeiras conclusões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 91.

mutuamente em seus esforços pela democratização e formam um todo maior que se identifica a si mesmo como “o povo”, *el pueblo, il popolo, le peuple, ho laos*.

No Brasil, houve um movimento pela concessão da anistia que foi apoiado por vários setores da sociedade, como partidos políticos de diferentes ideologias, sindicatos, igrejas e ainda setores da sociedade civil, o que atenua a denominação de auto anistia, pois o governo militar cedeu aos apelos, pois também lhe era muito conveniente.

Trata-se, portanto, direito do pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante este período (1939-1945), e que foi marcado por inúmeras violações de direitos humanos. A partir desse momento histórico, cujo saldo maior foram 11 milhões de mortos (sendo 6 milhões de judeus) no decorrer desses anos, a sociedade internacional dos Estados viu-se obrigada a iniciar a construção de uma normatividade internacional eficaz, a fim de resgar-

dar e proteger esses direitos, até então inexistentes. O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial a falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta.

O reconhecimento da jurisdição da Corte estabelece no ordenamento jurídico brasileiro “um novo tipo de sentença judicial, apta a desencadear o processo de execução contra a Fazenda Pública, a saber, a sentença internacional da Corte americana” como afirma André de Carvalho Ramos³¹. Nesse sentido não há como extinguir a ligação da Corte e da Convenção com o estado brasileiro.

A República Federativa do Brasil tem o dever deveria buscar no direito interno as condições necessárias para cumprir as sentenças pro-

31. Ramos, André de Carvalho. *A responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos*, p. 545.

latadas pela Corte IDH. Neste sentido que Antonio Augusto Cançado Trindade³² ressalta os “passos legislativos iniciais, tomados por poucos Estados-Parte da Convenção Americana até o presente momento, no propósito de assegurar o seu fiel cumprimento no plano do direito interno”, países como Colômbia e Peru trazem isso, e ambos executam as decisões da Corte.

A Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados que estabelece no seu artigo 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Portanto, as regras convencionadas precisam ser cumpridas externamente e internamente. O não cumprimento poderia gerar sanções. As obrigações para com a Corte têm base específica na Convenção ratificada pelo Brasil, sendo assim não há justificativa para nenhum procedimento de arquivamento dos processos penais diante do mandamento da sentença internacional.

Uma solução para tal problema, apontada pela doutrina, seria a criação também de um comitê para fazer a fiscalização que atue exclusivamente para acompanhar a implementação das decisões dos tribunais internacionais, como foi feito na Argentina, o que geraria uma possível aproximação entre o sistema brasileiro e o internacional, trazendo um controle do judiciário maior, também para obter um êxito em toda a fiscalização, bem como para deixar as partes mais envolvidas na questão da implementação das sanções apresentadas pela corte. No Brasil, hipoteticamente o Conselho Nacional de Justiça poderia liderar esse grupo ou ganhar competência para dissipar essas questões de justiças multiportas.

32. Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Boucault, Carlos Eduardo de, Araújo, Nadia de. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, p. 29.

6. CONCLUSÃO

A tese da revogação da Lei da Anistia traz importantes argumentos jurídicos, políticos e sociais importantes envolvendo não apenas a teoria geral dos direitos humanos, jurisprudência da Corte, tratados, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, mas duas sentenças envolvendo o Brasil. A não validade da Lei nº 6.683/79 vai ao encontro de princípios da aplicabilidade da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, como o “*pact sunt servanda*” e da inviolabilidade de normas de “*jus cogens*”. Foram analisadas apenas duas sentenças da Corte IDH, que condenaram o Brasil, embora o julgamento inicial no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil ainda se encontre em aberto, com expediente de “*cumprimento de sentença*”. A base foi iniciada no caso Guerrilha do Araguaia, mas foi lapidada no caso que veio depois no Vladimir Herzog vs. Brasil. Nos dispositivos das sentenças e com base na jurisprudência do tribunal, o Brasil está em mora. Com a não revogação da Lei de Anistia no tocante aos aspectos penais e processuais penais, restou demonstrado, de forma clara, que há condutas a serem adotadas pelo Brasil com a finalidade de solucionar um conflito entre a decisão do Supremo Tribunal brasileiro e a sentença da Corte IDH, com aval da Comissão, no tocante à ineficácia da Lei de Anistia.

Pelo demonstrando, os dispositivos das duas sentenças possuem status de norma constitucional e, devido a isso os seus cumprimentos são obrigatórios.

No entanto, verifica-se que o cumprimento de parte de uma das referidas decisões tem sido cumprido no caso da Guerrilha do Araguaia, em especial, como pagamento de indenizações e a criação da Comissão da Verdade.

O que está obstado pelo julgamento da Suprema Corte Brasileira, relativo à ADPF 153, que julgou a Lei de Anistia recepcionada e, portanto, válida em seu inteiro teor, proíbe a responsabilização penal das

pessoas que praticaram crimes contra humanidade, como tortura e desaparecimento forçado, entre outros. Essa decisão do STF é totalmente contrária à proferida pela Corte IDH, que considerou a Lei de Anistia incompatível com as disposições do Pacto de San José.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, traz questões doutrinárias e jurisprudenciais como crimes permanentes ocorrido no Araguaia, com pessoas que desapareceram. Prevê ainda outros assuntos complexos dos direitos humanos, como que esses tipos penais de crimes contra à humanidade não passíveis de indulto, graça ou perdão. Por conta disso, diante da jurisprudência dominante, a Corte IDH declarou a invalidade da Lei de Anistia.

Há um confronto de decisões. As medidas constantes em toda sentença da Corte IDH – perseguição penal dos crimes; criação da comissão da verdade; esforços para determinar o paradeiro das vítimas; e a tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas. É importante para o Brasil se reconciliar com o Sistema Interamericano, embora as questões financeiras tenham sido cumpridas com o pagamento de indenizações. Um pouco foi efetivamente cumprido, como a criação da Comissão da Verdade no Brasil, mas o principal continua a ser a determinação de promover a perseguição penal dos crimes.

O Ministério Público Federal tem procurado dar cumprimento à decisão da Corte IDH, no tocante à perseguição penal dos crimes ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia e mais recentemente no caso Herzog. Mas, às denúncias oferecidas pelo MPF não tem sido recebida com base na sentença vinculante do STF no julgamento da ADPF 153, sendo que por isso foi feita uma petição.

No dia 15 de março de 2018, no julgamento do Caso Vladimir Herzog vs. Brasil, o Estado brasileiro foi mais uma vez responsabilizado internacionalmente por violações aos direitos previstos na Convenção Americana e negligenciar o dever de adequar direito interno aos preceitos por ela instituídos. Em virtude de nova condenação, surgem

também novos argumentos para a propositura de uma nova Arguição com vistas a extirpar a Lei de Anistia do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa posição deveria ser revista. Há propostas explicitadas, cabendo verificar-se que, uma legislação revogando a Lei da Anistia poderia ser um dos caminhos. A Câmara e/ou Senado poderiam fazer uma legislação revogando a Lei de Anistia. Há respaldo, pois o efeito vinculante do primeiro julgamento se destina apenas ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. A edição de uma legislação com base nos tratados de direitos humanos poderia fornecer novo tratamento a mesma matéria. A lei nova revogaria, expressa ou tacitamente, a legislação mais antiga, a Lei nº 6.883/79.

O Brasil não deve continuar a alegar coisa julgada ou efeito vinculante para obstruir inquéritos policiais ou ações penais que estejam a apurar e julgar os crimes cometidos, que não prescreveram, mas precisa de uma solução jurídica. Uma outra possibilidade seria um novo julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção da polêmica lei, com base na decisão da Corte IDH.

O Brasil deve aplicar as duas sentenças interamericanas, pois estas se amparam na prevalência dos direitos humanos, princípio que deve reger esses conflitos e está na Constituição e no Pacto de San José. Isso dá ainda mais legitimidade ao dispositivo da sentença Herzog da Corte IDH. Ele goza de uma eficácia independentemente por se tratar de crimes lesa-humanidade, que podem ser remidos por indulto, graça e perdão. A sentença traz uma aproximação dos sistemas o brasileiro e internacional, para a efetivação completa das decisões judiciais da Corte IDH.

Uma terceira possibilidade surge com o Brasil solicitando uma Opinião Consultiva, pela qual a Corte IDH emite parecer sobre um determinado objeto de questionamento, no caso a validade da Lei de Anistia do Brasil. Isso é possível, pois a competência consultiva recaia sobre o

Pacto e demais tratados, a fim de saber se a normativa doméstica está de acordo como os parâmetros internacionais de proteção aos direitos humanos. Essa consulta deve ser feita mediante às perguntas específicas em relação ao que visa obter com respostas.

Ainda não tendo sido superada esta questão pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, é razoável ainda que, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental incidental, no contexto de um caso concreto examinado por um juiz ou tribunal, o impasse relativo à Lei de Anistia seja apresentado com vestes de relevante fundamento de controvérsia constitucional relevante, deslocando a causa para nova apreciação em plenário no STF.

Uma quarta possibilidade de alteração no entendimento do julgado da ADPF nº 153 reside no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo CFOAB, no dia 16 de março de 2011, os quais até o presente momento (2019) ainda não foram apreciados pelo STF. Alega a Ordem dos Advogados que muitos foram os fundamentos jurídicos não ponderados nos votos dos ministros, omissão esta que enseja devido esclarecimento pela corte constitucional brasileira. Há em tese a possibilidade teórica de mudar os rumos traçados pela Lei de Anistia.

Referências

- Bassiouni, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Buani, Christiani Amaral. *A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito? Revista de Direito Internacional*. Brasília, vol 9, n. 4, 2012.
- Brasil. *LEI Nº 6683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979*. Concede anistia e dá outras providências, Brasília, DF, agosto, 1979.

- Bidart CampoS, German José. *Teoría general de los derechos humanos*, Cidade Universitária: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Boucault, Carlos Eduardo de, Araújo, Nadia de. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*.
- CORTEIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- . *Caso Vladimir Herzog e outros versus Brasil* (Sentença 15 de março de 2018)
- . *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n. 21.
- CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Serie C No. 209. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.
- CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ticona Estrada e otros Vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Serie C No. 191. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.
- CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C. No 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 2 fev. de 2019.
- CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006. Série

- C, no 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva O.C. – 14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes de la Convención (arts. 1 y 2. CADH), solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, Serie A. ,N. 14
- Fischer-Lescano, Andreas; Teubner, Gunther. *Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*. Michigan Journal of International Law, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 1045-1046, 2004.
- Gaspari, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- Ikwa, Daniela et al. *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: < <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DH3.pdf>>. Acesso 24 de agosto de 2018.
- INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. *Caso Herzog*. Disponível em: <<http://vladimirherzog.org/casoherzog/>>. Acesso: 16 de agosto de 2018.
- Krsticevic, Viviana. *Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. In: CENTRO PELAJUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL (Org.) *Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais*. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009. p. 40.
- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. *Deveres de los Estados y Derechos Protegidos*. In: Steiner, Christian; Uribe, Patricia. (org.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bolívia: Plural, 2004.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev. Atual e 4 ed. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 e 2010.
- Miranda Bonilha, Haaider. *El sistema interamericana de derechos humanos*. In *Derecho Procesal Constitucional*. Diretor Científico Eduardo Andrés Velandia Canosa. Bogotá, Colombia: VC Editore Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2017.
- Nagy, Rosemary. *Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections*. In: *Third World Quarterly*, vol. 29, no. 2, 2008, p. 275-289.

- Ninos, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.
- O'donnel, Guillermo; Schmitter, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- Pinto, J. Marcos. *O Caso Gomes Lund e outros versus Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-gomes-lund-e-ou-tros-versus-estado-brasileiro-a-guerrilha-do-araguaia,45992.html>>. Acesso: 10 fev. 2019.
- Piovesan, Flávia. *Implementation through intrastate levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions*. In: *Working session on the implementation of international human rights obligations and standards in the Inter-American System*. 2003, Washington. Anais eletrônicos.. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>. Acesso: 17 de jan. de 2019.
- . *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- . *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- . *Direitos humanos e diálogo jurisprudencial no contexto latino americano*. In: Bogdandy, Armin Von (Org.); Piovesan, Flávia (Org.); Anotniazzi, Mariela Morales (Org.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.
- Piva Dal, Juliana. *Corte Interamericana de Direito Humanos condena Brasil por assassinato de Vladimir Herzog*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-assassinato-de-vladimir-herzog-22851806>>. Acesso: 30 de ag. de 2019.
- Quinalha, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

- quiroga, C. M.; Rojas, C. N. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Chile: Faculdade de Derecho – Universidade de Chile*, 2011. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.co/media/publicaciones/pdf/79.pdf>>. Acesso: 13 de agosto de 2019.
- Ramirez, S. G. *Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. In Anuario mexicano de derecho internacional*. Vol.8. Cidade do México, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100005>. Acesso: 25 de ag de 2019.
- Ramos, André de Carvalho. *A responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos*, p. 545.
- RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO DA VERDADE E RECONCILIAÇÃO, 2003, Tomo VI, 2.7. “Las víctimas de la desaparición forzada”, p. 86, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_06.pdf>, último acesso: 12-nov-2019.
- RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO DA VERDADE E RECONCILIAÇÃO, 2003, Tomo VII, “La intervención en la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta)”, p. 426, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_07.pdf>, último acesso: 12-nov-2019.
- Sant’ana, F, C, Janice. *O Brasil e a Execução da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79412/181506.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso: 15 jan.de 2019.
- Santos, N. C. Juliana. *A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos*. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/1327/1146>>. Acesso: 17 de agosto de 2019.
- Tabosa, R. Caroline. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos,56660.html>>. Acesso: 14 de agosto de 2019.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

——. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

——. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, v. 1, p. 15-43, 1998. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/4.-Cançado-trindade-não-esgotamentodos-recursos-internos.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

Varela, M. D. *Direito Internacional Público*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Apuntes para el análisis de la Justicia Transicional en el México actual: desde las agendas de conocimiento, de la sociedad civil y del Estado

Notes for the analysis of Transitional Justice in present-day Mexico: from the agendas of knowledge, civil society and the State

María Patricia González Chávez

Doctora en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Posdoctorante en el Doctorado en Ciencia Política del CUCSH, de la Universidad de Guadalajara. patygonzalezchavez@gmail.com

RESUMEN: Este artículo desarrolla una reflexión teórica respecto al surgimiento, evolución y cuestionamientos respecto a la Justicia Transicional en México, como paradigma de reciente data que tiene como objetivo la gestión de un pasado con graves y masivas violaciones a los derechos humanos, o de alta y persistente violencia, cuyo fin es contribuir a que la sociedad que ha vivido esos eventos pueda transitar hacia un estado democrático de derecho, con un tejido social restaurado y una perspectiva de convivencia más humana; bajo estos principios, articula cuatro dimensiones: la verdad de los hechos; la justicia contra los responsables; la reparación integral de víctimas y sobrevivientes; y una institucionalidad que

ABSTRACT: This article develops a theoretical reflection regarding the emergence, evolution and questions regarding Transitional Justice in Mexico, as a recent paradigm that aims to manage a past with serious and massive human rights violations, or high and persistent violence, whose purpose is to contribute to the society that has lived through these events can move towards a democratic state of law, with a restored social fabric and a more humane perspective of coexistence; Under these principles, it articulates four dimensions: the truth of the events; justice against those responsible; the integral reparation of victims and survivors; and an institutionality that seeks the guarantees of non-repetition of the-

Recibido: 5 de marzo de 2019. Dictaminado: 15 de mayo de 2019.

busque las garantías de no repetición del pasado. El propósito es aportar una mirada crítica y propositiva del tema, a partir de un registro analítico que recoja las iniciativas, propuestas y debates desde las agendas académica, social y de Estado en el momento actual.

Palabras clave: Justicia Transicional, Derechos Humanos, Violencia, Estado Democrático de Derecho.

past. The purpose is to provide a critical and purposeful view of the subject, based on an analytical record that collects initiatives, proposals and debates from the academic, social and state agendas.

Keywords: Transitional Justice, Human Rights, Violence, Democratic Rule of Law.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1.1. LA HISTORIA RECIENTE DE MÉXICO. 1.2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL: UN PARADIGMA TEÓRICO-EMPÍRICO. 1.3. LAS LECCIONES APRENDIDAS A NIVEL GLOBAL. 2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN MÉXICO: UNA AGENDA MULTISECTORIAL. 2.1. EN LA AGENDA DE CONOCIMIENTO: COMO OBJETO DE ESTUDIO. A) “LA LÍNEA DEL HORIZONTE TRANSICIONAL Y LOS PROBLEMAS DE PROCESAR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN MÉXICO: UN ANÁLISIS DE SUS DOCUMENTOS CLAVE”. B) “LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN PERSPECTIVA COMPARADA: CENTROAMÉRICA Y MÉXICO”. C) “ESTUDIO PARA ELABORAR UNA PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN MÉXICO”. E) “LAS DEUDAS DE LA VERDAD EN MÉXICO ANTE EL DISCURSO DE JUSTICIA TRANSICIONAL”. 2.2. EN LA AGENDA SOCIAL: PARA LA MOVILIZACIÓN E INCIDENCIA. A) “PROPUESTA CIUDADANA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA SOBRE VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN. A LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA Y DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS”. B) “UN ESPACIO DE REFLEXIÓN (THINK TANK) EN JUSTICIA TRANSICIONAL PARA MÉXICO”. 2.3. EN LA AGENDA DE ESTADO: DESDE LA GESTIÓN PÚBLICA. A) FISCALÍA ESPECIAL PARA MOVIMIENTOS SOCIALES Y POLÍTICOS DEL PASADO – FEMOSPP, 2002. B) COMISIÓN DE LA VERDAD DE GUERRERO, 2012. C) COMISIÓN DE LA VERDAD DE OAXACA, 2013. D) GOBIERNO DE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, 2018. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

El recorrido de este trabajo aborda la historia política reciente de México; el paradigma de la justicia transicional y sus lecciones aprendidas

en el campo internacional; las agendas sectoriales que han evolucionado en México en relación al tema; y un análisis crítico para una posible agenda de justicia transicional, desde las oportunidades y los desafíos para el país.

1.1 La historia reciente de México

El arco de tiempo considerado para este trabajo parte de los años sesenta hasta el momento actual, y el rasgo analítico que se aporta es la confluencia disciplinaria de la historia política con un enfoque de derechos humanos, destacando la relevancia de considerar aquellos hechos relevantes que tienen importancia radical para la sociedad en su conjunto, por su impacto consiente o no, en las creencias, valores y prácticas individuales y colectivas; y entran en este campo las graves violaciones a los derechos humanos o sistemas de alta y persistente violencia.

México vive actualmente una situación altamente crítica que se refleja en altos índices de violencia y fenómenos complejos como la desaparición de personas, en un contexto de cambios políticos de la historia reciente; es impensable considerar que estas problemáticas surjan de la nada, de hecho cualquier acercamiento a estudios teóricos o experiencias empíricas siempre evidencia que son resultado de largos procesos de acumulación, que generalmente tienen comportamiento sistémico, de origen estructural.

De pie en el presente, pero con la mirada hacia el pasado, se puede constatar la evolución de esta problemática que conjuga al menos dos factores; el primero se refiere a las violaciones a los derechos humanos desde la década del sesenta, de diferente naturaleza e impacto pero que evidencian una continuidad de impunidad en el tema; el segundo, la imparable violencia que coincide con la instauración de la política de seguridad que se acuñó como “la guerra contra el narcotráfico” con el gobierno de Felipe Calderón, en el 2006.

Las narrativas de este arco de tiempo en la historia política reciente han venido a dinamizar las discusiones sobre la democracia, la transición y los derechos humanos, temas que afloran ante esta situación imperante que urge ser atendida. Para Cervantes, el proceso de democratización en México en un sentido amplio y ante los desafíos que enfrenta el Estado Mexicano en materia de derechos humanos y participación ciudadana, poco se ha avanzado y dista mucho de ser considerado un Estado verdaderamente democrático, “pues la democracia no se reduce a la participación de la ciudadanía en la elección de sus representantes. Bajo esta perspectiva, es evidente que la afirmación de los llamados ‘transitólogos’, quienes afirman que en el año 2000 México logró transitar a la democracia, resulta ser ambigua y reduccionista” (Cervantes, 2016: p. 11).

Por otra parte, las voces de diferentes actores señalan que la matanza de Tlatelolco en 1968 fue una inflexión en el tiempo que marcaba una nueva etapa y se conecta de alguna forma con la situación actual por vía de la impunidad y la necesidad de una democracia real. La iniciativa para la construcción de una política sobre verdad, justicia y reparación a las víctimas de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos, publicada en 2019 en la página de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), indica que se inició de mucho tiempo atrás cuando como sociedad civil exigían alto a la violencia y el esclarecimiento de miles de crímenes producto de la estrategia fallida iniciada en el 2006 y a las víctimas de crímenes de Estado de 1968, 1971 y de la llamada guerra sucia de los años setenta (CMDPDH, 2019: 12).

Ciertamente con el tiempo transcurrido podríamos inferir que los sesenta marcaron un cambio, “Tlatelolco desmanteló la pretensión que el Estado les había impuesto a los mexicanos: conformarse en lo político a cambio de estabilidad. También resultó en el surgimiento de activistas que impulsaron varios caminos para la resistencia; algunos

tomaron las armas en movimientos guerrilleros y muchos más recurrieron al activismo y la organización social para dirigirse a barrios empobrecidos y a poblados montañosos que habían sido olvidados. 'Por un lado se rompió la estabilidad política de México y surgieron cien, doscientos, movimientos juveniles políticos distintos que se esparcieron por todo el país', dijo Gilberto Guevara Niebla, uno de los líderes del movimiento y también cronista del 68. 'México nunca volvió a ser el mismo México' (Malkin, 2018: p. 6).

1.2 La justicia transicional: un paradigma teórico-empírico

La evolución del paradigma ha recorrido distintos momentos, profundas disputas sociales, políticas y académicas, y actualmente se acepta que es un cuerpo teórico que hace referencia a la gestión de un pasado con graves violaciones a los derechos humanos de sociedades en tránsito a la paz y la democracia.

Ardila señala que de conformidad con la tipificación desarrollada por Joinet en 1997, en el Informe Final Acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones a los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos), en procesos de transición a la democracia supone la adopción de mecanismos de justicia transicional, identificando cuatro obligaciones para los Estados: 1) La satisfacción del derecho a la justicia; 2) La satisfacción del derecho a la verdad; (3) La satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas; y 4) La adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición (Ardila, 2008: 4).

Uno de los actores que ha sobresalido por sus aportes críticos, incluyentes y propositivos en el jurista colombiano Uprimny, quien reflexiona que si bien la justicia transicional es un paradigma que hace referencia a una problemática muy antigua sobre legados de graves atentados contra la dignidad humana después de guerras o un régimen tiránico, porque sólo en los últimos años ha aparecido la expresión "justicia transicional"; y responde que sí hay una transformación im-

portante, y es cómo se enfocan ahora las transiciones a la paz o a la democracia; actualmente, explica, se ha incluido el sustantivo “justicia” que aparece “como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez se ve profundamente determinada por tales procesos. De esa manera, el concepto de justicia adquiere un significado y unas implicaciones bastante particulares, que se distinguen en mucho no sólo de lo que significan e implican las exigencias de justicia en contextos de normalidad, sino que además se alejan de aquello que significaron e implicaron tales exigencias en procesos transicionales anteriores” (Uprimny, 2005: 4).

1.3 Las lecciones aprendidas a nivel global

El dinamismo que hoy presenta la justicia transicional, ya sea desde lo político, lo social o lo académico, presenta dos características importantes; la primera es la transformación a un enfoque cada vez más multidisciplinario, que traspasa el marco del derecho que tuvo en sus orígenes, a medida que se complejizó la temática ahora son fuertemente convocadas la sociología, la antropología, la psicología, la filosofía y la historia, desde una perspectiva integradora; la segunda, son los profundos debates políticos y filosóficos que llevan una y otra vez a cuestionarse desde la ética el comportamiento humano y promueven la revisión crítica de distintos procesos para evaluar y comparar sus éxitos y fracasos.

Diversos estudios comparativos, como la investigación internacional que produjo la obra “After Oppression: Transitional Justice in Latin America and Eastern Europe”, señalan tres aspectos fundamentales: no hay un sólo modelo de justicia transicional, pues cada contexto tiene particularidades muy específicas; los cuatro principios tienen que trabajarse desde una perspectiva integral por su interdependencia y complementariedad; y, que el canon de las transiciones a la paz y la democracia es discutible, ya que pueden existir procesos donde no se

esté experimentando necesariamente un cambio de régimen político. Lo que sí es ineludible para todo proceso de esta naturaleza, es que debe regirse bajo los principios de un Estado Democrático de Derecho y Derechos Humanos.

2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN MÉXICO: UNA AGENDA MULTISECTORIAL

El tema de justicia transicional es de reciente data en México y está movilizándose muy rápidamente, como objeto de estudio, como asunto de movilización e incidencia desde la sociedad civil y como política de Estado; por ello, el registro que se hace en este trabajo ha requerido esforzarse en la actualización de la información que fluye día a día.

2.1 En la agenda de conocimiento: como objeto de estudio

Muchos de los temas que se vinculan a la justicia transicional han sido objeto de estudio en la época reciente, tales como violaciones a los derechos humanos, el tema de la justicia o la memoria histórica, sin embargo, en su utilización como categoría conceptual para el caso de México, hasta fecha muy reciente empieza a ocupar lugar en importantes centros de investigación.

Destacan en este sentido cuatro publicaciones, una del 2017, a) “La línea del horizonte transicional y los problemas de procesar crímenes de lesa humanidad en México: un análisis de sus documentos clave” de Jesús Pérez Caballero; y tres del año 2018: b) El libro “La justicia transicional en perspectiva comparada: Centroamérica y México”; c) El documento “Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México”; y d) El artículo “Las deudas de la verdad en México ante el discurso de justicia transicional”.

a) “La línea del horizonte transicional y los problemas de procesar crímenes de lesa humanidad en México: un análisis de sus documentos clave”

Pérez Caballero desarrolla en su texto una argumentación respecto a cómo México se ha acercado a la justicia transicional en el pasado y en el presente, su metodología fue estudiar dos “emblemas de esta aproximación”: la institución oficial denominada Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP), creada durante el gobierno de Vicente Fox en 2002 para investigar las violaciones a los derechos humanos en los sesenta, setenta y ochenta, disuelta en 2007; y el informe “Atrocidades innegables. Confrontando crímenes de lesa humanidad en México”.

El autor compara ambos procesos: “El primer caso es la única vía de la institucionalidad mexicana para procesar, a nivel nacional, las violaciones más graves de derechos humanos, e ilustra los problemas que ese enfoque meramente nacional tuvo para aplicar tipos penales inspirados en la costumbre internacional. El segundo caso muestra los límites y las contradicciones de una aproximación situada entre los derechos humanos y el DPI (Derecho Penal Internacional), promovida desde el ámbito internacional y con apoyos tenues (cuando no abiertos cuestionamientos) en las instituciones mexicanas. Pero ambos ejemplos permiten señalar en qué estado se encuentra la cuestión de la justicia transicional en México y las tentativas, de momento frustradas, de aplicar el tipo de los crímenes de lesa humanidad a algunas de las violaciones más graves de derechos humanos en el país” (Pérez, 2017: 64).

Y concluye que ante los problemas jurídicos quizá el énfasis deba ponerse en un aspecto no jurídico, por ejemplo “en que la ciudadanía demande que se asuma desde instancias políticas la aplicación exclusivamente de los derechos anexos a las víctimas de crímenes de lesa humanidad y los actos de reparación pertinentes”, y más cuando los

ciudadanos dan como casi unánime que sí se cometieron crímenes de lesa humanidad en ese período (Pérez, 2017: 78).

“A falta de su probación, el reconocimiento del concepto de crímenes contra la humanidad serviría también como una compilación técnica de hechos, para que otros Estados tengan más fácil ejercer jurisdicción universal sobre tales delitos del pasado en México” (Pérez, 2017: 78). Por otra parte, añade el autor, la cuestión de si en el presente mexicano se comenten crímenes contra la humanidad continúa en disputa, por lo cual pude concluirse que explicar la situación mexicana actual desde esa perspectiva, insertaría los hechos en una narrativa conforme a estándares internacionales, sea como prueba de ellos o como aportación a su mejor conceptualización

b) La justicia transicional en perspectiva comparada: Centroamérica y México”

En esta publicación los autores exploran a través de seis capítulos, dos a cada país, El Salvador, Guatemala y México, rasgos comparativos entre sus procesos desde la perspectiva de la justicia transicional y destacamos: “Ante las Justicias Transicionales de México” de Javier Treviño y “Los trabajos y los días, la memoria y el olvido. Afanes y tropiezos de la justicia transicional en México”, de Francisco Ramírez.

Por su parte, Treviño discute las diferencias entre México y otros países de la región que vivieron regímenes autoritarios, cuestiona que lo de este país sea un “pleito menor comparado con las barbaridades” de otros países” (Treviño, 2018: 97), con base al argumento respecto a que no pudiera compararse con la dimensión y la magnitud de lo que sucedió en Sudamérica. El autor plantea que espera que su artículo sirva para reflexionar sobre dichas comparaciones y para entender mejor un proceso de justicia transicional en México.

Por su parte, Ramírez aborda dos temáticas; algunas reflexiones sobre los procesos de justicia transicional y los cánones que desde el

derecho internacional se han establecido en relación al tema; y el caso mexicano a través del análisis de dos instituciones: la FEMOSPP y la Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero” (Orduña y otros, 2018: 19-20).

Ramírez después de recorrer analíticamente procesos y premisas del paradigma de la justicia transicional, así como los dos casos mencionados, concluye que puede entenderse que el estado mexicano en particular en las décadas más recientes ha sido enormemente reticente a aplicar la jurisdicción internacional en materia de protección de los derechos humanos fundamentales y tampoco ha sido capaz de emprender un verdadero proceso de justicia transicional en torno a su pasado más cercano (Ramírez, 2018: 122-123).

“La confrontación con un pasado ‘que no pasa’ puede ser motivo de dolor, duelo, incomodidad e indignación, y eventualmente de organización y acción, pero también de indiferencia, desprecio, silencio u olvido. Se trata de un pasado que no puede ser enfrentado sólo desde la historia, sino que exige su dimensionamiento en los ámbitos de la convivencia y la voluntad políticas, del replanteamiento de las relaciones sociales, de la reflexión en torno a la violencia como paradójico factor estructurador de la historia misma y, eventualmente, del futuro. En última instancia, acaso estudiar el pasado violento desde un presente igualmente violento pudiera ser la única manera de conjurar su repetición en el futuro” (Ramírez, 2018: 125).

c) *“Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México”*

En este trabajo se explica que el país vive desde hace varios años una violencia a gran escala con miles de víctimas y que es una situación que no ha podido ser atendida por los mecanismos e instituciones ordinarios de justicia, “Se trata de un problema de violaciones a derechos humanos, delitos que no han sido sancionados, impunidad por hechos no esclarecidos, víctimas que no han sido identificadas, atendidas y

reparadas, así como de instituciones que carecen de capacidades para garantizar que los hechos no se repitan” (CIDE-CNDH, 2018: 19).

Añade que la respuesta en otros países con problemas similares fue la implementación de una política de justicia transicional, y que la coyuntura en México, con el cambio de administración federal, ha abierto el tema a la discusión pública, por lo cual “Este documento pretende ofrecer insumos para esa discusión y aportar elementos para la toma de decisiones en materia de reformas legales, diseño institucional y construcción de una política pública en JT (Justicia Transicional)” (CIDE-CNDH, 2018: 19).

El documento aborda la justicia transicional, la situación de violencia en México y recomendaciones para una política pública en el tema tomando en cuenta en cuenta dos cosas; el contexto de México en el que la violencia tiene un componente criminal que sigue vivo; y que la justicia transicional supone una decisión política, que implica un diseño para articular diferentes herramientas de forma coherente y complementaria con especificidades regionales, así como ser acompañada de otras medidas y políticas prospectivas que atiendan las causas estructurales de la violencia (CIDE-CNDH, 2018: 135-136).

d) “Las deudas de la verdad en México ante el discurso de justicia transicional”

En este artículo los autores abordan la violencia polifacética actual en México y la promesa del Estado de responder a las demandas de investigar las violaciones en los hechos del pasado reciente, revisando dos momentos en que se hicieron promesas de justicia transicional: la FEMOSPP del gobierno del ex presidente Fox y la Ley General de Víctimas del gobierno del ex presidente Enrique Peña Nieto.

Concluyen que en México los procesos de construcción de la verdad no han significado resultados de justicia sólidos y los que se han llevado a cabo “sólo han perpetuado la impunidad, al ser procesos que

benefician a los perpetradores” (Salvatierra y otros, 2018: 133); y argumentan que la falta de memoria y seguimiento institucional propician la continuidad de la impunidad y el desconocimiento de la verdad, tanto jurídica como social, por lo que en lugar de que existan medidas que garanticen encontrar y publicar la verdad, “se sigue recurriendo al discurso de justicia transicional, sin que haya, a final de cuentas, ni justicia ni transición” (Salvatierra y otros, 2018: 135).

2.2 En la agenda social: para la movilización e incidencia

Tal como ha sucedido en la mayoría de procesos de justicia transicional en el mundo, en México también las iniciativas y movilizaciones de la sociedad civil, en gran medida organizadas por comunidades de víctimas y sobrevivientes de violaciones a los derechos humanos, la historia es larga de múltiples acciones de actores individuales y colectivos.

a) “Propuesta ciudadana para la construcción de una política sobre verdad, justicia y reparación. A las víctimas de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos”

Este documento comienza con el planteamiento de la extrema violencia e inseguridad, así como los altos índices de impunidad y corrupción que hay en México, por lo cual exige la aplicación de una política integral de verdad, justicia y reparación a las víctimas tanto de la violencia como de las violaciones a los derechos humanos (CMDPDH, 2019: 11).

Señala también que este material es el resultado de un proceso de muchos años con la contribución en ideas, estrategias y recomendaciones de organizaciones de la sociedad civil, defensores de derechos humanos, estudiosos e investigadores de la Academia, destacadamente de colectivos de familiares y víctimas, pero que el conflicto continúa y se agrava porque las estrategias para contraatacarlo han sido erróneas, desarticuladas o limitadas (CMDPDH, 2019: 11).

El proceso participativo que culminó con la propuesta que presentan se consolidó el 14 de septiembre de 2018 a partir del “Segundo diálogo por la paz, la verdad y la justicia”, en el que cientos de organizaciones de sociedad civil y víctimas de todo el país exigieron al gobierno electo (Andrés Manuel López Obrador), ahí presente, que se iniciaran mesas para delinear una agenda de verdad, justicia y reparación con la participación y responsabilidad del gobierno. En las mesas de trabajo, que duraron aproximadamente 3 meses, participaron decenas de organizaciones de sociedad civil, así como colectivos de víctimas, académicos y expertos nacionales y extranjeros (CMDPDH, 2019: 12).

Los planteamientos que se desglosan en el documento son cuatro: 1) La creación de un Mecanismo Internacional contra la Impunidad en México (MICIM); 2) La creación de una Comisión de la Verdad y de la Memoria Histórica (CVMH); 3) La creación de un modelo de reparación extraordinario, que sea integral y garantice la existencia de mecanismos efectivos de reparación a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos en el país; y, 4) La participación de las víctimas en el proceso (CMDPDH, 2019: 13).

Se hace particular énfasis en la necesidad de la generación de políticas públicas para abordar la problemática: “Estas propuestas son un punto de arranque para la creación de políticas de verdad, justicia y reparación. Confiamos que el Gobierno de Andrés Manuel López Obrador, mediante herramientas de la justicia transicional, decida instrumentar una política para garantizar sus derechos a las miles o millones de víctimas de crímenes atroces”, pues el momento no admite mayor dilación (CMDPDH, 2019: 14).

b) Un espacio de reflexión (Think Tank) en Justicia Transicional para México

Mariclaire Acosta explicaba en septiembre del 2019 esta iniciativa: señala la crisis de violencia e impunidad sin precedentes que enfrenta el

país, resultado de la debilidad y captura de sus instituciones, especialmente de seguridad y justicia, que han sido incapaces en las últimas dos décadas de afrontar los numerosos e intensos conflictos entre organizaciones criminales y de éstas con las autoridades del Estado; hace referencia al discurso de pacificación y reconciliación que presentó López Obrador durante su campaña; la visión que ha predominado en la actual administración, que apela a la justicia transicional sin mayor precisión; la primacía en materia de seguridad que ha cobrado la Guardia Nacional militarizada sobre las anteriores propuestas; y por otro lado, la insistencia de víctimas, organizaciones de derechos humanos y expertos en el imperativo de la verdad justicia para transitar a una paz en estricto apego a un estado democrático de derecho; así también menciona la incapacidad del sistema de justicia para esclarecer los hechos y castigar responsables (Acosta, 2019: p. 2).

La autora indica que sin bien hay un reconocimiento incipiente de la grave problemática de violencia y impunidad, las iniciativas que se han tenido han sido implementaciones parciales y de corto alcance para una agenda de justicia transicional que debiera ser profunda y comprehensiva. “El gobierno actual ha introducido el concepto de JT (Justicia Transicional) sin conocimiento sólido y sin un trabajo previo de concientización ni acompañamiento de los distintos actores sociales -las víctimas, en primer término- que deben respaldar estos procesos” (Acosta, 2019: p. 17). La autora añade que existe desconocimiento por parte de la sociedad en general, la prensa, de buena parte de las organizaciones y, más importante, de las propias víctimas, de los conceptos novedosos y complejos que involucra la justicia transicional.

Ante esta situación, continúa la autora, es fundamental contar con un espacio dinámico y multidisciplinario con personas expertas y especializadas en justicia transicional para el caso mexicano y de forma transversal que tenga experiencia en el trabajo con víctimas, género y reparación a víctimas, así como experiencia en la función pública, co-

nocimiento internacional y capacidad de articulación e interlocución. “En suma, un Think Tank que sirva de puente con el gobierno, la academia, organizaciones de derechos humanos y víctimas, tanto de México como del extranjero. Al mismo tiempo que sea vaso comunicador entre los distintos actores de la sociedad. La propuesta que aquí se construye pretende colmar este vacío.” (Acosta, 2019: p. 18).

2.3 En la agenda de Estado: desde la gestión pública

En este apartado se abordan aquellos procesos que pueden incluirse como ejercicios de justicia transicional desde la agenda de Estado, que han sucedido en la historia reciente y actual de México: la FEMOSPP, la Comverdad, la Comisión de la Verdad de Oaxaca y las acciones que el actual gobierno de López Obrador está impulsando.

a) Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado – FEMOSPP, 2002

Tal como se ha venido informando en este trabajo, la FEMOSPP fue creada en 2002 y disuelta en 2007, su reporte final se hizo público bajo el nombre de “Informe Histórico” en la página Web del National Security Archive el 26 de febrero del 2006, donde se indica que fue el resultado de cuatro años de trabajo por parte de la oficina del Dr. Ignacio Carrillo Prieto como Fiscal Especial de este organismo, promovido por el ex presidente Vicente Fox para investigar crímenes contra los derechos humanos (NSA, 2006: p. 1).

“Los crímenes detallados en dicho informe fueron cometidos durante las administraciones de Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970), Luis Echeverría Álvarez (1970-1976) y José López Portillo (1976-1982). Durante esos sexenios, cientos de ciudadanos mexicanos - tanto civiles inocentes como militantes armados-fueron asesinados o “desaparecidos” por fuerzas militares y de seguridad. Miles más fueron torturados,

ilegalmente detenidos, o sujetos a hostigamiento y vigilancia por parte de las autoridades “(NSA, 2006: p. 2).

El texto de la página aclara que el informe no se ha hecho público en México, sin embargo, sus autores, 27 investigadores, historiadores y activistas contratados por el Fiscal General lo entregaron al Dr. Carrillo, indica también que hay personalidades en México que cuentan con una copia del mismo. “Kate Doyle, Directora del Proyecto México del National Security Archive, declaró: ‘Estamos publicando el borrador del informe porque las familias de las víctimas de la ‘guerra sucia’ así como el resto de los ciudadanos mexicanos, tienen el derecho a saber. Estos mismos ciudadanos leerán en Eme Equis el día de hoy, la violencia de la que fueron víctimas sus familiares en manos del gobierno mexicano hace treinta años. Pero en México, no pudieron obtener hasta hoy el texto que contiene la evidencia de la responsabilidad del Estado” (NSA, 2006: p. 7).

Cuando se anuncia el cierre de la Fiscalía, la apreciación del tema por varios analistas fue recogida por Méndez: “La Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (Femospp) llega hoy a su fin sin haber conseguido una sola sentencia condenatoria por delitos cometidos durante las matanzas del 2 de octubre de 1968, 10 de junio de 1971 o la llamada guerra sucia, objetivo principal de su creación en el sexenio foxista” (Méndez, 2007: p. 1).

Para el autor el logro más importante que obtuvo el Dr. Carrillo fue conseguir la orden de aprehensión y auto de sujeción a proceso contra el ex presidente Luis Echeverría Álvarez, a quien sin embargo no consiguió ver tras las rejas, pues obtuvo el beneficio de la prisión preventiva domiciliaria establecida en el artículo 55 del Código Penal Federal.

“Entre las averiguaciones previas que dejó pendiente la Femospp se encuentra la indagatoria PGRFEMOSPP /016/ 2002, relativa a los hechos acontecidos el 28 de ju-

nio de 1995 en el vado de Aguas Blancas, municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero, donde 17 campesinos fueron asesinados y alrededor de 25 quedaron lesionados, algunos de suma gravedad, en una emboscada perpetrada por policías del estado, que entonces era gobernado por Rubén Figueroa Alcocer. Otra indagatoria inconclusa tiene que ver con el asesinato de más de 600 perredistas, la cual se inició a partir de una denuncia presentada en julio de 2002 por Cuauhtémoc Cárdenas, María Eugenia López Brun, Amalia García, Javier Hidalgo y los familiares de Francisco Javier Ovando y Román Gil Heráldez, asesinados en vísperas de la elección presidencial de 1988” (Méndez, 2007: 9).

b) Comisión de la Verdad de Guerrero, 2012

Esta Comisión (Comverdad), fue creada con la Ley No. 932 con el propósito de “investigar, estudiar, analizar y aportar elementos históricos, sociales, políticos y jurídicos, para contribuir con las labores de las autoridades competentes en la investigación de violaciones a derechos humanos, y hechos probablemente constitutivos de delitos, y delitos de lesa humanidad, contra ciudadanos guerrerenses o personas radicadas o que se hayan encontrado en territorio guerrerense” (Gob. del Estado de Guerrero, Poder Legislativo, 2012: 7).

El informe final, producto de 30 meses de trabajo aborda los antecedentes de la guerra sucia y los resultados de la investigación que enfrentó numerosas dificultades, “El informe documenta 463 casos de severas violaciones al derecho humanitario, que comprenden 24 ejecuciones sumarias, 230 desapariciones forzadas y –algo que ninguna de las averiguaciones previas tomó en cuenta– 205 casos de sobrevivientes de desaparición forzada, es decir, de personas que pasaron largas temporadas en cárceles clandestinas del Ejército y lograron salir con vida” (Petrich, 2014: p. 17). Esta autora indica que entre las novedades del informe destacan las evidencias desconocidas hasta el momento sobre los vuelos de la muerte, en que los militares arrojaron al océano

Pacífico a opositores y presuntos guerrilleros en el contexto de la guerra contrainsurgente.

Las recomendaciones se agrupan en los apartados: “Sobre el Derecho a la Justicia”, en relación al tema de desaparición forzada; “Medidas legislativas”, relativo a tipificar la desaparición forzada; “Medidas preventivas”, que aborda entre otros aspectos, el retiro de las fuerzas armadas de las operaciones de seguridad pública, la sanción a cuerpos policiacos o de seguridad pública no pongan inmediatamente al detenido a disposición del Ministerio Público (MP), establecer en toda agencia del MP un registro de personas detenidas y crear un protocolo de inspección continua en los lugares de detención; “Medidas de Reparación” que incluyen una serie de medidas integrales para familiares de desaparecidos y sobrevivientes; “Medidas administrativas o institucionales” sobre apoyo a víctimas y familiares para el proceso de trámites administrativos; y “Generales”: “Se cumplan las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias al Estado mexicano en su informe sobre su Misión a México. Se retiren los nombres de las personas que intervinieron en desapariciones forzadas de los lugares públicos. Se retire el nombre del ejército del lugar de honor del Congreso del Estado (Comverdad, 2014: 95-96).

c) Comisión de la Verdad de Oaxaca, 2013

El Congreso del Estado de Oaxaca aprobó esta Comisión en 2013 con el fin de investigar las violaciones a los derechos humanos y la posible comisión de delitos por parte de servidores públicos contra personas vinculadas o no con el conflicto social ocurrido entre el 14 de julio del 2006 y el 16 de julio de 2007, cuando se integró la Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca (APPO) que dejó un saldo de 30 asesinatos, más de una decena de desaparecidos e incuantificables detenciones arbitrarias realizadas por policías y paramilitares bajo las órdenes del gobierno de Ulises Ruiz Ortiz (Concha, 2013: p. 1).

En el informe final de la Comisión, presentado el 3 de mayo del 2016, se incluyen los temas de: la tipología de víctimas; la represión; el impacto psicosocial; la impunidad; conclusiones y recomendaciones; la cronología del conflicto social; el contexto del conflicto y la caracterización del movimiento social en el Estado (Solalinde y otros, 2016: 2).

En el informe destacan temas como el agradecimiento a los sobrevivientes; el movimiento social en Oaxaca del 2006 y 2007, que se inició con las demandas del magisterio y luego se fue alimentando de la inconformidad de amplios sectores de la población hasta convertirse en una insurrección en contra de la forma de ejercer el poder por parte del gobernador Ulises Ruiz. Entre las conclusiones, el uso indebido del gobierno del Estado de la fuerza pública en contra de la población. Y entre las recomendaciones: a la PGR, revisar las demandas penales contra administraciones federales de Fox y Calderón, así como a otros funcionarios; al Congreso, iniciar procedimientos administrativos de inhabilitación de la función pública y separación del cargo a funcionarios señalados como responsables de las violaciones a los derechos humanos; al gobernador, Gabino Cué, realizar las gestiones necesarias que garanticen el cese de funcionarios también señalados de violar derechos en ese periodo; al Poder Ejecutivo, la reparación del daño a las víctimas; y al Poder Legislativo, armonizar la legislación estatal en materia de atención a víctimas y la instalación del Sistema Estatal de Protección a Víctimas, así como una Unidad de Evaluación de Riesgo para las Víctimas (Quadratín, 2016: p. 5).

d) Gobierno de Andrés Manuel López Obrador

Las narrativas sobre justicia transicional del gobierno federal que llegó a la presidencia en 2018 en México con López Obrador, han marcado una nueva época en el tema. La actual Secretaria se pronunciaba al respecto a pocos días del triunfo del actual presidente: “Olga Sánchez Cordero, perfilada para encabezar la Secretaría de Gobernación en el

próximo gobierno federal, afirmó que es crucial e inevitable empezar a hablar de justicia transicional para México, una que atienda la realidad actual del país, poniendo a las víctimas en el centro. Al dictar la conferencia ¿Olvido, Verdad o Justicia?, en El Colegio de México, Sánchez Cordero dijo que ‘es hora, desde el gobierno, que se deje de simular que no pasa nada y que hay una política de derechos humanos’” (La Razón Online/NTM, 2018: p. 4).

Al día de hoy el tema ha seguido su curso en los diversos espacios de comunicación de las autoridades federales, particularmente impulsado desde la Subsecretaria de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación (Segob). Tanto los discursos como las acciones en esta temática ya son abordados desde un amplio espectro de análisis y debates políticos por diferentes actores.

Hay tres enlaces relativos al tema en la página Web de la Segob, el primero es una imagen con el título: ¿Qué es la justicia transicional?, que enlaza a un página donde se encuentra el texto: “La Justicia Transicional se refiere a una serie de mecanismos para acceder a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición posterior a periodos de conflicto, represión y/o niveles de violencia a gran escala y de alto impacto, que llevaron a la comisión de violaciones a derechos humanos de forma tan grave y masiva, que el Estado no puede dar respuesta con el sistema de justicia ordinario” (Segob, 2019a).

El segundo, que aparece en la barra de “Ligas de interés” se titula: “Comisión para la Verdad y Acceso a la Justicia en el Caso Ayotzina-pa”, este enlace conduce a una página con múltiples ligas para acceder a información del tema que incluye “Acciones Recientes”, “Marco Jurídico”, “Hemeroteca”, “Multimedia”, “Sesiones de Trabajo”, Informes, “Integrantes de la Comisión” (Segob, 2019b).

Y el tercero, también en la misma barra de “Ligas de interés” aparece como: “Sitios de Memoria. Verdad, Memoria, Justicia y no repetición”, con la siguiente leyenda: “Objetivo:

Diseñar una red de espacios de la memoria que a través de distintos instrumentos como el rescate de archivos históricos, sitios de la memoria, plataformas digitales y expresiones multimedia puedan documentar, dar a conocer y rememorar las graves violaciones a los Derechos Humanos tales como: la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada, cometidas en el periodo histórico conocido como ‘Guerra Sucia’, por los aparatos de seguridad del Estado Mexicano de esos años contra activistas, luchadores sociales y miembros de organizaciones guerrilleras. Se trata de un mecanismo para dignificar la memoria de las víctimas de estos crímenes y contribuir a la memoria histórica de nuestro país con miras a que estos hechos no se cometan nuevamente” (Segob, 2019c).

Esta página también conduce a múltiples ligas que abarcan temas de violaciones a los derechos humanos del pasado reciente en diferentes formatos: informes, documentos, archivos, documentales, mapas. Destacan materiales como “La Geografía de la Represión” que contiene información sobre la estrategia contrainsurgente en México”; el documental “La Herencia más dolorosa” que recoge el testimonio de sobrevivientes de la guerra sucia; un enlace titulado “Por los derechos de todas y todos” con cuatro segmentos dedicados al derecho a la Verdad, a la Memoria, a la Justicia, a la Reparación y No repetición.

En particular sobresale la múltiple información de la página de “Sitios de Memoria”, que contiene cuatro ventanas con sus respectivos enlaces: “Memorial. Circular de Morelia”, que es un espacio trabajado para la memoria; el “Memorial Archivos de la Represión”, que detalla el trabajo con acervos documentales sobre la represión y violencia por parte del Estado entre 1950-1980; “Museo Casa de la Memoria Indómita”, que enlaza al sitio de este espacio que contiene una exposición permanente, dedicado a la Memoria Histórica; y, “Memorial Memoria y Verdad”, que redirecciona a una página que contiene la lista de casos paradigmáticos: Acteal, Aguas Blancas, Atenco, Apatzingán, Ayotzinapa 2011, Ayotzinapa 2014, Cadereyta, Campo Algodonero, Guardería

ABC, Guerra Sucia, El Halconazo, San Fernando 2010, San Fernando 2011, Tlatelolco y Tlatlaya. Cada caso tiene también múltiples enlaces para información y acceso a documentación y archivos.

Entre las últimas comunicaciones del gobierno con respecto al tema, está el boletín de la Segob del 6 de enero del 2020 titulado: “Política pública de la Secretaría de Gobernación encaminada a la justicia transicional, refrenda Olga Sánchez Cordero”. La titular expone que la política pública y actividades de todos los días de la institución a su cargo están encaminadas a la justicia transicional, como las acciones de la Comisión Nacional de Búsqueda, para el tema de desaparecidos; la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas; el Mecanismo Extraordinario de Identificación Forense; la Comisión para Ayotzinapa; el Mecanismo de Protección para Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas; la Ley de Amnistía para casos viciados en el sistema de justicia; la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; y la total apertura al escrutinio de organismos internacionales (Segob, 2020a).

3. CONCLUSIONES

Los debates que se han posicionado en las narrativas de la justicia transicional en México son básicamente dos; por un lado, el que plantea una revisión sobre la transición a la democracia que se formula en términos de cuestionar que en México prácticamente no ha habido transición democrática; si bien una alternancia en el poder con la llegada del PAN a la presidencia en el 2000 generaba expectativas, no llegó a consolidarse un modelo realmente democrático, más allá del régimen electoral. Uno de los detonantes de este debate es la toma de conciencia de un contexto con graves indicadores en los temas de violencia, inseguridad, desaparecidos, impunidad y corrupción, situación que enfrenta el nuevo gobierno federal en 2018, heredado de varias décadas

de ausencia de políticas públicas en favor de un Estado Democrático de Derecho.

En índice de impunidad, se reportó un 90% en 31 de las 32 entidades federativas (Ángel, 2019: p. 2). De desaparecidos, la última información oficial cita la cifra de 61 mil 637 personas desaparecidas o no localizadas, y 85 mil 396 localizadas, lo que da un total de 147 mil 33 (Segob, 2020b). Es decir, que son temas críticos la seguridad y la justicia, mientras el gobierno federal apuesta por un sistema cuestionado de usar fuerzas armadas en la seguridad pública y el Nuevo Sistema Penal Acusatorio no acaba de consolidarse.

El segundo debate se expresa en si el paradigma de justicia transicional es el modelo adecuado para enfrentar la violencia y la impunidad, por una parte, se compara a la dimensión de contextos autoritarios con cifras masivas de violaciones a los derechos, demeritando que en México no se ha presentado tal magnitud; por otra parte, la experiencia relatada por expertos que apoyan este enfoque, sustentan que no hay un modelo único de intervención en justicia transicional; y por otra parte, las cifras de violencia, desaparecidos e impunidad, requieren medidas extraordinarias que lo hacen totalmente viable.

Indudablemente que un proceso de justicia transicional para toda sociedad se convierte en un mecanismo de revisión, formas en que debe enfrentar sus más difíciles y oscuras realidades, para conocer, enfrentar y gestionar ese pasado, que nunca cesa, porque está ahí, de boca en boca y de generación en generación.

En cuanto a la arquitectura conceptual que hace referencia a la justicia transicional, ciertamente se pueden discutir los modelos y los paradigmas teóricos, pero la realidad concreta va mucho más allá del nombre; no debieran interesar en sí, cómo específicamente deben ser encuadrados teóricamente los procesos, sino cómo se enfrentan, ya cuando la crisis está planteada. México asiste a un momento crítico de su historia, donde su sociedad y su gobierno han puesto sobre la mesa

los temas urgentes que deben ser confrontados: violencia, impunidad, injusticia, desigualdad, y una vez nombrados no hay marcha atrás.

Así que la perspectiva y futuro para el país, no es sobre la implementación de un paradigma, sino cómo gestionar procesos reales y efectivos sobre la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de cara a una situación que no sólo es pasado, sino un presente continuo que interroga una y otra vez a toda una sociedad, sobre cómo transitar hacia un mejor futuro.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, M., (2019). “Un espacio de reflexión (Think Tank) en Justicia Transicional para México”. Artículo digital en “Animal Político”. Septiembre 18 del 2019. <https://www.animalpolitico.com/justicia-transicional-en-mexico/un-espacio-de-reflexion-think-tank-en-justicia-transicional-para-mexico/>, consultado el 30 de noviembre del 2019
- Ángel, A., (2019). “Más del 90% de los delitos denunciados en el país no se resuelven, muchos los ‘congela’ el MP”. Animal Político, agosto 7 del 2019. <https://www.animalpolitico.com/2019/08/delitos-denuncia-impunidad-mexico-justicia/>, consultado el 6 de enero del 2020.
- Ardila, D. (2008). “Justicia Transicional: Principios Básicos”. Escola de Cultura de Pau. <https://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/docoo04.pdf>, consultado el 15 de abril del 2019.
- Article 19 y otros, (2018). “Derecho a la verdad en México Alcances y limitaciones en casos de violaciones graves de derechos humanos”. México. <https://ibero.mx/files/informe-derecho-a-la-verdad.pdf>, consultado el 3 de agosto del 2019.
- Cervantes, O., (2016). “México en 2000: ¿Transición a la democracia?”. En Revista Consideraciones. Julio 8 del 2016. <https://revistaconsideraciones.com/2016/07/08/mexico-en-2000-transicion-a-la-democracia/>, consultado el 4 de agosto del 2019.

- Centro de Investigación y Docencia Económicas y Comisión Nacional de Derechos Humanos (CIDE-CNDH). (2018). “Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México”. Ciudad de México: CIDE y Comisión Nacional de Derechos Humanos. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/Estudio_Justicia_Transicional_Mexico.pdf , consultado el 4 de diciembre del 2019.
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), (2019). “Propuesta ciudadana para la construcción de una política sobre verdad, justicia y reparación. A las víctimas de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos”. México: CMDPDH. <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-justicia-transcional-2019.pdf>, consultado el 15 de diciembre del 2019.
- Comisión de la Verdad del Estado de Guerrero (Comverdad), (2014). “Informe Final de Actividades”. México: Comverdad. <http://congresogro.gob.mx/files/InformeFinalCOMVERDAD.pdf> , consultado el 3 de diciembre del 2019.
- Concha, M., (2013). “Comisión de la verdad en Oaxaca”. México: La Jornada, 12 de octubre del 2013. <https://www.jornada.com.mx/2013/10/12/opinion/018a2pol>, consultado el 4 de diciembre del 2013.
- Gobierno del Estado de Guerrero, Poder Legislativo, (2012). “Ley número 932 por la que se crea la Comisión de la Verdad para la investigación de las violaciones a los derechos humanos durante la guerra sucia de los años sesenta y setentas del Estado de Guerrero”. Ley publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado No. 23 Alcance I, el Martes 20 de marzo de 2012. [http://congresogro.gob.mx/61/attachments/article/628/%EF%83%96LEY%20NO.%20932%20CREA%20LA%20COMISION%20DE%20LA%20VERDAD%20\(19-DIC-11\).pdf](http://congresogro.gob.mx/61/attachments/article/628/%EF%83%96LEY%20NO.%20932%20CREA%20LA%20COMISION%20DE%20LA%20VERDAD%20(19-DIC-11).pdf) , consultado el 20 de diciembre del 2019.
- Infoabe, (2020). “Javier Sicilia se reunió con Olga Sánchez Cordero para hablar de la justicia transicional”. Enero 16 del 2020. <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/01/16/javier-sicilia-se-reunio-con-olga-sanchez-cordero-para-hablar-de-la-justicia-transicional/> , consultado el 17 de enero del 2020.

- La Razón Online/NTX, (2018). “Justicia transicional, solución ante violencia en México, asegura Sánchez Cordero”. México: Diario La Razón, julio 17 del 2018. <https://www.razon.com.mx/mexico/poner-a-victimas-en-el-centro-con-justicia-transicional-en-mexico-sanchez-cordero/> , consultado el 5 de diciembre del 2019.
- Malkin, E., (2018). ‘México nunca volvió a ser el mismo’, a cincuenta años de Tlatelolco”. En: New York Times, octubre w del 2018. <https://www.analisisafondo.com/educacion-y-cultura/item/33242-%E2%80%98Mexico-nunca-volvi%C3%B3-a-ser-el-mismo%E2%80%99,-a-cincuenta-a%C3%Bos-de-tlatelolco/> , consultado el 2 de agosto del 2019.
- Méndez, A., (2007). “La Femosp se extingue sin conseguir que se castigue a presuntos represores”. México: La Jornada. <https://www.jornada.com.mx/2007/03/27/index.php?section=politica&article=014n1pol>, consultado el 2 de diciembre del 2019.
- Murillo, E., (2020). “El año pasado, cada día hubo 97.5 homicidios”. La Jornada, enero 21 del 2020. <https://www.jornada.com.mx/2020/01/21/politica/005n2pol> consultado el 21 de enero del 2020.
- National Security Archive (NSA), (2006). “Informe Documenta sobre 18 años de ‘Guerra Sucia’ en México Fiscal Especial: Responsabilidad del Estado en Cientos de Asesinatos y Desapariciones”. Febrero 26 del 2006. <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEBB/NSAEBB180/index2.htm> , consultado el 2 de diciembre del 2019.
- Orduña, E., Sprenkels, R., Juárez, J., (Coords.), (2018). “La justicia transicional en perspectiva comparada: Centroamérica y México”. México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe – CIALC.
- Pérez C., J. (2017). La línea del horizonte transicional y los problemas de procesar crímenes de lesa humanidad en México: un análisis de sus documentos clave. *Revista Penal y los Derechos Humanos* 13, 63-83. Recuperado el 5 de agosto de 2019 desde <file:///C:/Users/PATRIC-1/AppData/Local/Temp/19116-45210-1-PB.pdf>

- Petrich, B., (2014), “La impunidad que subsiste en Guerrero viene desde la guerra sucia: Comverdad”. México; La Jornada, octubre 14 del 2014. <https://www.jornada.com.mx/2014/10/14/politica/008n1pol>, consultado el 3 de diciembre del 2019.
- Quadratin, (2016). “Difunde Comisión de la Verdad informe final sobre hechos en Oaxaca”. Oaxaca: Quadratin, 3 de mayo del 2016. <https://www.quadratin.com.mx/sucesos/Difunde-Comision-la-Verdad-informe-final-hechos-Oaxaca/>, consultado el 3 de diciembre del 2019.
- Ramírez, F., (2018). “Los trabajos y los días, la memoria y el olvido. Afanes y tropiezos de la justicia transicional en México”. En: Orduña, E., Sprenkels, R., Juárez, J., (Coords.), “La justicia transicional en perspectiva comparada: Centroamérica y México”. México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe – CIALC.
- Salvatierra, S., Díaz, A. y Knippen, J., (2018). “Las deudas de la verdad en México ante el discurso de justicia transicional”. Fundar, Centro de Análisis e Investigación. En: Article 19 y otros, (2018). “Derecho a la verdad en México Alcances y limitaciones en casos de violaciones graves de derechos humanos”. México. <https://ibero.mx/files/informe-derecho-a-la-verdad.pdf>, consultado el 3 de agosto del 2019.
- Segob, (2019a). “¿Qué es la justicia transicional?”. México, agosto 29 del 2019. <https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-justicia-transicional?idiom=es> consultado el 15 de diciembre del 2019.
- Segob, (2019b). “Comisión para la Verdad y Acceso a la Justicia en el Caso Ayotzinapa” <http://www.comisionayotzinapa.segob.gob.mx/>, consultado el 15 de diciembre del 2019.
- Segob, (2019c). “Sitios de Memoria. Verdad, Memoria, Justicia y no repetición”. <http://sitiosdememoria.segob.gob.mx/>, consultado el 15 de diciembre del 2019.
- Segob, (2020a). “Política pública de la Secretaría de Gobernación encaminada a la justicia transicional, refrenda Olga Sánchez Cordero”. Enero 6 del 2020. Boletín No. 008/2020. <https://www.gob.mx/segob/prensa/politica-publica-de-la-se>

cretaria-de-gobernacion-encaminada-a-la-justicia-transicional-refrenda-olga-sanchez-cordero , consultado el 10 de enero del 2020.

Segob, (2020b). “Presenta Gobernación Informe de fosas clandestinas y registro nacional de personas desaparecidas o no localizadas”. Enero 6 del 2020, Boletín 009/2020. <https://www.gob.mx/segob/prensa/presenta-gobernacion-informe-de-fosas-clandestinas-y-registro-de-personas-nacional-de-desaparecidas-o-no-localizadas> , consultado el 10 de enero del 2020.

Solalinde, J.A., Jiménez, M. P. y Osorno, D. E., (2016), “Informe de la Comisión de la Verdad sobre los hechos que motivaron las violaciones a los derechos humanos al pueblo oaxaqueño en 2006 y 2007”. Comisión de la Verdad de Oaxaca, Marzo del 2016. <https://www.dropbox.com/s/olgkklqskg6tmgy/INFORME-FINAL-COMISION-DE-LA-VERDAD-DE-OAXACA.pdf?dl=0> , consultado el 5 de diciembre del 2019.

Treviño, J., (2018). “Ante las justicias transicionales de México”. En: Orduña, E., Sprenkels, R., Juárez, J., (Coords.), “La justicia transicional en perspectiva comparada: Centroamérica y México”. México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe – CIALC.

Uprimny, R. y Saffon, M. P., 2005, “Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: tensiones y complementariedades”. En: Rettberg, A., (Comp.), Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional, (211-232), Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes; Canadá: International Development Research Centre (IDRC). https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_52.pdf , consultado el 4 de agosto del 2019.

A Força Formal Constitucional da Convenção Americana de Direitos Humanos

Lucas Octávio Noya dos Santos

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo dar uma resposta à problemática dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos se encontra neste rol de tratados e é objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração na ADPF nº 153 e na ADPF nº 320, pendentes de julgamento. O principal questionamento é: qual a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos e qual a força normativa das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O trabalho se vale de uma construção lógica a partir do método dedutivo, cujas premissas foram construídas por meio da análise de caso, levantamento bibliográfico e dispositivos internacionais pertinentes. Conclui-se que a Convenção Americana

RESUMEN: El propósito de este documento es proporcionar una respuesta al problema de los tratados internacionales de derechos humanos que fueron ratificados antes de la Enmienda Constitucional No. 45/2004, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos está incluida en esta lista de tratados y es objeto de interrogatorio en el Tribunal Federal Supremo en la Moción de Aclaración en ADPF No. 153 y ADPF No. 320, pendiente de sentencia. La pregunta principal es: ¿cuál es la jerarquía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cuál es la fuerza normativa de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? El trabajo utiliza una construcción lógica basada en el método deductivo, cuyas premisas se construyeron mediante análisis de casos, encuestas bibliográficas y dispositivos internacionales relevantes. Se conclu-

Recibido: 12 de abril de 2019. Dictaminado: 26 de mayo de 2019.

de Direitos Humanos tem status de norma formalmente constitucional, e que, portanto, não pode ser denunciada pelo Estado brasileiro, sob pena de se incorrer em vício de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Hierarquia Normativa. Tratados Internacionais. Fonte Internacional. Norma Constitucional.

ye que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene el estatus de una norma formalmente constitucional, y que, por lo tanto, no puede ser denunciada por el Estado brasileño, bajo pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

Palabras clave: jerarquía normativa. Tratados internacionales. Fuente internacional. Norma Constitucional

SUMARIO: I INTRODUÇÃO. II. ENTRE MONISMO E DUALISMO III-ORDENAMIENTO BRASILEIRO E A CADH IV. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004 V. O RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 466.343-1-SP VL. CONCLUSÃO VLL.REFERENCIAS BIBLIOGRÁDICAS

Introdução

A partir das ondas recentes de nacionalismo na política internacional, começa-se a questionar a relevância das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e quais os efeitos do seu descumprimento.

No Supremo Tribunal Federal ainda pendente de pauta está o julgamento dos Embargos de Declaração na ADPF 153, os quais encontram-se apartados na ADPF 320 pela conexão da matéria em julgamento, por decisão do Ministro Relator Luis Fux.

Resumidamente, o que se questiona nas ações constitucionais é: qual a força das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)? Qual a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no ordenamento jurídico brasileiro?

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado no Recurso Extraordinário nº 466.343 quanto à suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, tal posição deverá ser revista em

breve, não só pelo fato dos processos aguardando julgamento, como também do atual momento político brasileiro em que se ataca veementemente a cultura da proteção internacional dos direitos humanos no Brasil.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo foi abordar, tendo como recorte as correntes filosóficas historicamente dicotômicas do monismo e do dualismo, e perpassando as divisões das mais variadas correntes internacionalistas e constitucionalistas atuais, a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo como conjectura a força formal das normas de direitos humanos oriundas de tratados ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Como método de pesquisa foi utilizado o dedutivo, no qual a construção das premissas perpassou a construção tipológica por meio de análise de caso, levantamento bibliográfico e normativo acerca da temática, consubstanciando numa conclusão lógica.

1. Entre monismo e dualismo

Ainda no início da vida acadêmica, somos convidados a estudar as fontes do direito e suas relações, tendo como pressuposto a tradicional dicotomia fontes formais e materiais. Visão esta que já passa a ser questionada por autores mais recentes.

Sendo assim, o mais apropriado seria uma divisão entre fontes sociais e fontes jurídicas do Direito, as quais contemplam as mais abrangentes *fons et origo*, pressupondo um diálogo entre direito, economia, ciência e técnica, política, moral e religião na construção daquelas fontes tidas como sociais, enquanto que as outras são as oriundas do que se convém denominar “fontes imediatamente disponíveis” (Bittar, 2018, p. 250-252).

Inobstante as divergências propostas, fato é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concernente ao ramo do Direito Inter-

nacional Público, é incorporado ao Direito nacional e exerce sobre ele verdadeira força normativa, o que, por consequência, impacta nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dentre eles, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Não se pode olvidar que a questão da cultura em direitos humanos influencia sobremaneira a compreensão da força vinculante dos tratados internacionais dessa natureza. Pautada na dicotomia relativismo-universalismo, Flávia Piovesan (2014, p. 50) aduz:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas.

Posicionamento rechaçado pelos universalistas (Piovesan, 2014, p. 51) na medida em que se atribui a esta relativização cultural um meio de camuflar diversas violações de Direitos Humanos.

Sem aprofundar nesta discussão, visto que não é o propósito do trabalho, na perspectiva puramente normativa de Norberto Bobbio, o qual contrapõe Santi Romano (2008) em sua teoria do ordenamento, quando aquele explica a relação de equivalência da eficácia da proposição prescritiva com a sanção, se verifica a existência de uma profunda relação com a eficácia simbólica de uma condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão máximo de aplicação da CADH.

Antes mesmo, contudo, de localizar a hierarquia normativa da CADH, é necessário elucidar a divisão histórica atinente à relação entre direito internacional e direito interno: o dualismo e o monismo.

O primeiro autor que se utilizou da expressão “dualismo” foi Alfred Von Verdross e, posteriormente, Karl Heinrich Triepel se tornou o grande expoente da teoria dualista, ao reconstruir o fenômeno da mencionada relação normativa a partir de elementos específicos. São eles: (i) a vontade; (ii) a relação das regras de direito interno e direito internacional; (iii) as fontes das quais emanam cada um dos ordenamentos.

Triepel elenca a vontade como fonte normativa do direito em oposição às relações sociais, fazendo com que se divida o direito em razão de sua fonte particular da qual é emanado, possuindo, por conseguinte, objetivos diversos.

Já nas primeiras páginas é possível verificar que Triepel (1966, p. 14) considera como direito o aspecto normativo e reconhecendo como direito interno todas as normas que regem as relações sociais em uma comunidade nacional, analisando normas estatais, que, por sua vez, se dirigem a regular, a um, as relações entre seus jurisdicionados de modo horizontalizado ou, a dois, as relações dos jurisdicionados consigo mesmo, de modo verticalizado (Triepel, 1966, p. 15-16).

Sob outro prisma, as normas de direito internacional público — e aqui o autor excepciona o direito internacional privado — se destinam a regulamentar outras relações de natureza absolutamente distinta, que regem relações horizontais entre Estados.

Há aqueles que defendem o monismo nacionalista, tese cunhada por Moser e que tem como premissa teórica o estatismo hegeliano (Cassese, 2005, p. 213)

Embora Verdross (2013, p. 20) defende a teoria monista do direito, sustentando ser impossível tratar direito internacional e direito interno de forma distinta, assim como Kelsen (2010, p. 138), que desconstrói a visão de sobreposição do direito nacional ao direito internacional dando uma perspectiva hermenêutica ao ponto controverso e já inicia sua fundamentação partindo do pressuposto de que se trata de uma

análise estatalista do direito, atribuindo-se como fonte o Estado (Kelsen, 2010, p. 147).

Com base no ensinamento kelseniano, um Estado só pode ser vinculado por uma norma internacional da qual consentiu, dando-se margem à aplicação do reconhecido princípio *pacta sunt servanda*.

Existem incalculáveis argumentos para ambos os lados, porém, as correntes filosóficas monistas e dualistas devem ser observadas sob a perspectiva do novo rumo do Direito Internacional, a internacionalização dos direitos humanos.

Analizando pelo trabalho de Valério Mazzuoli (2011, p. 811), a chamada “gênese” dos Direitos Humanos em perspectiva internacional se dá com o processo de paz, que culminou no Tratado de Paz de Vestefália, em 1648, embora importante mencionar a existência de divergência doutrinária, havendo quem defenda que há uma distorção nesta visão da origem do processo de construção do Estado moderno pela corrente vestefaliana (Moita, 2012, p. 19).

Registre-se também a ressalva necessária concernente à origem dos outros ramos do direito internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do direito humanitário, por exemplo, e seu primeiro fragmento histórico consolidado, como é o caso da Declaração de São Petersburgo de 1868 (Henckaerts, 2005, p. 176; Deyra, 2001, p. 20). É em meio ao contexto pós segunda guerra mundial no qual se afluía a necessidade da internacionalização das garantias e proteção dos Direitos Humanos, entretanto, que surge a Carta das Nações Unidas de 1945 e ocorre a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Mazzuoli, 2011, p. 814-815), instrumentos esses que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (SGDH ou SUDH).

Neste diapasão, é criado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) por meio da assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948, da qual o Brasil fez parte, ocasião em que se criava também a Comissão Interamericana de Direitos Huma-

nos (CIDH), a qual dispõe de qualquer medida para efetivar direitos humanos (Brownlie, 2008, p. 556).

De outro lado, ainda em uma perspectiva histórica, embora o SIDH tenha sido criado em 1948, com assinatura da Carta da OEA, foi apenas em 1969 que houve a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que é o órgão definitivo de competência contenciosa do âmbito interamericano, e, embora seja uma transformação evolutiva muito significativa junto ao próprio SIDH, reconhecemos que elaboração do Pacto de San José da Costa Rica — também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH, instrumento este que deu origem à Corte IDH — acabou por desaguar na criação de duas classes distintas de Estados pertencentes ao SIDH: a um, aqueles que ratificaram a Carta da OEA, e que, portanto, se submetem ao crivo da CIDH, e, a dois, aqueles que ratificaram a Carta da OEA e a CADH, submetendo-se ao crivo da CIDH e da Corte IDH.

No tocante à regulamentação da Corte IDH e da CIDH, os seus Estatutos foram aprovados pela Assembleia Geral da OEA em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Porém, no ano de 2003, foi aprovado um novo documento, o Regulamento da Corte IDH versando sobre as normas de procedimento interno e, em 2009, que o Regulamento da CIDH trouxe o louvável artigo 23¹ que inclui qualquer pessoa ou grupo de pessoa no rol de legitimados para apresentar petições ao SIDH.

-
1. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e

2. O Ordenamento Brasileiro E A CADH

Durante o governo de Getúlio Vargas, o Brasil assina a Carta da OEA em 1948, entrando para a história como um membro fundador da mencionada organização internacional, de modo que apenas com o Decreto nº 30.544, promulgado em 14 de fevereiro de 1952, houve a ratificação do tratado internacional. A importância da Carta da OEA se deve ao fato de que este tratado deu início ao SIDH, criando a CIDH em seu art. 106 e estabelecendo a sua competência consultiva.

Foi com o advento do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a CADH, que se deu a origem da Corte IDH, estabelecendo sua competência contenciosa e consultiva. Tal documento foi assinado pelo Brasil na data de sua celebração e ratificado apenas em 1992. Porém, a ratificação da competência contenciosa da Corte IDH pelo Brasil se deu em 10 de dezembro de 1998.

A grande discussão que surge entorno da integração das normas da CADH ao ordenamento jurídico brasileiro se deve ao fato de que, até os idos de 30 de dezembro de 2004, a Constituição Federal contava com apenas dois parágrafos em seu artigo 5º, sendo que o § 2º foi — e, como será tratado mais adiante, para parte da doutrina ainda o é — o fundamento mais retumbante do status constitucional das normas da CADH, enquanto que, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o conflito que parecia solucionado tomou outras proporções igualmente tormentosas.

Nos dizeres de Flávia Piovesan (2013, p. 116):

Propõe-se, nesse sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos

com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão. (grifo nosso)

direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Neste interim, podemos verificar que os tratados internacionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais aos quais se alinha o terceiro fundamento da república, bem como a regência disciplinar internacional do Estado brasileiro tal qual determina o artigo 4º, inciso II da Constituição Federal, teriam tratamento equiparado ao que é dispensado às normas dispostas no artigo 5º da CF/88, o que é seguido por Valério Mazzuoli (2011, p. 819-820).

Mesmo após o advento da EC/45, a doutrina internacionalista ainda defende o status constitucional atribuído às normas de Direitos Humanos fundamentando-se principalmente na norma descrita no § 2º da CF/88, de modo que temos um verdadeiro olhar caleidoscópico sobre os tratados de Direitos Humanos que podem ser reagrupados da seguinte forma: a) tratados de Direitos Humanos anteriores à EC/ 45; b) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados com requisitos para equiparação à EC; e c) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados sem requisitos para equiparação à EC. Em outras palavras, se o propósito do §3º do art. 5º da CF/88 era de pacificar a discussão sobre a hierarquia das normas internacionais, tal instituto foi tão eficiente quanto um tiro n'água. Inclusive, a doutrina internacionalista (Mazzuoli, 2011, p. 825; Cançado Trindade, 2007, p. 209) critica a redação do mencionado dispositivo constitucional.

Como forma de fundamentar o seu argumento de atribuir status constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos, a crítica ao dispositivo constitucional do § 3º do art. 5º da CF/88 — e isto como exercício hipotético — leva ao questionamento se atribuir-se-ia,

com a aprovação de referida EC/45, um rebaixamento do status das normas convencionais. Além de tratar-se de um retrocesso entender dessa forma, também seria uma interpretação inconstitucional, em razão do que dispõe o § 4º, inciso IV do art. 6º da CF/88, de modo que nos alinhando ao entendimento de Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan e Augusto Cançado Trindade a nos posicionar de modo que não se trata de redução do status das normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

3. A Emenda Constitucional Nº 45 de 2004

Em seus escritos, Valério Mazzuoli faz a construção a partir de vários fundamentos que culminam no entendimento pelo status constitucional dos tratados de Direitos Humanos. E isto, como ele próprio afirma (Mazzuoli, 2011, p. 821) sempre ocorreu em detrimento do art. 5º, § 2º da CF/88, o que nos leva a crer que se aplicam a todos os tratados anteriores à EC/45. Desde suas primeiras obras (Mazzuoli, 2001, p. 30-31) é possível se notar uma distinção bem clara entre os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e os demais tratados. E, como já mencionado anteriormente, embora esse entendimento tenha se dado anteriormente à EC/45 e ao julgamento do RE 466.343-1-SP, Mazzuoli mantém firme a posição de que os tratados internacionais de Direitos Humanos integram o sistema jurídico como status de norma constitucional.

O aspecto inicial observável é de que tal autor evidencia com muita clareza que é natural de determinados tratados internacionais que se haja uma exigência de adequação do ordenamento interno ao pactuado perante outro estado, de modo que a obstaculizar o cumprimento de determinada obrigação internacional contraída sob o argumento de impedimento constitucional seria uma violação, em última análise, do

princípio do *pacta sunt servanda*, norteador do direito internacional como um todo.

Seguindo com as assertivas de Valério Mazzuoli (2011, p. 822), também é possível verificar que o §2º do art. 5º da CF/88 possui um caráter eminentemente aberto, na medida em que, segundo sua redação, extrai-se a existência de (i) direitos e garantias expressos na CF, constantes ou não do art. 5º, (ii) direitos e garantias implícitos decorrentes do próprio regime e dos princípios adotados na Constituição e (iii) os direitos e garantias advindos de tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil seja parte.

Ressalta-se que todas essas modalidades são protegidas pelo art. 6º, § 4º, inciso IV da CF/88 uma vez que, no tocante aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC nº 45/04, estes foram ratificados seguindo todos os procedimentos previstos na lei vigente, tornando-se um ato jurídico perfeito e acabado (Mazzuoli, 2001, p. 240).

Outro ponto a ser considerado é de que ainda que não seja por se tratarem de tratados internacionais, observar-se-ia que no próprio regime adotado também se verifica o status constitucional, conforme dispõe o art. 4º, inciso II da CF/88, que, por sua vez, faz menção expressa à regência internacional pela prevalência dos Direitos Humanos (Mazzuoli, 2004, p. 358-359).

No mesmo sentido, segue Cançado Trindade (2003, p. 512-513) quando afirma que a intenção do legislador constituinte ao positivar o disposto no art. 5º, §2º era de se alinhar com a constante transformação pela qual passaram os estados latino-americanos quebrando suas barreiras internas e transpondo o direito internacional dos Direitos Humanos em sua essência fundamental aos preceitos constitucionais². Em

2. Antonio Augusto Cançado Trindade traz a real intenção do legislador constitucional, já que referido autor foi quem propôs a inserção do art. 5º, §2º da CF em audiência pública da Assembleia Constituinte em 20 de abril de 1987.

outras palavras, o autor também segue a linha de que se integram ao rol de direitos e garantias constitucionais aqueles dispostos em tratados internacionais de Direitos Humanos.

O entendimento de Flávia Piovesan (2013, p. 117-119) vai ao encontro do que expõe Cançado Trindade e Valério Mazzuoli ao concordar que os tratados de Direitos Humanos encontram respaldo constitucional no art. 5º, §2º da CF/88. Acrescenta, ainda, que os tratados internacionais de uma maneira geral recebem status de norma supralegal em razão do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que proíbe a alegação de matéria de direito interno como escusa para cumprimento das normas convencionais.

Seguindo nesta linha de raciocínio, obter-se-ia a conclusão de que, ora, se todos os tratados internacionais já possuem status de norma supralegal por natureza, é evidente que os tratados de Direitos Humanos mencionados no dispositivo do art. 5º, §2º da CF/88 possuem caráter diferenciado e, portanto, status hierárquico mais elevado que os demais tratados que não versam sobre Direitos Humanos, razão pela qual se conclui pelo status constitucional de referidas normas internacionais.

Outro ponto acrescentado por Flávia Piovesan e que merece destaque é de que as normas constitucionais possuem um propósito de no texto magno constarem (2013, p. 117). Basta se verificar que no art. 153, § 36 da Constituição Federal de 1967, embora houvesse similitude com o texto constitucional atual, não se fazia referência alguma às normas internacionais de Direitos Humanos, de modo que tais normas hoje assim existem para conferir às referidas normas seu status hierárquico constitucional.

Baseado nessa amplitude protetiva dos direitos expressos nos tratados de Direitos Humanos, Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 150-151) verificam embasamento suficiente para defenderem a supra-constitucionalidade de determinados tratados, os chamados tratados

internacionais centrífugos. Em contrapartida, os tratados centrípetos, por sua vez, possuem status de norma constitucional.

Em outras palavras, os tratados internacionais que versam sobre obrigação a ser adotada internamente ou acarretam sanção em nível regional, possuem natureza de norma constitucional. Já os tratados que evidenciam uma obrigação além dos limites regionais em assertiva com a jurisdição global, possuem status de norma supraconstitucional (Mazzuoli, 2010, p. 152-153).

De outra ponta, antes do julgamento do RE 466.343-1-SP, vigorava o entendimento jurisprudencial — embora houvesse algumas exceções — de que os tratados de Direitos Humanos possuíam natureza de norma ordinária, equiparados às demais leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

O próprio STF, em julgamento da ADI 1480-3, reconheceu a tendência latino-americana em consagrar status de norma constitucional os tratados internacionais de Direitos Humanos. Porém, em seu voto, afirmou o Ministro Celso de Mello:

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema positivo doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.

É o mesmo entendimento que se extraia do julgamento do RE 109.173-SP quando aplicado aos tratados internacionais como um todo. Dizia o ministro Carlos Madeira: “Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.”

Desta feita, não é uma afirmação congruente com o arcabouço jurídico existente à época, evidenciando um crasso erro de julgamento por parte do então ministro Celso de Mello e que, neste contexto, nos dá um panorama geral de como a jurisprudência refletia — se é que ainda não mudou — a tendência monista nacionalista em um passado próximo.

Existem aqueles que ainda defendem, inclusive, o afastamento de normas internacionais que contradigam a Constituição, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 32).

Um argumento utilizado pelo ex-ministro José Carlos Moreira Alves para a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais de Direitos Humanos é que o §2º do art. 5º da CF/88 versa sobre os tratados ratificados antes do advento da Constituição Federal. Porém, tal entendimento não encontra respaldo jurídico algum na Constituição (Mazzuoli, 2001, p. 11).

Isto posto, também é de se destacar que, em uma análise topográfica, o § 2º do art. 5º da CF/88 encontra-se no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. A prevalecer o argumento de que o dispositivo se refere aos tratados anteriores à CF/88, estar-se-ia atribuindo à norma característica de disposição transitória. Com muita propriedade Valério Mazzuoli rejeita referido argumento.

Outro ponto que se pode adicionar, nesse aspecto, é de que o mesmo dispositivo constitucional igualmente se refere a outros direitos e garantias que estão implícitos no art. 5º ou também constantes nos demais regramentos da Constituição Federal, como é o caso, *e.g.*, dos direitos sociais previstos no art. 7º. Ora, estariam os direitos implícitos destacados e, portanto, não integrantes do rol de cláusulas pétreas do artigo 5º? Não cremos ser esta a melhor interpretação dada ao dispositivo quando analisada em um contexto sistêmico de garantias exposto no texto constitucional de 1988.

No mais, a abertura do regime democrático a partir da Constituição Federal de 1988 veio no intento de garantir a máxima proteção aos Direitos Humanos que, em não menos de 10 (dez) anos antes, eram tidos como inexistentes diante do período sombrio pelo qual passava o Brasil à época. Seguir por esta linha — que confere aos Direitos Humanos advindos de tratados internacionais ratificados antes da EC/45 status de norma ordinária — seria, como a própria tese sugere, o mesmo que atribuir aos conflitos entre as normas advindas das convenções internacionais a resolução pela regra básica da posterioridade (lei posterior revoga lei anterior), da especialidade (lei especial revoga lei geral) ou da hierarquia (lei superior revoga lei inferior).

Ora, a prevalecer este entendimento, poderia uma lei ordinária revogar disposição de tratado internacional que garante um direito humano não previsto como norma constitucional, o que atentaria contra os princípios da vedação ao retrocesso e da proteção mais benéfica ao ser humano que — e tal assunto será tratado oportunamente — são critérios de solução dos aparentes conflitos entre norma de tratado internacional de Direitos Humanos e norma de direito interno.

Por fim, existem também aqueles que defendem que os tratados internacionais de Direitos Humanos recebem status de norma supra-constitucional, como é o caso de Francisco Mattosinho (2016), Bidart Campos (1989, p. 362) e Augustín Gordillo (2007, p. 52).

Mattosinho (2016, p. 89-95) faz um apanhado sobre os aspectos do neoconstitucionalismo e perpassa a análise jurisprudencial e sua transformação ao longo da história até o julgamento do RE 466.343-1-SP em 2008, trazendo a tendência dos tribunais brasileiros em adotar de forma mais aberta os preceitos trazidos pelos tratados internacionais.

O ponto de convergência se pauta no definhamento crescente daquela visão positivista pura defendida por Kelsen e a definição da norma pelo seu conteúdo formal e seu processo de produção, o que, por

lógica, se traduz como uma adoção ao movimento do neoconstitucionalismo.

No mais, razão assiste à posição de Valério Mazzuoli (2014), Flávia Piovesan (2013) e Cançado Trindade (2003) quando atribuem aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos *status* de norma constitucional, na medida em que se depreende da melhor interpretação do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Analizando por todo um contexto hermenêutico que se propuseram a estudar autores internacionalistas até então utilizados, não queremos crer que tenha sido intenção do constituinte de 1988 atribuir aos tratados internacionais de Direitos Humanos *status* diferente das normas constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 95) segue neste mesmo sentido, e de acordo com o que defendemos até então. Veja-se:

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não remetê-los a um plano idêntico às leis ordinárias, há que admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, não obstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.

Ainda no que concerne à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se

aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF). Além disso, é de cogitar-se da sujeição destes direitos fundamentais de matriz internacional à proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina.

Deste modo, em consonância com todo o arcabouço doutrinário, tem-se por certo que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem status hierárquico equiparado ao das normas constitucionais.

A partir desta construção, surge uma questão um pouco mais específica que, se não sanada, pode provocar comprometimentos insanáveis na estrutura do presente trabalho. Trata-se da chamada recepção material dos tratados à EC/45.

O principal questionamento que se faz é: se a EC/45 passou a definir como normas constitucionais apenas aquelas advindas de tratados internacionais de Direitos Humanos que forem aprovadas com quórum de 3/5 em cada uma das quatro votações no Congresso Nacional, aplicar status de norma constitucional aos tratados anteriores seria supressão de quórum, haja vista que, conforme os próprios dados do Ministério das Relações Exteriores, em conjunto com a Secretaria de Direitos Humanos, e também da Câmara dos Deputados, somente a Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional foram aprovados com quórum exigido pela regra do § 3º do artigo 5º da CF/88?

Não há que se falar em supressão de quórum na medida em que se aceita que as normas já estariam integradas materialmente à Constituição por força do § 2º da CF/88. A posição contrária é que, em si mesmo, seria uma afronta à Constituição Federal. Basta evidenciar que, atribuir à norma anterior à EC/45 status inferior em razão de um limite

meramente formal seria reduzir uma norma constitucional à status de lei ordinária ou, na tese do STF, status de lei supralegal.

Ademais, o próprio Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 98) expõe que, embora se aparente questionável esta tese por conta do aspecto da incorporação formal,

Tal entendimento somente se revela como sustentável – considerando a incompatibilidade total de rito dos Decretos Legislativos e das Emendas Constitucionais – em sendo o caso de se aderir aos argumentos dos que, mesmo antes da EC 45/04, já vinham – consoante já referido no item precedente – defendendo a condição de direitos fundamentais em sentido material, dotados, portanto, de hierarquia constitucional, mas sem integrarem o direito constitucional em sentido formal, que é precisamente a posição também por nós sustentada.

Assim, é imperioso ressaltar nossa posição no sentido de que todas as normas internacionais de Direitos Humanos ratificadas antes da vigência da EC/45 possuem status de norma constitucional e, inclusive, com aplicabilidade imediata.

4. O Recurso Extraordinário Nº 466.343-1-SP

Analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é relevante à presente pesquisa, na medida em que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP tornou-se paradigma para casos semelhantes julgados pelas instâncias inferiores. De toda sorte, constitui um fragmento relevante para a construção da premissa básica.

Em pleno regime militar, o Presidente Humberto Alencar Castelo Branco sanciona a lei nº 4728/65, que previa em seu texto preambular a disciplina do mercado de capitais e estabelecimento de medidas para o seu desenvolvimento.

Dentre outras disposições, o § 10 do artigo 66 estabelecia que o depositário infiel responderia nas penas do art. 171, § 2º, inciso I do Código Penal³, instituindo, assim a prisão civil a qual sofreu alteração com a edição do Decreto-lei nº 911 de 1965, que apenas transferiu o texto do referido § 10 para o § 8º, mantendo-se, contudo, a redação do dispositivo intacta.

Todos esses instrumentos normativos que possibilitavam o pedido de prisão por dívida foram editados sob a égide do art. 153, § 17 da Constituição Federal de 1969⁴ e que se mantiveram com o advento da redação do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal⁵ de 1988, o que, ao menos, legitima a dúvida da recepção de mencionado instituto.

Em sede de lei ordinária, havia o então Código Civil de 1916, em cujo artigo 1.287 se disciplinava a matéria⁶, assim como o Código de Processo Civil de 1973 também regulamentava o instituto no parágrafo único do artigo 904⁷. A redação do artigo 1.287 foi reprisada no artigo 652 do vigente Código Civil.

No Recurso Extraordinário, que teve relatoria do então Ministro Cezar Peluso, o Banco do Bradesco, então recorrente, intentava a pri-

3. O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.

4. Art. 153.....
§ 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, **na forma da lei**. (grifo nosso).

5. Art. 5º.....
LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Verifica-se deste dispositivo que o legislador constituinte retirou a expressão “na forma da lei” da redação, o que representa uma mudança atenciosa no texto constitucional com um efeito proporcional muito maior, como veremos adiante.

6. Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).

7. Art. 904.....
Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

são civil em razão de bem dado em garantia fiduciária, buscando-se para tanto a equiparação dos contratos.

O Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto alertando para o caráter excepcionalíssimo da prisão civil por depositário infiel, que era um instituto inexistente na Constituição Federal de 1936, a primeira a garantir textualmente a impossibilidade de prisão civil, haja vista o seu caráter invasor da liberdade individual, por mais que se garantisse por meio dela a boa-fé contratual e sua boa execução.

Em meio à discussão, o então ministro não se atentou para a aplicação ou não do Pacto de San José da Costa Rica, negando provimento ao Recurso Extraordinário fundando-se única e exclusivamente na distinção entre contrato de depósito e a garantia fiduciária, que era o caso, e dando interpretação restritiva ao instituto em razão de não se tratar de entendimento condizente com os princípios constitucionais de proteção da liberdade individual.

Devemos lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica — ratificado em 1992 — prevê a proibição da prisão civil por dívida nos casos de violação do contrato por parte do fiel depositário em seu artigo 7.7⁸.

Num outro diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — ratificado também em 1992 — prevê uma norma muito mais abrangente, em seu artigo 11⁹, no concernente a proteção dos Direitos Humanos, e restritiva à prisão civil, vedando sua incidência em qualquer hipótese de descumprimento contratual.

Já o ministro Gilmar Mendes foi quem suscitou o grande debate acerca da hierarquia que deve ser aplicada aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, levantando todas as hipóteses mencionadas no item 2.5.1. com o acréscimo da teoria da supralegalidade,

8. 7.7 — Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

9. Artigo 11 — Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

ou seja, de que referidos tratados estariam acima das leis ordinárias e, porém, abaixo da Constituição Federal. Tal teoria foi, segundo o Ministro, extraída do texto constitucional alemão.

Ao iniciar seu voto, o Ministro rechaça toda teoria que entende pela supraconstitucionalidade dos tratados de Direitos Humanos fundando-se no rigor constitucional atribuído ao processo de reforma constitucional, dificultando, desta forma, a compreensão de normas que integrassem de maneira sobreposta aos ditames constitucionais.

Complementando as teses defendidas por Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Augusto Cançado Trindade, esboçadas anteriormente, o Ministro elucida o artigo 75.22 da Constituição argentina, a qual prevê a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos.

Em resumo, Gilmar Mendes inaugura o posicionamento de que o STF precisa revisar sua jurisprudência que anteriormente conferia status de lei ordinária — e o faz com base na doutrina que aponta para a tendência constitucional latino-americana em se alinhar aos organismos supranacionais de proteção dos Direitos Humanos — conferindo, portanto, status supralegal às normas de proteção dos Direitos Humanos advindas de tratados internacionais.

Ao final de seu voto, o Ministro acaba por enfatizar que nem o Pacto de San José da Costa Rica, e nem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, revogaram a disposição do art. 5º, inciso LXVII, mas atacaram a aplicabilidade das disposições infraconstitucionais que com eles conflitam (2006, p. 1161).

Após a explanação do voto do Ministro Gilmar Mendes, pouco acrescentaram os Ministros Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanhando o voto do relator e também, diga-se, a proposição de Gilmar Mendes sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Embora também seguisse o entendimento dominante, o então Ministro Joaquim Barbosa quase deu um passo adiante na aplicação do

princípio *pro homine*. Porém, tal tese ficou para *obter dictum*. Segundo o Ministro (2006, p. 1201):

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo. (grifo nosso)

O então Ministro Carlos Aires Britto e o Ministro Marco Aurélio Mello seguiram os votos anteriores formando-se a maioria necessária ao entendimento vencedor pela supralegalidade. Porém, como o Ministro Celso de Mello apresentou pedido de vista, o julgamento foi então sobrestado, vindo a ser novamente reaberto apenas em 12 de março de 2008.

Ao apresentar seu voto-vista, o Ministro Celso de Mello de maneira surpreendente revisou seu próprio entendimento para seguir a tese de Flávia Piovesan e Francisco Rezek (2011) sobre dando status de norma constitucional aos tratados de Direitos Humanos, ocasião em que o então Ministro Cezar Peluso, o qual não havia se manifestado sobre o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, passou a acompanhar o Ministro Gilmar Mendes.

Após mais um pedido de vista que sobrestou o feito advindo agora do então Ministro Menezes Direito, o caso tornou a ser reaberto em 03 de dezembro de 2008, ocasião em que se confirmou o entendimento do Ministro Teori Zavascki negando provimento ao Recurso Extraordinário.

Como assentou o Ministro Gilmar Mendes em sua explanação final, verificado o assentamento da tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, tratou-se de uma decisão histórica a qual, conforme análise de Mattosinho (2016, p. 99), elevou o status hierárquico dos tra-

tados de Direitos Humanos, os quais vinham sendo aplicados apenas como mera lei ordinária.

Visto que esse julgamento gerou várias controvérsias na doutrina, e Valério Mazzuoli já apontava para tal imbróglio jurídico antes mesmo da vigência da EC/45 (2001, p. 222), é necessário tecermos algumas considerações acerca do seu real sentido e efeito no ordenamento jurídico brasileiro.

O que vinculou o próprio Supremo Tribunal Federal, além das demais instâncias do Poder Judiciário, foi o fundamento da supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos — especificamente o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — e, por conseguinte, a perda da eficácia das normas regulamentadoras da prisão civil do depositário infiel (Mazzuoli; Gomes, 2010, p. 106).

Desta feita, podemos reconhecer que, ao menos, a tese vencedora foi da prevalência do direito internacional dos Direitos Humanos sobre o direito interno em sede de legislação ordinária, revogando aquele a eficácia deste em razão de quebrar a aplicabilidade constitucional da norma que institui a prisão civil por depositário infiel.

Outro aspecto que não se deve esquecer é que a súmula vinculante nº 25, aprovada em sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009 e publicada no diário oficial da união no dia 23 de dezembro de 2009, traz expressamente em seu texto que a prisão civil por depositário infiel é ilícita, não inconstitucional¹⁰, uma vez que viola tratado internacional, mas não a Constituição expressamente.

Ora, a prevalecer a tese de que a hierarquia dos tratados não foi a questão central da discussão que culminou no desprovimento do recurso extraordinário nº 466.343-1-SP, deveria se ter dado outra redação a referida súmula, ressaltando a inconstitucionalidade de sua interpre-

10. Súmula Vinculante 25 — É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

tação, haja vista que o contrato de depósito seria diferente do contrato de garantia fiduciária. Não foi o que o Supremo Tribunal Federal disse. Portanto, o ponto central para a resolução da lide foi, e ainda o é, a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, aos quais se dá status de norma supralegal.

Contudo, há um aspecto que não fecha nesse sistema suscitado pelo Supremo Tribunal Federal e passamos a trabalhar com esta perspectiva.

Ao construir sua noção de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet acaba por incorporar sentido mais profundo à tese defendida por José Afonso da Silva. Diz o autor que:

Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo “eficácia jurídica”, o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva (quanto a este aspecto), consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada (SARLET, 2012, p. 214).

Podemos extrair desta afirmativa que — e até mesmo comungando com a defesa de José Afonso da Silva (2008) — toda norma que possui aplicabilidade possui também eficácia, porém, nem toda norma que possui eficácia é também aplicável.

Neste ínterim, a discussão que se travava acerca da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de Direitos Humanos toma outro rumo, dando maior proporção ao argumento daqueles que defendem a

incidência instantânea das normas internacionais ratificadas anteriormente à EC/45.

Isto posto, voltamo-nos para a redação do inciso LXVII do artigo 5º da CF/88 quando este diz expressamente que é vedada a prisão civil por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Valério Mazzuoli (2001, p. 220) dava a seguinte resposta ao problema:

O raciocínio é simples: sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) norma de caráter geral, capaz somente de revogar normas de caráter também geral, é de se entender, sem muito esforço que, sendo o Código Civil e Código de Processo Civil leis “gerais”, tanto o disposto no art. 1.287 do primeiro diploma, quanto os arts. 902, § 1.^o¹¹, e 904, parágrafo único, do Diploma Processual, reputam-se derogados pelo referido Pacto que a eles sobreveio.

A lógica do RE 466.343, leva em consideração duas asserções básicas: a uma, a norma do artigo 5º, inciso LXVII da CF/88 possui eficácia limitada e, a duas, a posição hierárquica dos pactos de Direitos Humanos é supralegal e, portanto, reduz a aplicabilidade das normas que com ele se conflitam.

Há que se ressaltar que o referido dispositivo constitucional foi resgatado da norma do artigo 173, § 17 da CF/69 a qual incluía em seu texto a expressão “na forma da lei”. Ora, esta norma, analisada em seu contexto original e de acordo com a análise que vem desde os primeiros escritos sobre a teoria da eficácia das normas constitucionais que atualmente é aceita (Silva, 1993, p. 11), se enquadra perfeitamente na categoria de normas de eficácia limitada e que, portanto, necessitaria de uma regulamentação infraconstitucional para seu exercício e, por

11. Importante ressaltar que o artigo 652 do Código Civil de 2002 replicou o dispositivo legal do Código Civil de 1916.

consequente, seria inaplicável sem referida norma ou se tal norma fosse revogada por outra a ela superior e inferior à Constituição Federal.

Porém, o atual texto constitucional dispensou a exigência de uma norma infraconstitucional que regulamentasse a prisão civil para os casos de depositário infiel e também sobre a pensão alimentícia, na medida em que a expressão “na forma da lei” foi retirada do atual texto. Não se trata única e exclusivamente de uma interpretação literal, porém, trata-se de uma obediência ao próprio sentido de interpretação constitucional elencada por Canotilho (1993, p. 202-203).

Entender de forma diversa seria o mesmo que dar efeito retroativo à norma constitucional única e exclusivamente com o fim de rebaixar o status de tratados internacionais de Direitos Humanos. Neste contexto, e apenas como um exercício hipotético, imaginemos que não estando satisfeito com o quórum de $3/5$, o legislador constituinte reformador passe a exigir um quórum mínimo de $2/3$ para aprovação de tratados internacionais de Direitos Humanos para que estes passem a vigorar com status de norma formalmente constitucional. Ora, segundo a interpretação diversa da que adotamos, os tratados internacionais ratificados com duas majorias de $3/5$ em cada casa do Congresso Nacional perderiam o status de norma formalmente constitucional, necessitando de uma segunda ratificação. E, ainda assim, não estariam seguramente investidos no status equiparado ao de emenda constitucional, uma vez que pode uma nova emenda exigir maioria de $5/6$.

Desta forma, os tratados internacionais incorporam-se à Constituição Federal como se inscritos nela estivessem, de modo a serem dotados de status de norma constitucional.

5. Conclusão

Seguindo a linha de raciocínio esposada anteriormente — e desconsiderando-se a posição do Supremo Tribunal Federal — chega-se à con-

clusão de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) figura no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional.

Por outro lado, se levarmos em consideração as exposições trazidas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP, chegaremos à conclusão de que, segundo o entendimento pacificado no STF, trata-se de norma supralegal e que, portanto, está abaixo da Constituição Federal e acima das demais leis ordinárias.

Porém, conforme esposado no tópico anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal acabou por criar um imbróglio maior do que o que se dispôs a solucionar, na medida em que ao determinar o status supralegal da CADH, fez com que uma norma abaixo da Constituição revogasse uma norma constitucional.

Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 105) entendem, todavia, que não se trata de uma revogação propriamente dita, embora admita que na prática foi o que aconteceu. Trata-se, segundo ele, de uma paralisação dos efeitos das normas regulamentadoras em detrimento de uma norma internacional com nível hierárquico superior.

Embora o entendimento do autor pareça o mais correto, ainda não soluciona a questão do porquê de as normas constitucionais perderem seus efeitos, haja vista sua aplicabilidade não depender de norma infraconstitucional que a regulamente.

Se bem analisarmos os três critérios gerais de resolução de antinomias, concluiremos que o Supremo Tribunal Federal cometeu um evidente deslize, pois, em todos os aspectos prevaleceria a Constituição Federal com o depositário infiel. E, por outro lado, com menos razão se aplicaria a regra da norma internacional mais favorável, haja vista que hierarquicamente a Constituição Federal está, segundo a jurisprudência do Supremo, em nível hierárquico superior. Concluir de outra maneira seria distorcer os fatos para que se amoldem às teorias.

Como forma de exemplificar o raciocínio, basta verificar o que aconteceria com o crime de desacato. O Superior Tribunal de Justiça, que antes havia afastado a incidência do crime de desacato, voltou a aplicá-lo, violando o princípio da proibição do retrocesso e da aplicação da norma mais favorável.

Outro aspecto que já foi refutado anteriormente e que, porém, merece ser ressaltado, é o argumento de que os tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC/45 acabaram por ser aprovados sem o quórum exigido pelo § 3º do art. 5º da CF/88, razão pela qual não detém status de norma constitucional.

No tocante a este ponto, houve a recepção constitucional material da CADH em relação à referida emenda constitucional, garantindo-se status equivalente às normas constitucionais em seu conteúdo material.

No mais, afirmar que a aplicação de uma norma internacional de proteção de um direito humano em detrimento de uma norma constitucional é o mesmo que atribuir àquela hierarquia suprallegal é de uma incongruência notável.

Veja-se que a negar eficácia a uma norma constitucional sob o argumento de que uma norma suprallegal, e, portanto, àquela inferior, prevê que o conflito será resolvido pela aplicação da norma mais favorável é o mesmo que equiparar tal norma a outra de status constitucional. Ora, em última instância, estaríamos aplicando o preceito elencado pela norma de proteção dos Direitos Humanos por via indireta.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal agregou ao Pacto de San José da Costa Rica (CADH) todos os atributos de uma norma constitucional, mas, ao final, apenas nomeou tal feito como norma suprallegal.

Entendemos ser latente o absoluto caráter de norma formalmente constitucional que deve ser atribuído à Convenção Americana de Direitos Humanos concedendo-lhe prevalência sobre normas de direito

interno que com ela se conflitem, respeitado sua premissa de aplicação da norma mais benéfica ao ser humano em caso de antinomia.

Importante frisar que o artigo 2 da CADH¹² é específico em determinar que o Estado-parte na convenção deve abraçar as normas convencionais e garantir que todas as diligências estão sendo tomadas como medida de adoção das regras internacionais em direito interno.

Deste modo, concluímos pelo caráter hierárquico de norma formalmente constitucional dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, anteriores a EC nº 45/04, o que inclui a Convenção Americana de Direitos Humanos.

6. Referências

- Bidart Campos, German J. *Teoría general de los derechos humanos*. Cidade Universitária: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- Bittar, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: SaraivaJur, 2018.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- . *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- . *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001.
- Brownlie, Ian. *Principles of public international law*. 7 ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Carneiro, André Corrêa de Sá; Santos, Luiz Claudio Alves dos; Nóbrega Netto, Miguel Gerônimo da. *Curso de regimento interno*. 4. ed., Brasília: Câmara dos Deputados – Edições Câmara, 2016.

12. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno — Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

- Cassese, Antonio. *International law*. 2 ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Deyra, Michael. *Direito Internacional Humanitário*. Lisboa: Texttype. Trad. Albuquerque, Catarina de; Tavares, Raquel, 2001.
- Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- França, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- Gordillo, Augustín Alberto. *Derechos Humanos*. 6. ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007.
- . *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general*. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2017.
- Henckarts, Jean-Marie. Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n. 857, mar-2005, p. 175-212.
- Kelsen, Hans. *Princípios do direito internacional*. Tradução Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí: Unijuí, 2010.
- Lafer, Celso. *Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Companhia de Letras, 2001.
- Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Möller, Carlos María Pelayo. Deveres de los Estados y Derechos Protegidos. In: Steiner, Christian; Uribe, Patricia. (org.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bolívia: Plural, 2004.
- Mattosinho, Francisco Antonio Nieri. *Responsabilidade Convencional*. Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados. 2016. 264 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho - PR, 2016.
- Mazzuoli, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- . *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- . *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- . *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- Moita, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, vol. 3, n.º 2, out-2012, p. 17-43.
- Ninos, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.
- Piovesan, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisprudencial no contexto latino americano. In: Bogdandy, Armin Von (Org.); Piovesan, Flávia (Org.); Anotniazzi, Mariela Morales (Org.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.
- . *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- . *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed., São Paulo: Saraiva 2013.
- . Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional. In: Bogdandy, Armin Von; Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Antoniazzi, Mariela Morales. (org.) *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 431-448.
- . Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. In: Teles, Edson; Safatle, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 91-108.
- Rezek, Francisco. *Curso de direito internacional público: curso elementar*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- Santi, Romano. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

- Santos, Roberto Lima. *A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela violação aos direitos das vítimas da Ditadura Militar (1964 a 1985)*. 2009. 249 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho – PR, 2009.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Triepel, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G.*, 1966.
- Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- . *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- . Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- . O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. *Revista Informativo Legislativo de Brasília*, n. 77, 1983, p. 201-244.
- . Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones. In: Bogdandy, Armin Von; Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Antoniazzi, Mariela Morales. (org.) *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 189-214.
- . *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2 ed., Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

- . *Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- Vattel, Emer de. *O direito das gentes*. Prefácio e tradução: Rangel, Vicente Marotta. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- Verdross, Alfred Von. O Fundamento do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.

Transgresión a la autonomía financiera de los órganos Constitucionales Autónomos y sus consecuencias

Transgression to the financial autonomy of the Autonomous Constitutional bodies and their consequences

Luis Antonio Corona Nakamura

Profesor de los programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Maestro y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI nivel I), Director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Correo electrónico: lacn2004@yahoo.com.mx.

Ana Lilia Iñiguez Contreras

Profesora de la Universidad de Guadalajara. Maestra y Licenciada en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Doctorante del Programa de Doctorado en Derecho del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: liliainiguez@hotmail.com.

RESUMEN: El presente texto constituye un estudio de cómo tras el surgimiento de los órganos constitucionales autónomos surge en México un nuevo modelo de ponderación del poder, que da origen a órganos con mayor independencia, los cuales tienen la posibilidad de evitar cualquier injerencia que pudiera afectar su adecuado funcionamiento. Sin embargo, el análisis primordial de esta investigación se concreta en explicar cómo en la práctica estos órganos se ven limitados ante determinados escenarios, tal es el caso de su autonomía financiera, que

ABSTRACT: This text represents a study of how, after the creation of autonomous bodies recognised in the Constitution, a new model of power emerges in Mexico, which gives rise to bodies with greater independence, which have the possibility of avoiding any interference that could affect their adequate functioning. However, the main analysis of this research is to explain how these bodies are limited to certain scenarios, such is the case of their financial autonomy, which, when violated, also affects the correct compliance with their public policies, as well

Recibido: 15 de abril de 2019. Dictaminado: 26 de mayo de 2019.

al verse vulnerada también genera una afectación al correcto cumplimiento de sus políticas públicas, así como a la debida materialización de los derechos humanos a su cargo, y, en consecuencia, a la imparcialidad de sus funciones.

Palabras clave: Órganos constitucionales autónomos, derechos humanos, políticas públicas, presupuesto público, autonomía de gestión.

as the due realization of the human rights under his charge, and, consequently, to the impartiality of his functions.

Keywords: Autonomous bodies recognized in the Constitution, human rights, public policies, public budget, autonomy of management.

SUMARIO: I-INTRODUCCIÓN II-ORGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS: CONCEPTO Y CARACTERISTICAS III- TRANSGRESION A SU AUTONOMIA FINANCIERA Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS IV- AFECTACIIÓN A SUS ACTIVIDADES Y POR ENDE A LAS POLITICAS PÚBLICAS A SU CARGO. V-CONTRAVENSIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS VI-CONCLUSIONES VII-REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Introducción

A partir de la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA) surge en México una nueva dinámica de división y equilibrio del poder, que viene a modificar el esquema tradicional de división de poderes, para dar paso a la creación de órganos que gozan de una autonomía nunca antes vista, en la que se busca una efectiva distribución del poder entre este tipo de órganos y los poderes tradicionales, pudiendo, además, limitarse entre ellos en el ejercicio del poder. En ese sentido, este tipo de órganos han sido creados con la finalidad de que rijan su vida interior, evitando cualquier injerencia que pudiera afectar su adecuado funcionamiento (Ugalde, 2010, p. 257). Sin embargo, aun cuando en teoría gocen de dicha autonomía, la realidad es que en la práctica se ven limitados ante determinados escenarios.

Tal es el caso de su autonomía financiera, que si bien les otorga a dichos órganos no solo la posibilidad de administrar libremente sus recursos económicos, sino también la de establecer sus necesidades presupuestales ante el Poder Ejecutivo y el Legislativo, lo cierto es que no tienen la facultad para sostener su anteproyecto de presupuesto ante las decisiones del legislativo que pudieran determinar su reducción, lo que antepone incuestionablemente no solo una transgresión a su autonomía financiera, sino también, a su autonomía de funciones, y: en consecuencia, a la imparcialidad con la que se deben de regir.

De tal forma que, al transgredirse la autonomía financiera de estos órganos, por no contar con los recursos suficientes para la realización de sus funciones, también se genera una afectación a la debida materialización de las políticas públicas a su cargo, así como a la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar diversos derechos humanos. Ante una problemática de esta naturaleza, el presente trabajo tendrá como objetivo inicial analizar la naturaleza jurídica de los órganos constitucionalmente autónomos, sus propósitos de creación, así como sus características primordiales.

Una vez abordado lo anterior, el segundo objetivo será analizar de manera detallada las características de la autonomía financiera, así como la importancia que representa en los OCA para su debido funcionamiento. Asimismo, se concretará a explicar la reducción del presupuesto de egresos como una limitación a la autonomía financiera de estos órganos, así como sus principales consecuencias, lo que permitirá plantear la problemática central de la presente investigación.

Como tercer objetivo, se pretende demostrar como la reducción del presupuesto de egresos termina impactando de manera negativa las políticas públicas del Estado, las cuales son indispensables para que éste logre las diversas metas que se ha propuesto. Por consiguiente, como objetivo final, será explicar el vínculo existente entre el presupuesto y los derechos humanos, así como la trascendencia que tiene

para la debida materialización de los mismos el que se les asigne a los diversos órganos autónomos, un presupuesto que sea suficiente para la debida realización de sus funciones, y cómo una insuficiencia de recursos puede generar una afectación a la obligación que tiene el Estado de garantizar debidamente tales derechos.

Por tales objetivos, la presente investigación en cuanto a su propósito es de tipo cualitativa, ya que comprende una serie de pasos tendientes al análisis específico de preceptos predominantemente legales, así como de las opiniones de diversos especialistas en el tema, con el fin de obtener un análisis íntegro que permita justificar la problemática planteada. Por último, será una investigación que utilice primordialmente el método inductivo, ya que, de la problemática en particular, se busquen sus alcances, tanto de índole jurídico como sociales.

2. Órganos Constitucionales Autónomos: concepto y características

Al hablar del concepto de OCA, es menester hablar en primer lugar del concepto de autonomía, cuyo vocablo proviene del término *autos*, por sí mismo, y *nomos*, ley, que en conjunto implica la facultad que tiene una persona para darse sus propias normas, ello con independencia de que se trate de un individuo, una comunidad o un órgano. No obstante, cuando dicho concepto es utilizado dentro del ámbito del derecho, se refiere a la “potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios” (Valencia, 2003, p. 2).

Asimismo, para efectos de dilucidar la aplicación de dicho término en lo que respecta a los OCA, es necesario entender previamente que de conformidad a los términos previstos por el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el Supremo

Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuya implicación principal es evitar que se reúnan dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación.¹

En ese sentido, tal división de poderes tiene como finalidad que exista una colaboración, equilibrio y autonomía de las funciones y de los distintos órganos que la ejercen (Fix Zamudio, 1967, p. 64). No obstante, como bien lo afirma Valencia (2003, p. 12), el Estado actual es más complejo que el que solo contemplaba dicha división, de tal forma que, actualmente existen instituciones públicas que gozan de una autonomía nunca antes vista en relación a los poderes tradicionales, pero que, a su vez, mantienen con ellos relaciones muy importantes, surgiendo así, los órganos constitucionales autónomos.

Así pues, la autonomía dentro de este contexto implica que los órganos públicos tengan una relación de independencia relativa, al mantener una estrecha relación con otros órganos, cuyo vínculo limita la esfera de otros órganos, o bien, estos órganos se ven limitados por otros (Pedroza, 2002, p. 176). Y se dice que es relativa, pues aun cuando sean de denominación autónomos, lo cierto es que su independencia en ningún caso es absoluta, ya que la ley siempre contemplará ciertos límites a su poder, evitando que éste se ejerza de forma arbitraria.

Por su parte, Cárdenas (2002, p. 243 y ss) estima que esta nueva modalidad viene a establecer órganos que tienen la posibilidad de reducir los excesos de poder de algunos de los poderes tradicionales, así como de poderes sociales, políticos y económicos. De tal forma que, dichos órganos representan una nueva modalidad en la que se busca una verdadera distribución y equilibrio del poder entre los diversos órganos que la ejercen, tal y como lo afirmaba Montesquieu, al establecer que, si el poder se encuentra distribuido entre distintos órganos que recíprocamente se frenan, queda cerrada la posibilidad de que el poder se

1. Artículo 49 de la CPEUM.

vuelva ilimitado, evitando que se conduzca al abuso y a la arbitrariedad (Pedroza, 2002, p. 173).

Por ello, los OCA son, como lo define Mazziotti Di Celso (1996, p. 295), órganos caracterizados por la competencia para ejercer en grado supremo un complejo de funciones públicas; la idoneidad para frenar, controlar y equilibrar a los otros órganos con responsabilidades igualmente supremas; por lo tanto, la Constitución los coloca al menos, en un lugar de relativa igualdad e independencia con respecto a estos órganos. Pero a su vez, en razón de la autonomía que poseen, son órganos que tienen la libertad de organizarse para actuar libremente en el cumplimiento de sus objetivos, sin que se interfiera en su organización o actividad (Boquera, 1996, p. 295). Es decir, la autonomía más amplia de la que gozan es la de sus funciones, siempre y cuando cumplan con el cometido para el cual fueron creados, pero no así, en otros aspectos que se analizarán en líneas siguientes.

En esta misma línea de pensamiento, también son concebidos como aquellos que de manera fundamental e inmediata se precisan en la CPEUM, y que no se encuentran sujetos con exactitud a ninguno de los poderes tradicionales del Estado, constituyendo así, una evolución de la teoría clásica de división de poderes, cuya tendencia estima que pueden existir órganos ajenos a los tres poderes sin que se contraven-gan los principios democráticos o constitucionales (Hernández, 2018).

En opinión de Cárdenas Gracia *et al.* (2000, p.23), dichos órganos constituyen una defensa no solo de la CPEUM, sino también de la democracia, y por ello, es necesario que estén concebidos en la misma Constitución, con el objetivo de que sea ella la que regule la integración y estructura de tales órganos, a efecto de que su funcionamiento posterior sea independiente.

Ahora bien, no existe una razón clara y homogénea del por qué surgen este tipo de órganos, empero, la doctrina en gran parte de sus textos sugiere que éstos han sido creados para atender funciones estatales

específicas, con el objetivo de obtener una mayor especialización, agilidad, control y transparencia que permita de forma eficaz la atención de las demandas sociales (Ugalde, 2010, p. 253). En gran medida, estos también han surgido de la imperiosa necesidad de limitar los excesos en que han incurrido los poderes tradicionales, así como los factores reales de poder, fenómeno que ha generado desconfianza, y, por ende, la creación de este tipo de órganos (*Ibidem*, p. 256).

Al respecto, cabe mencionar que en México los órganos que constituyen tal rubro son diversos y con un ejercicio de la autonomía en múltiples matices, entre los que destacan el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional Electoral, entre otros. No obstante, a pesar de que la CPEUM regula de manera muy diversa cada uno de esos órganos, lo cierto es que tanto de la doctrina como del texto constitucional, se advierte que son comunes a estos órganos, las siguientes características:

1. En principio, su existencia, organización y funciones básicas están prevista en el texto constitucional, de ahí que dentro de su denominación esté presente la palabra “constitucional”. Igualmente, en virtud de esta característica, tienen relación de coordinación con los demás poderes tradicionales u órganos autónomos también establecidos en la CPEUM, sin encontrarse subordinados a alguno de ellos (Ugalde, 2010, p. 255).
2. Autonomía político-jurídica, toda vez que gozan de cierta capacidad para crear normas jurídicas sin la participación de otro órgano (Pedroza, 2002, p. 179).
3. Independencia orgánica, que implica, de acuerdo a lo establecido por el artículo 102, apartado B², autonomía de gestión, y, en general, de ejercicio de funciones, también contemplada en la Constitución,

2. Cuyo señalamiento viene específicamente en el cuarto párrafo de tal apartado.

pero en lo que refiere a su artículo 41, fracción V.³ Es decir, tales órganos deben gozar de una especialidad técnica sobre funciones específicas, que le permitan realizar funciones que solo a él le corresponda determinar, en virtud del grado de especialización que tiene sobre ellas.

4. Autonomía financiera, consistente en la capacidad para determinar sus propias necesidades presupuestales, así como para administrar y emplear los recursos económicos que se les asignen (Ugalde, 2010, p. 256). De tal forma que, de inicio, tienen la posibilidad de elaborar sus propuestas de presupuestos de egresos, conforme a las necesidades que el órgano considere pertinente, y una vez otorgados los recursos, ésta se extiende a su administración y gasto.
5. Tienen personalidad jurídica y potestad normativa o reglamentaria, esto es, la facultad de crear sus propias normas (Pedroza, 2002, p. 179).
6. Deben gozar de la estima de neutralidad e imparcialidad por parte de la opinión pública (*Ibidem*, p. 180). Por lo tanto, son órganos que no se deben guiar por intereses de ningún partido o circunstanciales, y para que tengan un debido funcionamiento no solo deben ser independientes de los poderes tradicionales, sino de cualquier partido o grupo real de poder (Cárdenas, 1996, p. 244).
7. No se encuentran adscritos ni subordinados a otro poder del Estado, pero en todo caso, sus actos pueden ser revisados por instancias de carácter judicial (Carbonell, 2006, p. 105). Razón por la cual se dice que no tienen una autonomía absoluta, pues en todo momento la ley y otros órganos también podrán ejercer límites sobre ellos.

3. Del cual se desprende en su apartado A, la autonomía en la toma de decisiones y funcionamiento de la que goza un OCA, como es el caso del Instituto Nacional Electoral.

3. Transgresión a su autonomía financiera y sus posibles consecuencias

Como ya se ha venido señalando, la autonomía constituye la posibilidad para que los órganos que cuentan con ella, puedan regir su vida interior mediante normas y órganos propios, con el propósito de evitar cualquier injerencia que pudiera afectar el adecuado funcionamiento del órgano (Ugalde, 2010, p. 257).

Así pues, lo anterior no es ajeno a la actividad financiera de los OCA, pues, precisamente, ésta es una de las tantas autonomías de las que gozan. De tal manera que, estos órganos exigen de un presupuesto que no esté prescrito por la ley secundaria, es decir, del resultado de acuerdos políticos del momento, sino de una disposición constitucional que determine, con toda exactitud, las bases sobre las cuales deba otorgársele (Hernández, 2018).

Lo anterior es así, ya que el presupuesto público es uno de los instrumentos esenciales del manejo de un Estado, en virtud de que su finalidad principal está fundamentada en determinar con anticipación los acontecimientos financieros que comprenden los gastos a realizar en un periodo dado, tendientes a satisfacer las necesidades colectivas⁴, y los recursos que se pretenden recaudar para atender tales gastos⁵ (Plaza, 2012, p. 4). Es decir, a través del denominado presupuesto de egresos, es que las autoridades facultadas para su aprobación, tomarán una determinación del monto económico que se le asignará a cada uno de los órganos públicos, el que será útil para la realización de las actividades a su cargo durante un periodo anual.

En ese sentido, para el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (RE n° P./J. 12/2009, 2009) dependiendo de la participación que tenga el órgano en la determinación de su presupuesto, es lo que

4. Presupuesto de egresos.

5. Presupuesto de ingresos.

determinará los alcances de su autonomía financiera, toda vez que ésta puede ser total o parcial; es total, cuando no cabe injerencia alguna de otros poderes públicos en la elaboración, aprobación y aplicación de su propio presupuesto. Es parcial, cuando el órgano aprueba su presupuesto, pero no tiene las facultades para mantenerlo ante las decisiones del Ejecutivo y Legislativo (Hernández, 2018). Pero, si bien se habla de la autonomía financiera como una particularidad de los OCA, lo cierto es que ésta generalmente es de carácter parcial, pues como se verá, muchos tienen la posibilidad de elaborar su anteproyecto de presupuesto de egresos, pero no el poder para que éste se sostenga ante las decisiones del legislativo.

Ahora bien, es importante no perder de vista que una de las tantas finalidades que se buscan al dotar de autonomía a un órgano, entre ellas, la financiera, es generar certeza a favor de los gobernados, que permita que tales órganos puedan emitir sus decisiones con plena imparcialidad y estricto apego a la legalidad, sin que sus decisiones se vean afectadas por instrucciones o sugerencias de personas u órganos con las que comparte una afinidad política, o de cualquier otro tipo. De igual forma, lo es, que tales órganos puedan cumplir plenamente con la parte que les corresponde en lo que respecta a las políticas públicas del Estado, así como en lo concerniente a la materialización de los derechos humanos, y que tal materialización vaya siempre hacia un incremento de éstos, que es uno de sus principios rectores plasmados en el texto constitucional⁶.

No obstante, la cuestión sería, ¿es posible decir que un órgano goza de autonomía financiera cuando existe la posibilidad jurídica de que su propuesta de presupuesto de egresos se vea reducido ante la decisión de otro órgano?, ¿no afectará, además, tal reducción las políticas públi-

6. Establecidos en el artículo 1° de la CPEUM, mismo que en su párrafo tercero establece a la progresividad como un principio que deberán aplicar las autoridades al momento de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

cas del Estado que devienen de sus funciones?, y, por último, ¿la reducción en comento constituye también una violación a diversos derechos humanos, así como a sus principios rectores?

Tales cuestionamientos nos llevan a considerar que: ante la reducción del presupuesto de egresos de un OCA, tal escenario es el origen de una serie de consecuencias de índole negativo, no sólo por lo que ve al órgano al que se le reduce, sino de la colectividad en general, mismas que constituyen el debate central de la presente investigación, y, a las que se refieren a continuación:

1. No solo se transgrede a su autonomía financiera, sino a su autonomía en general, así como al principio de imparcialidad que lo rige.
2. Menoscaba el eficaz desarrollo de la actividad encomendada al órgano constitucional autónomo, que al no poder ser elaborada debidamente, en virtud de la carencia de un presupuesto económico que sea suficiente para la realización de la misma, a su vez constituye una afectación a las políticas públicas del Estado.
3. Por último, al no otorgarle al OCA un presupuesto que le sea suficiente para realizar de forma eficaz y completa las funciones encomendadas, existirá una transgresión a diversos derechos humanos, que no podrán ser garantizados por el Estado de forma efectiva.

Así pues, en lo que ve a la primera de ellas comenzaremos mencionando que, el diecisiete de enero de dos mil dieciocho, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SSTPEJF), resolvió un asunto de suma importancia, que constituye un ejemplo claro de cómo se ve vulnerada la autonomía financiera de un órgano autónomo, se trata precisamente, del asunto tramitado con el número de expediente SUP-JE-1/2018.

Como podrá verse, este asunto de emisión reciente, y, a su vez, de gran relevancia para el caso concreto, toda vez que, representa un caso particular en el que se transgrede la autonomía financiera de un OCA,

esto es, del Tribunal Electoral del Estado de Morelos⁷, ya que no consideraron el anteproyecto de presupuesto que formuló, y, por ende, las necesidades y requerimientos que señaló para el debido ejercicio de su función durante el año dos mil dieciocho. En consecuencia, del texto de la sentencia que resuelve el juicio en comento se desprende que, los tribunales electorales locales como órganos autónomos, deben concebirse a la par de los poderes tradicionales estatales, siendo uno de sus elementos clave para su óptimo desempeño, la autonomía y la independencia funcional (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 8).

Por otra parte, en el caso del referido tribunal, así como el de la mayoría de los órganos autónomos, no existe un dispositivo legal que garantice de forma plena su autonomía financiera, pese a ello, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido que derivado de la autonomía de gestión de la que gozan ciertos órganos, le corresponde a los magistrados que la componen, administrar los recursos de los tribunales electorales, sin la injerencia de ningún otro órgano, y, específicamente, elaborar el anteproyecto de presupuesto del órgano jurisdiccional, atendiendo a sus propias necesidades y requerimientos (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 11).

De igual manera, tal sala ya venía sosteniendo que, para la efectiva independencia de una función, como lo es en el caso particular la electoral, es necesaria la autonomía de la gestión presupuestal de los organismos públicos electorales, como un principio elemental, por lo que, la obtención de sus recursos no debe estar sometida a las limitaciones de otros poderes, sino únicamente a los mecanismos que el propio marco normativo establece (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-108/2016, pp. 25-26).

7. Mismo que, de conformidad con el artículo 116, fracción IV, inciso C) de la CPEUM, forma parte de las autoridades que tienen a su cargo la función jurisdiccional de resolver las controversias en materia electoral, las cuales, de acuerdo con dicho precepto, deben gozar de autonomía en su funcionamiento, e independencia en sus decisiones; siendo así, parte de los OCA.

Es decir, no puede hablarse de autonomía de gestión si el órgano no tiene la posibilidad de determinar su presupuesto de egresos, y menos aún, cuando su presupuesto puede estar sujeto a decisiones de otros entes públicos. De ahí que, la autonomía financiera de estos órganos se constriña a la posibilidad que tienen de elaborar su anteproyecto de presupuesto de egresos, el cual será remitido al poder Ejecutivo, para efectos de que se concrete a incluirlo en el Proyecto de Presupuesto de Egresos, y, a su vez, a conjuntarlo con el presupuesto del resto de los órganos públicos, sin poder hacerle modificación alguna, sino simplemente incluirlo (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p.12).

De tal forma que, hasta este punto dicha autonomía parece ser plena, no obstante, en el caso particular de muchos órganos autónomos, tal y como acontece con el Tribunal Electoral de Morelos, se advierte que su autonomía financiera sí tiene ciertas limitaciones, esto en razón de que el Congreso⁸, de conformidad a la CPEUM, así como a la Constitución Estatal del caso que se ejemplifica, tiene la facultad para analizar y, en su caso, ajustar el proyecto de presupuesto en los términos que estime pertinente de acuerdo a los elementos objetivos, así como a las condiciones de las finanzas públicas, en el que deberá atender los principios dispuestos en el texto constitucional, como lo es el garantizar la autonomía de los órganos así reconocidos por el marco constitucional, lo que presupone el actuar independiente de los organismos respectivos (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 12).

Ahora bien, pese a lo aducido, la realidad es que los OCA no gozan de una autonomía financiera plena, pues su presupuesto de egresos está sujeto a fuerzas externas de otros entes públicos, como lo es la proveniente del poder legislativo, lo que podría generar que su actuación no sea con estricto apego a la ley y que exista injerencia en su

8. Su fundamento principal es el artículo 116, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

toma de decisiones, lesionando, en consecuencia, la imparcialidad con la que se deben de regir.

Acorde con lo anterior, está la opinión del magistrado Reyes Rodríguez (2017), quien estima que un tribunal es independiente en la medida en que resuelve controversias libres de cualquier control o presión que provenga de otros poderes; cuya apreciación podemos hacerla extensiva a la totalidad de los OCA, en el sentido de que no podemos hablar de una verdadera autonomía, si éstos de alguna forma se ven controlados o presionados por otros órganos, y más cuando de la determinación de su presupuesto de egresos se trata. De igual forma, la Sala Superior del Tribunal Electoral ha determinado que, “la suficiencia presupuestal es uno de los elementos a través de los cuales los órganos impartidores de justicia puedan desempeñar su función, ajenos a intereses y poderes externos, sujetándose únicamente a lo dispuesto por el marco constitucional y legal correspondiente” (SSTEPJE, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 10).

Por tales razonamientos, es que resulta urgente una reforma constitucional que garantice verdaderamente la autonomía financiera de dichos órganos, a través del establecimiento de lineamientos claros y objetivos, que prevengan reducciones injustificadas o motivadas por intereses ajenos a la propia dinámica y funcionamiento de estos órganos (Rodríguez, 2017). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recomendado que es necesario que las Constituciones y leyes de los Estados incluyan garantías que permitan a los órganos públicos contar con recursos suficientes y estables, para cumplir en forma independiente, adecuada y eficiente sus funciones (CIDH, 2013, párr. 249).

Lo anterior es así, porque solo a partir de la provisión de los elementos materiales y humanos adecuados en los puestos de trabajo de los órganos públicos, así como de las diligencias que les corresponda realizar permite fortalecer su actuación independiente (*Ibidem*, párr.

136). Desde ese contexto, habría que cuestionarse, cómo podría pedírsele a un órgano autónomo que ejerza su función libre de cualquier tipo de control o presión, si el órgano que fija su presupuesto termina impactado indirectamente en sus funciones.

4. Afectación a su actividad y por ende a las políticas públicas a su cargo

Para contextualizar cómo puede impactar de forma negativa a las políticas públicas del Estado el mal funcionamiento de un órgano constitucional autónomo, conviene explicar en primer lugar que, las políticas públicas pueden ser definidas como el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para dar solución a los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran de interés preferente (Tamayo, 1997).

Desde esa postura, William Jenkins (1978, p. 15) considera que la política consiste en “un conjunto de decisiones interrelacionadas tomadas por un actor o grupo de actores políticos preocupados por elegir metas y medios para alcanzarlas en una situación determinada y en donde, en principio, los actores tienen el poder de alcanzar dichas metas”. Así pues, si las políticas públicas son las acciones con las que se busca dar solución a los problemas sociales, resulta evidente que cuando dichas acciones no son realizadas de forma adecuada por el órgano encargado de ejercerlas, existirá una afectación a las mismas, ya que éstas no lograrán de forma positiva los objetivos planteados en ellas.

Por ende, si bien es cierto que las causas por las que una política pública se puede ver afectada son diversas, lo cierto también es que una de las más comunes es la falta de presupuesto para la ejecución de las acciones que se han considerado necesarias para resolver determinada problemática social. En consecuencia, reducir el presupuesto de egresos de un órgano que goza de autonomía financiera, no solo implica la

transgresión a la misma, sino también, a su debida funcionalidad, y, por tanto, a las políticas públicas a su cargo, en razón de que tal reducción representa una desatención a las necesidades y requerimientos para el debido ejercicio de sus funciones.

Desde ese orden de ideas, la CIDH ha precisado que “la remuneración, recursos humanos y técnicos adecuados, así como la capacitación permanente y seguridad son condiciones esenciales para el funcionamiento independiente de las y los operadores de justicia y, en consecuencia, para el acceso a la justicia de los casos que tienen bajo su conocimiento” (CIDH, 2013, párr. 128). Es decir que, para tal comisión, un presupuesto suficiente no solo garantiza la independencia del órgano, sino además, el acceso a la justicia, que extendiéndolo al ámbito de cualquier órgano autónomo, implicaría que las personas puedan tener verdaderamente acceso a los servicios que prestan, y que el presupuesto no sea una limitación al goce de los mismos.

Asimismo, la CIDH ha considerado que la asignación de recursos técnicos y humanos que resulten suficientes entrañas a su vez, el reconocimiento por parte del Estado a la importante función que desempeñan, la cual es imprescindible en diversos escenarios (*Ibidem*, párr. 136). En ese sentido, la CIDH también ha señalado que garantizar la dotación de recursos financieros técnicos y humanos adecuados y suficientes, es una forma de asegurar que los integrantes de distintos órganos públicos puedan realizar de manera efectiva sus roles, de tal manera que no se incurra en demoras o dilaciones como consecuencia de la falta de recursos necesarios (*Ibidem*, párr. 249).

De ahí que resulte importante que, el presupuesto de egresos de un OCA no deba ser reducido sin tomar en consideración sus necesidades presupuestarias, pues ante un escenario de esta naturaleza, los órganos en comento tendrán que reducir sus recursos materiales y personales, poniendo en riesgo su actividad, y por ende, el de las políticas públicas del Estado que pretenden alcanzar determinados fines.

5. Contravención a derechos humanos

Actualmente uno de los grandes objetivos que se buscan con el planteamiento de diversas políticas públicas es el fortalecimiento de los compromisos que México ha adquirido en materia de derechos humanos tanto en su legislación interna como en la de carácter internacional. De esta forma, los Derechos Humanos son los objetivos que deben considerar los distintos órganos de gobierno, para dar solución a las distintas problemáticas que enfrenta la sociedad, al mismo tiempo que garantizan el mínimo necesario que se requiere para poder vivir en condiciones decorosas.

Relacionar la política en torno al logro del acceso pleno a los derechos humanos, convierte a los derechos humanos como un componente insoluble y central de las políticas públicas. Asimismo, asumir el enfoque de derechos, dados los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que establece el texto constitucional, tiene necesariamente implicaciones fiscales y presupuestales (CNDH, 2017, p. 6).

El debate sobre el vínculo entre el presupuesto y el enfoque de derechos humanos es de gran relevancia, pues cumplir con el mandato constitucional exige que los órganos de gobierno ya no sólo se basen en mantener un equilibrio entre el ingreso y gasto público como objetivo único de la política hacendaria, para dar paso al planteamiento de una nueva dinámica en la que se vea al presupuesto como el instrumento que permitirá materializar el enfoque de derechos humanos (*Ibidem*, p. 9).

De ahí que, la asignación de un presupuesto que resulte suficiente para el debido funcionamiento de un órgano público resulte trascendental no solo para el cumplimiento de las políticas públicas a su cargo, sino también, para la debida garantía de una diversidad de derechos humanos, cuya materialización no es de carácter optativo, sino

obligatorios por mandato constitucional y de compromisos adquiridos a nivel internacional. Ahora bien, dentro de los órganos que recientemente se han visto afectados por una reducción en su presupuesto, se encuentran particularmente los organismos protectores de derechos humanos⁹, quienes cumplen una de las labores más importantes en lo que respecta a la promoción y protección de derechos humanos, y que por tales razonamientos, el Comité de los Derechos del Niño, en su comentario general N° 2 (2002) sobre el rol de las instituciones nacionales independientes de Derechos Humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, en el párrafo 11, estima que los Estados tienen el deber de destinar una cantidad razonable de fondos para el funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos (NACIONES UNIDAS, 2017, p. 26).

Así también, las Naciones Unidas han considerado que un presupuesto “adecuado” significa que éste sea suficiente para cumplir con los derechos en cuestión. Por lo tanto, el presupuesto de programas necesarios para cumplir los derechos debería tener una dimensión tal, que suponiendo que los programas tengan un diseño apropiado, los ministerios, departamentos y agencias cuenten con los recursos necesarios para su implementación. De tal forma que, el presupuesto en su totalidad debe ser adecuado para permitir el cumplimiento de los derechos (*Ibidem*, p. 26).

Desde esa misma óptica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en su artículo 2.2 precisa que, cada Estado parte se compromete a adoptar las medidas oportunas para

9. Uno de los ejercicios fiscales en el que se generaron más reducciones al presupuesto de egresos de distintos órganos, sin duda, lo constituye el ejercicio fiscal 2019, donde tales reducciones no solo afectaron a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a otros OCA, sino también, a órganos pertenecientes a los poderes tradicionales, cuya información puede ser consultada a través de la siguiente página: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44121-presupuesto-para-seguridad-publica-en-2019-es-de-144-809-7-mdp-senala-investigacion-del-ibd.html>

dictar disposiciones legislativas y de cualquier otro tipo que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el mismo (E.U.A., 1976).

Del mismo modo, de la aplicación del Pacto Internacional de los DESC, en su observación general 3 (1990), se ha determinado que en lo que respecta al cumplimiento de los derechos humanos, cada Estado Parte le corresponde una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Por otro lado, también refiere que si bien es cierto que los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos que disponga”, para que puedan atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe mostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo de dar cumplimiento a ellos, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

Por otra parte, la CNDH ha reiterado que el cumplimiento de un ejercicio de gobierno con enfoque de Derechos Humanos debe caracterizarse por cumplir con el principio de Progresividad. Es decir, los Estados deben contar con políticas, programas y acciones que permitan cumplir con ello, de tal manera que los alcances del derecho se vayan ampliando en calidad y/o cobertura. Sin embargo, como bien lo menciona el aludido órgano, tal principio que es de carácter obligatorio, muchas veces está condicionado por la evolución de ingresos fiscales y las problemáticas económicas que llevan a reducir las partidas presupuestales, sin importar de forma alguna el enfoque de derechos humanos, afectando así, el acceso a los mismos (CNDH, 2017, p. 6).

Respecto al principio de progresividad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E.U.A., 1976) ha determinado que:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, [...], hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Vinculado con lo anterior, y dentro del ámbito de los DESC, su comité consideró que la obligación de los gobiernos de evitar medidas regresivas involucra que no puede darse una reducción injustificada en los gastos públicos tendientes a implementar los DESC, en carencia de medidas compensatorias adecuadas destinadas a proteger a las personas afectadas adversamente por esta reducción (NACIONES UNIDAS, 2017, p. 111).

Por tales razonamientos, una indebida reducción del presupuesto de egresos de un OCA, sin considerar los efectos que tendrá en su actividad, no solo implica una afectación a su autonomía financiera, sino también, a la debida materialización de los derechos humanos, así como a su principio de progresividad. Por lo tanto, los derechos humanos son las metas que deben considerar las autoridades en la elaboración y aprobación del presupuesto de un OCA, pues solo así, se podrá garantizar los niveles esenciales de cada derecho.

6. Conclusiones

1. La reducción del presupuesto de un OCA sin tomar en consideración sus necesidades plasmadas en su anteproyecto de presupuesto, constituye sin duda, un acto que no solo afecta la autonomía y las funciones del órgano en concreto, sino también, el de las políticas públicas del estado, y, a su vez, el de las metas que se pretenden alcanzar con las mismas.

2. No hay excusa que justifique la reducción del presupuesto de egresos de un órgano constitucional autónomo, incluyendo las de tipo económico, cuando está demostrado que dicha reducción no solo afectará a la actividad del órgano en concreto, sino en general, al de la debida materialización de diversos derechos humanos, cuya materialización no es optativa, sino de carácter obligatoria por mandato constitucional, así como de los compromisos que México ha adquirido en la ratificación de diversos tratados internacionales.

3. El que los poderes tradicionales tengan la facultad de poner límites a la autonomía financiera de un OCA, a través de la posibilidad que tienen para reducir su presupuesto de egresos, genera, sin duda, un obstáculo para que estos últimos cumplan con la finalidad para la cual fueron creados, es decir, para poder frenar, controlar y equilibrar a dichos órganos con responsabilidades igualmente supremas, ya que tendrán con ellos un interés de carácter financiero, lo que pondrá en riesgo su operación y la imparcialidad con la que se deben regir.

4. Desde esa perspectiva, es de carácter imprescindible una modificación a la Constitución y a la ley que garantice mayormente la autonomía financiera de los OCA, que propicie verdaderamente su desvinculación del resto de los poderes, esto con la finalidad de que su imparcialidad no se vea afectada por ningún tipo de interés, incluyendo el presupuestal.

5. La situación actual del Estado mexicano, evidencía que las discusiones presupuestales, así como el contenido de las leyes que rigen el ciclo presupuestal, se basan en intereses políticos del momento, otras veces en aspectos de austeridad, eficiencia, honradez, entre otros; pero al final, pocas veces se valora a la dignidad humana como meta central a alcanzar en sus decisiones presupuestales, lo que sugiere un cambio inmediato en el enfoque de estas metas.

6. El objetivo de que las leyes en materia de presupuesto le den una mayor autonomía a los OCA, y que incluyan en ellas la perspectiva

de derechos humanos, obedece a que los entes públicos se enfoquen a garantizar de forma efectiva el cumplimiento de los derechos humanos, atendiendo adecuadamente las problemáticas que enfrenta la sociedad, de tal manera que, el presupuesto no sea un obstáculo para dicho propósito.

7. Autonomía de funciones y financiera, son un binomio necesario para la verdadera existencia de ambas, en ese sentido, si la autonomía del OCA se empieza a limitar por fuerzas externas a él, de forma inmediata también se dará una afectación a la autonomía de sus funciones, de ahí que resulte indispensable una modificación de carácter constitucional, que no solo les otorgue una autonomía para operar, sino también, el establecimiento de una serie de garantías que les permita contar con recursos suficientes y estables, para cumplir de manera independiente y adecuada la actividad a su cargo.

8. La designación de un presupuesto que sea acorde a las necesidades del OCA no solo garantiza que el órgano pueda hacer efectiva la materialización de una serie de derechos humanos, sino que también asegura la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de estos.

9. Por último, al ser el presupuesto un instrumento indispensable para la materialización de los derechos humanos, indudablemente toda designación de presupuesto de egresos debe ser determinada con base al principio de progresividad, esto es, debe existir una ampliación a estos derechos no solo en calidad, sino también en cobertura, lo que propone que todo cambio que se efectúe en el presupuesto sea para ampliar los montos designados en ejercicios fiscales anteriores, además de que los contextos internacionales recomiendan evitar medidas regresivas que involucren una reducción injustificada de los gastos públicos.

7. Referencias bibliográficas

- Boquera, J. *Derecho administrativo* (13ª ed.). Buenos Aires: Ediciones de Contabilidad Moderna. 1996. v. I.
- Caballero, J. *Los órganos Constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes*. México: IUS Revista Jurídica. s.f. Disponible en: <http://www.unla.mx/iusunla2/reflexion/LOS%20ORGANOS%20CONSTITUCIONALES%20AUTONOMOS.htm>
- Carbonell, M. *Elementos de derecho constitucional*. México: Fontamara. 2006
- Cardenas, J.; García, A. y Nieto, S. *Estudios jurídicos en torno al Instituto Federal Electoral*. México: UNAM. 2000. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/25/tc.pdf>
- Cardenas, J. *Una Constitución para la democracia*. México: UNAM. 1996
- Carmona, S. *Derecho, autonomía y educación superior: Derechos de la educación y de la autonomía*. México: UNAM. 2003. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1091/1.pdf>
- CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. Finlandia: Organización de Estados Americanos. 2013. Doc. 44. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>
- CNDH. *Presupuesto Público y Derechos Humanos: Por una Agenda para el Rediseño del Gasto público en México*. México: UNAM. 2017. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Presupuesto-Publico-DH-Redisenio-Gast.pdf>
- E.U.A. *Observación general 3 de la Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1990. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sepcomm3.htm>
- E.U.A. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Nueva York, E.U.A., 3 de enero

de 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Fix, H. Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. México, n° 58-59, p. 64, enero-agosto, 1967.

Hernández, P. Autonomía de los órganos electorales. *Revista mexicana de justicia*. México, n° 31-32, enero- diciembre, 2018. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8541/10543>

Jenkins, W. Policy analysis, a political and organization perspective. Inglaterra: Mortin Robertson and Company. 1978.

Mazziotti, M. *Lezioni di Diritto Costituzionale*: Parte I: Nozioni Generali sus Diritto e sullo Stato. Milán: Giuffré. 1985. v.I.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación, México, 27 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

MÉXICO. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. (Pleno). Acción de inconstitucionalidad 29/2008. Promoventes: Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso de la Unión. Ministro ponente: José Fernando Franco González Salas. México, 12 de mayo de 2008. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcfd&Apendice=1fffdfcfcff&Expresion=autonom%25C3%25ADa%2520financiera&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=35&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=167568&Hit=17&IDs=2018584,2018316,2014872,2014383,2013979,2011983,2011679,2008659,2007937,2003211,2001660,160546,163536,164218,165083,167572,167568,167539,167439,168750&tipoTesis=&Semanaio=0&tabla=&Referencia=&Tema=

MÉXICO. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. (Sala Superior). Juicio electoral SUP-JE-108/2016. Promovente: Organismo Público Local Electoral del Estado de Veracruz. Magistrada ponente: Mónica Aralí Soto Fregoso. México, 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.te.gob>

mx/Informacion_judiccial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JE-0108-2016.pdf

- MÉXICO. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. (Sala Superior). Juicio electoral SUP-JE-1/2018. Promovente: Tribunal Electoral del Estado de Morelos. Magistrado ponente: José Luis Vargas Váldez. México, 17 de enero de 2018. Disponible en: <https://docs.mexico.justia.com/federales/sentencias/tribunal-electoral/2018-01-17/sup-je-0001-2018.pdf>
- Naciones Unidas. *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales*. Nueva York: International Budget Partnership. 2017. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingHRTThroughGovernmentBudgets_SP.pdf
- Pedroza, S. *Los órganos constitucionales autónomos en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2002. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/306/7.pdf>
- Plaza, A. *Presupuesto público*. Argentina: Universidad Nacional de la Pampa. 2012. Disponible en: http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_plapre708.pdf
- Rodríguez, R. *Un tribunal es independiente en la medida en que resuelve controversias libre de cualquier control o presión*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2017. Disponible en: <https://www.te.gob.mx/front/bulletins/detail/2940/o>
- Tamayo, M; Bañón, R. y Castillo, E. (Comps). *El análisis de las políticas públicas: La nueva administración pública*. Madrid: Alianza editorial. 1997
- Ugalde, F. Órganos constitucionales autónomos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, n° 29, pp. 253-264, 2010. Disponible en: <https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/servicio-profesional-electoral/concurso-publico/2016-2017/primera-convocatoria/docs/Otros/37-org-constitucionales-autonomos.pdf>

El Consejo Editorial de la **Revista Jurídica Jalisciense**, de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara

CONVOCA

A la comunidad científica y académica a la presentación de textos originales e inéditos que sean producto de la investigación científica en el ámbito jurídico para participar en el correspondiente proceso de evaluación y dictaminación en el que se elegirán los artículos que serán publicados

BASES

El texto original, inédito y terminado debe ser enviado en formato digital en procesador Word al correo **revistajuridicajalisciense@gmail.com** atendiendo a los siguientes lineamientos:

1. Letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, con 1.5 de interlineado; diseño tamaño carta, por una sola cara, páginas numeradas en el margen superior derecho; extensión mínima de 6 000 palabras y

máxima de 8 000 palabras, equivalentes de 15 a 20 páginas; márgenes en formato normal (2.5 centímetros para los márgenes inferior y superior y 3.0 centímetros para los márgenes izquierdo y derecho).

2. Indicar un título preciso; resumen con extensión máxima de 150 palabras, equivalente a 10 líneas; y de tres a cinco palabras clave. Además, el título, el resumen y las palabras clave deben estar indicadas en idiomas español e inglés.
3. Estructurado para su mejor comprensión en subtítulos y, si los hubiera, en incisos y sub incisos alineados a la izquierda.
4. En modelo de citación APA.
5. Las notas a pie de página deberán ser indicadas dentro del texto con un superíndice arábigo y desarrolladas a pie en tamaño de 10 puntos, con interlineado múltiple.
6. Omitir el nombre de los autores o cualquier dato que permita identificarlos para que sus trabajos sean sometidos en la etapa de evaluación por pares ciegos.
 - A fin de identificación de los autores, deberá adjuntarse en el mismo correo electrónico una ficha en procesador Word con la siguiente información:
 - Nombre completo de los autores
 - Institución a la cual se encuentran actualmente adscritos
 - Nombramiento
 - Grado académico obtenido
 - Breve semblanza curricular (máximo 10 líneas)
 - Fuente de financiación de la investigación en caso de haberla

Proceso de evaluación y dictaminación

El artículo será sometido a revisión por parte del Consejo Editorial respecto del cumplimiento de los requisitos de forma señalados, y para la verificación de la afinidad del tema propuesto a la línea editorial de la

revista. En su caso, se notificará a los autores por correo electrónico la aceptación de su artículo en el proceso de evaluación y dictaminación.

Los artículos aceptados en dicho proceso serán turnados a dos miembros del Comité Editorial para su evaluación y la realización de las observaciones pertinentes. Dicho dictamen será comunicado al autor por correo electrónico, y en caso de que contenga observaciones, éstas deberán ser atendidas por el autor y remitidas al correo de la revista en un plazo de 30 días hábiles para su segundo envío al mismo árbitro para la valoración de las modificaciones hechas por el autor o autora y, de proceder, su visto bueno para publicación.

En caso de que la persona árbitra señale nuevamente correcciones, el procedimiento se repetirá solo por segunda ocasión. En caso de nuevas observaciones o de que las anteriores no hayan sido atendidas satisfactoriamente, se notificará a quien tenga la autoría, que su artículo no es publicable.

Únicamente serán publicados los artículos que hayan obtenido dictámenes favorables o, en su caso, el visto bueno de los árbitros respecto de las modificaciones realizadas en virtud de las observaciones.

En caso de que el artículo obtenga un dictamen positivo y otro negativo, intervendrá un tercer árbitro que determinará su situación.

Publicación de los artículos

Una vez concluido el proceso de evaluación y dictaminación por parte del Comité Editorial de la **Revista Jurídica Jalisciense**, el Consejo Editorial informará a los autores el resultado vía correo electrónico.

Todo documento aprobado para su publicación será preparado por la revista para tal efecto, por lo que se realizarán correcciones de estilo, ortografía, coherencia, sintaxis y homogeneidad en el formato de citación; se enviará la versión final del documento al autor para su aprobación.

Las personas autoras de los artículos que hayan sido aprobados para su publicación recibirán en su correo electrónico un formato para realizar la cesión de los derechos al director de la revista para su publicación y difusión. Este formato deberá ser llenado, impreso, firmado, escaneado y remitido por la misma vía a la revista. Ningún documento será publicado si no se ha dado cumplimiento a este requisito.

Revista Jurídica Jalisciense
AÑO XXIX. 2019. Núm. 61
Julio-diciembre 2019
Se terminó de imprimir en julio de 2019
en Kerigma Artes Gráficas
calle Pamplona 1136. Colonia Santa Elena Alcalde
Guadalajara, Jalisco, México.

La edición consta de 200 ejemplares.

Diagramación y cuidado de la edición: Unidad de Apoyo Editorial del CUCSH



CUCSH
Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA
CENTRO UNIVERSITARIO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS
COORDINACIÓN DE POSGRADO EN DERECHO