EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN MÉXICO:

la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico

Experiencias de la sociedad civil

OACNUDH
OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO
DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA LOS DERECHOS HUMANOS

© 2007. Por La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos
Alejandro Dumas 165,
Col. Polanco,
C.P. 11560, México, D.F.
www.hchr.org.mx

Publicado por La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

ISBN 978-92-1-354100-5

Coordinador de la publicación: Fabián Sánchez Matus
Directora del proyecto: Jan Perlin
Corrector de estilo: Rafael García de Alba
Diseño y formación: Nydia Cuevas y Sandra de la Peña
Colaboradora especial: Guadalupe Barrena

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en un sistema de recuperación, o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopiado, de grabación o de cualquier otro tipo, sin previa autorización del editor.

Impreso y hecho en México

---

*"Este libro ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea.
En ningún caso debe considerarse que el análisis y recomendaciones del mismo reflejan la opinión oficial de la Unión Europea."*

Litigio Estratégico en México:
la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico
Experiencias de la sociedad civil

Indice

Prólogo
Amerigo Incalcaterra 1

I. Introducción
Fabián Sánchez Matus - Jan Perlin 5

II. El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público
Marta Villarreal 13

III. Acciones de apoyo al litigio
Ina Zoon 27

IV. Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México:
¿un cincel para la piedra de Sísifo?
Guadalupe Barrena 39

V. Experiencias mexicanas en litigio estratégico

Estrategias de defensa para pueblos indígenas
Elaborado por el Equipo Oaxaca del Proyecto, "Implementación de las Recomendaciones Derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México"
Autores en orden alfabético:
Erika Lili Díaz, Nahieli Gómez, Norma González, Cecile Lachenal, Eduardo Lozano, Elizabeth Márquez, Juan Carlos Martínez Martínez, Juan Carlos Morales López y Efrain Velasquez. 63

La tortura en Chiapas y su tratamiento por las instancias de justicia y de protección de los derechos humanos
Miguel Ángel de los Santos 99

El acceso a la información como herramienta para el litigio estratégico. Experiencia de la Clínica Legal de Interés Público del ITAM
Andrea Meraz *119*

Del litigio estratégico como experiencia democrática
Graciela Rodríguez Manzo - Luis Miguel Cano López *131*

Las estrategias de litigio en el combate a la criminalización de los migrantes en la Frontera Sur de México
Ricardo A. Lagunes Gasca *155*

Litigio estratégico en derecho ambiental
Priscila Rodríguez Bribiesca *179*

Clínica de litigio de interés publico CIDE-ODI. Colaboración estratégica para educar y transformar
Guadalupe Barrena *203*

Reflexiones sobre el litigio en la defensa y promoción de los derechos humanos de migrantes y refugiados
Elba Y. Coria Márquez 223

Prólogo

Sin lugar a dudas, para alcanzar la plena incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos en México es necesario llevar a cabo reformas legislativas que permitan armonizar el orden jurídico mexicano con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, aunque esta tarea es necesaria, también es importante tomar conciencia de que no es suficiente. Además de ello se requiere desarrollar un importante número de esfuerzos que se refieren a otros ámbitos de la vida pública y de la vida jurídica. Es necesario, por ejemplo, generar e implementar políticas públicas en materia de derechos humanos, desarrollar campañas de promoción y educación formal e informal en la materia y, de manera muy importante, promover la plena exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos.

En relación con esta última tarea existen muchos aspectos que se deben cubrir y que van desde la existencia de mecanismos y garantías adecuadas y accesibles para que cualquier persona pueda exigir el debido respeto y cumplimiento de sus derechos humanos, hasta una correcta y profunda formación de los impartidores de justicia en la materia de Derechos Humanos. Sin embargo, para poder garantizar que todo el sistema de justicia en un país se convierta en el principal garante de los derechos humanos y que los fallos de los diversos tribunales puedan convertirse en verdaderos referentes en la protección y desarrollo de los mismos, es necesario cubrir un aspecto esencial: que la sociedad civil que se acerca al sistema de justicia, y en específico los abogados y abogadas que representan y defienden los derechos de las personas, cuenten con las capacidades, conocimientos y habilidades necesarios para poder formular sus demandas desde una perspectiva de derechos humanos.

Este elemento se fortalece y enriquece con el concepto de litigio estratégico en derechos humanos, el cual constituye el centro de reflexión de esta obra. Los vehículos de participación de la sociedad ante las instancias judiciales han llevado a la creación de estrategias de litigio que aspiran a tener un impacto en la esfera pública. Desde las organizaciones de la sociedad civil, la academia, e incluso despachos jurídicos independientes, se han erigido espacios que ven en el derecho una herramienta que trasciende a las

controversias cotidianas y se ubica en el ámbito de lo trascendente. El litigio estratégico se ubica en un contexto en el que se reconoce el poder trasformador del Derecho y la potencialidad que desde el Poder Judicial existe para que, mediante una sentencia o resolución, se cambie la realidad.

Conciente las potencialidades del litigio estratégico en materia de derechos, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), conjuntamente con algunas organizaciones de la sociedad civil mexicana y con el financiamiento de la Unión Europea, organizó foros con el propósito de conocer el estado que guarda el litigio de alto impacto en materia de derechos humanos en México. El producto de dichos foros es la presente publicación.

La suma de ensayos que alberga la presente obra permite conocer el naciente interés que en México existe por explorar y transitar una ruta hasta hace poco ajena al mundo del activismo en derechos humanos. Nos muestra que los derechos humanos abrazan agendas específicas que van desde el tema ambiental hasta el migratorio, pasando por la reivindicación de los derechos indígenas y el combate a la tortura. Evidencia, además, una germinal confianza en las instituciones que el Estado Constitucional de Derecho ha creado para interpretar el derecho: la rama judicial.

Importante para la OACNUDH es atestiguar cómo la normatividad internacional en derechos humanos gravita en el discurso y en las tácticas y estrategias que diseñan los y las protagonistas, lo cual, a su vez, incita al pronunciamiento desde la judicatura sobre temas novedosos que desafían visiones tradicionales y que aspiran a implementar en el ámbito doméstico los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

La participación de espacios académicos en el ámbito de litigio estratégico es un signo alentador. El reconocimiento que el litigio tiene en el proceso de formación del estudiantado es estimulante en la medida en que las futuras generaciones de profesionistas del derecho crean, desarrollan y aquilatan interpretaciones jurídicas alternativas y examinan las vías procesales para hacerlas valer. Lo anterior posee un invaluable poder formativo y prometedor.

Espero, por último, que la presente obra sirva para evaluar, pero sobre todo repensar y redefinir el papel que el litigio estratégico en derechos humanos está llamado a jugar en el contexto mexicano. Se trata de un

primer acercamiento que seguramente estará secundado por esfuerzos futuros en la dirección de reconocer los alcances y desafíos de una ruta que desde la sociedad civil y la academia, a través de la judicatura, pretende incidir seriamente en la esfera de lo público y lo social desde una perspectiva de derechos humanos.

Amerigo Incalcaterra
Representante en México de la Alta Comisionada
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

I

Introducción

Introducción

La presente obra contiene una muestra del trabajo en México de algunas organizaciones de la sociedad civil en el litigio en derechos humanos a nivel nacional. Por "litigio en derechos humanos" se entiende el esfuerzo por aterrizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a nivel nacional de manera que se haga realidad el goce de los mismos. Esta actividad, dirigida a fortalecer la institucionalidad democrática, es una de las formas en que la sociedad civil organizada articula las demandas respecto al goce de los derechos humanos, y de manera importante, provee un ámbito de debate en donde los tribunales están llamados a encontrar el equilibrio entre intereses de distintos sectores de la sociedad dentro de un marco de respeto a estos derechos fundamentales.

Surge, asimismo, de una serie de foros realizados entre la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH-México) y organizaciones de la sociedad civil mexicana, con el financiamiento de la Unión Europea. En estos foros,[1] se exploraron el conocimiento, destrezas y modalidades para implementar estrategias tendientes a concretar, en la práctica, la protección y garantía de los derechos humanos. En este mismo sentido, esta publicación tiene como objetivo exponer las experiencias relevantes en la construcción de estas estrategias de litigio en materia de derechos humanos, adecuado al contexto y sistema normativo mexicanos.

Mediante la descripción del litigio en derechos humanos por parte de las propias organizaciones, a través de sus abogadas y abogados, mismo que ha sido desarrollado durante varios años y en distintos estados de la República, se refleja la necesidad de llevar a cabo una transformación en la manera en que se conceptualiza el litigio, pasando de una modalidad de denuncia a una que concibe al sistema judicial como un motor de cambio en la sociedad.

En México existen violaciones de los derechos humanos perpetradas por el mismo sistema de justicia, situación que se ha visto agravada, entre otras problemáticas, por la falta de homologación de la legislación nacional con el DIDH.

1. El primer foro se centró en el marco jurídico del DIDH, y el segundo, en las implicaciones para el goce de los derechos humanos de las reformas propuestas en materia de derecho procesal penal, a manera de promover un acercamiento estratégico legal para la protección de los derechos humanos. En este segundo foro se contó con el co-auspicio de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, la Organización RENACE y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana. El último seminario consistió en la difusión, entre las autoridades de comunidades indígenas en Oaxaca, de los resultados del "Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para los Indígenas en México: Estudio de Caso en Oaxaca" y se realizó durante un periodo de dos semanas en forma itinerante, con la participación de 37 comunidades indígenas. Lo anterior representa el esfuerzo de difusión entre los derecho-habientes con la finalidad de impulsar su utilización y eventual reclamo. Este volumen sobre el litigio estratégico recoge la experiencia de todas las actividades mencionadas, en tanto permite un acercamiento metodológico para lograr la vigencia de los derechos humanos.

Como ejemplo, la actual legislación en materia penal limita el debido proceso legal dotando, en especial a las instancias de procuración de justicia como el Ministerio Público, de facultades extraordinarias e incluso contrarias a la naturaleza jurídica de sus funciones al convertirlas de facto en jueces, ya que, entre otras, "al resultado de sus acciones se les concede estatuto de prueba. Es decir que ellos, y no los jueces, valoran las pruebas, y lo hacen mientras su responsabilidad es la de acusar, y no la de juzgar imparcialmente."[2] Por lo anterior, cobra efectividad lo planteado por la OACNUDH-México mediante el Diagnóstico de la Situación de los Derechos Humanos en México al establecer que "el conferirle autonomía al MP sin que se adopte un sistema procesal de corte acusatorio podría resultar contraproducente. En efecto, se constituiría así un órgano con poder excesivo, ya que sólo el sistema acusatorio impone controles adecuados sobre la actividad cotidiana del MP."[3]

En general, las deficiencias en el debido proceso legal generan un gran número de violaciones de los derechos humanos e impiden el goce y ejercicio de los derechos que se vean implicados en aquellos procesos.

Esto es reflejo de una falta de política integral de derechos humanos que fomente los cambios normativos necesarios para lograr un Estado de Derecho respetuoso de aquellos derechos. Las causas que se identifican como las principales generadoras de situaciones violatorias de los derechos humanos son **la falta de normatividad interna, la aplicación de normatividad obsoleta, prácticas institucionales viciadas, la ausencia de mecanismos de control y deficiencia en la política gubernamental**. La falta de normatividad interna se demuestra en casos en que las disposiciones están contempladas en tratados internacionales, pero en la práctica no son aplicadas, alegando que dichas normas no se encuentran en la legislación interna. El ejemplo más claro es lo referente a la desaparición forzada de personas contemplada regionalmente en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha determinado la posibilidad de su aplicación sin representar violación al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la Fiscalía Especial para la Investigación de los Delitos Cometidos en el Pasado no acató dicha determinación de la Corte y consignó los casos de su competencia bajo el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro.

---

2. Véase Sarre, Miguel, "En busca de un sistema acusatorio", en Gaceta #9, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, mayo-septiembre de 1997, pp. 22-30.
3. Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México en el año 2004, Capítulo 2 Derechos Civiles, página 12.

La aplicación de normatividad obsoleta se manifiesta en tanto que existe legislación interna que no es acorde con los estándares internacionales de protección de derechos humanos contenidos en Pactos, Convenciones o Convenios. Un ejemplo es la disposición que establece que la carga de la prueba en materia de tortura, y aún respecto de la licitud de una prueba sobre la que hay indicios de que sea producto de la tortura[4], está a cargo del que alegue haber sido torturado y no de la autoridad, a fin de que demuestre lo contrario.

Las prácticas institucionales viciadas surgen en tanto existe legislación interna acorde con los estándares internacionales, pero en el actuar diario de las autoridades y funcionarios persisten acciones que impiden su plena implementación. Ejemplo de ello son las detenciones arbitrarias o "redadas" de migrantes, en donde a pesar de existir la legislación referente al debido proceso legal, las autoridades se empeñan en la continuidad de prácticas realizadas durante años contra extranjeros, violando una multiplicidad de legislaciones al respecto.

La ausencia de mecanismos de control respecto de la actuación de autoridades ha facilitado la violación de los derechos humanos. Ejemplo de lo anterior es la Defensa Nacional, que hasta hace poco era la única Secretaría de Estado sin comparecencias ante el Congreso para informar sobre sus actuaciones, y respecto de la cual no existe ningún mecanismo de rendición de cuentas.

La deficiencia en políticas gubernamentales es otro factor que da lugar a violaciones a los derechos humanos, en virtud de que el gobierno no ha fijado una postura permanente y favorable frente a acontecimientos o situaciones relativas al respeto de los derechos humanos. Por ejemplo, hoy en día se carece de una política clara para dar respuesta cabal a las recomendaciones emitidas por los sistemas públicos de protección de los derechos humanos.[5]

Así, surge la necesidad por parte de varias organizaciones de la sociedad civil de una práctica de litigio en derechos humanos cuya pretensión es la de contribuir, promover e impulsar el acceso a la justicia en México, atendiendo casos y situaciones paradigmáticas de violaciones de los derechos humanos, a fin de sugerir nuevas interpretaciones judiciales y la aplicación de los instrumentos del DIDH a nivel doméstico, que redunden en una mayor protección. En este sentido, "las múltiples formas de intervención judicial que obedecen a distintos niveles o grados de activismo, determinan

4. Es importante distinguir cuando se trata de una acusación por tortura, en donde la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público, quien supuestamente investiga por parte de la víctima; en otros casos se trata de la exclusión de una prueba, lo que no debe depender de un fallo condenatorio por tortura en contra del responsable. En este último caso, el Ministerio Público, que tiene la carga de la prueba para probar la responsabilidad de la victima-acusado, debe sustentar la licitud de la prueba que intenta admitir al proceso.

5. Cfr. Introducción. Análisis y Propuestas de Reformas Mínimas para el Fortalecimiento del Sistema de Procuración y Administración de Justicia en México. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH).

el potencial de las diversas estrategias de incidencia legal y la posibilidad de establecer articulaciones fructíferas con otras estrategias de incidencia política, tales como el monitoreo de políticas públicas sociales, el cabildeo en las instancias de la administración o en el Parlamento, la negociación, la movilización social o las campañas de opinión pública. Por eso es erróneo pensar las estrategias legales como excluyentes de otras estrategias de incidencia política, o plantear una disyuntiva entre actuar en los tribunales o hacerlo en la esfera política."[6]

La tendencia actual en el movimiento de derechos humanos internacional es la generación no sólo de litigio, sino de "litigio estratégico", principalmente en el ámbito nacional, como búsqueda y promoción del cambio social mediante la adopción, impulso, creación o modificación de políticas públicas en la materia, cuyos resultados se traduzcan en "convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, fijar un marco dentro del cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, determinar una conducta a seguir o, en ciertos casos, meramente declarar al Estado en mora respecto de una obligación sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada."[7]

En este sentido, es mucho lo que se puede lograr con el litigio estratégico: modificación de la legislación nacional, la definición de criterios jurisprudenciales, la determinación de políticas públicas, o en sentido amplio, la generación de una cultura en derechos humanos como insumo en la construcción de un Estado de Derecho. Y si bien en México existen ciertos obstáculos desde los tribunales a fin de incorporar en sus decisiones el DIDH, hay algunos avances y apertura por parte de algunos juzgadores, al igual que en la SCJN al aceptar recientemente los *amicus curiae*[8] –presentados por organizaciones civiles de derechos humanos o instituciones académicas– en su decisión respecto de las modificaciones a las leyes federales de Radio y Televisión y de Telecomunicaciones. Todo esto alienta a buscar esa transformación social desde las instancias de justicia nacionales a partir de un debate en materia de derechos humanos.

Asimismo, mediante este tipo de litigio se promueve y confronta la idoneidad y efectividad de los recursos y procesos judiciales con la realidad internacional del acceso a los mecanismos de administración e impartición

6. Abramovich, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados", en J. Zalaquett (ed). Agenda de Derechos Humanos para América Latina.
7. Abramovich, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados", *idem*.
8. Literalmente quiere decir "amigo de la corte", y significa aportar la opinión de una persona o sector que, sin ser parte en la acción, cree que la decisión de la Corte puede afectar sus intereses. En este sentido, permite una participación de la sociedad civil organizada, de intereses particulares o inclusive de organismos internacionales en el debate sobre los derechos humanos, sin que la resolución del tribunal le afecte en lo particular. De esta misma manera, la modalidad del *amicus curiae* ayuda al tribunal a comprender los efectos posibles de su resolución desde una perspectiva social más amplia, lo que a su vez apoya soluciones justas.

de justicia, buscando su homologación con los estándares internacionales de los derechos humanos, como pilares básicos del Estado de Derecho, así como el fortalecimiento de las instituciones de justicia y el establecimiento de una cultura integral de derechos humanos.

A través del litigio se busca no sólo la participación directa de los sectores de la población afectados y la articulación con organizaciones de la sociedad civil, sino que la práctica tiende a eliminar cualquier discriminación en el acceso a la justicia basada en género, edad, condición social, origen étnico, raza, entre otros –como en los casos de asesinatos y desapariciones de mujeres y niñas en el Estado de Chihuahua en donde se evidencia un trato discriminatorio en el acceso a la justicia. En este sentido, el litigio estratégico busca la modificación de estructuras que permiten esta discriminación y la generación de políticas públicas para dar cumplimiento a las recomendaciones internacionales como las recientemente emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe "Acceso a la Justicia para las Mujeres en las Américas".[9]

El litigio estratégico contribuye, promueve e impulsa el acceso a la justicia a través de la defensa, sistematización, investigación y difusión de las situaciones representativas de patrones sistemáticos de violaciones de los derechos humanos que demuestran en términos humanos cómo estas fallas estructurales afectan a personas en su experiencia concreta, y a la luz de las exigencias de los estándares internacionales en la materia.

En México es carente la experiencia de litigio estratégico, por lo que la OACNUDH-México, a finales del año pasado, en conjunto con la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH), la Clínica de Litigio de Interés Público del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y la Oficina de la Defensoría de la Infancia (ODI), realizó el Taller "Estrategias de litigio a nivel nacional en materia de derechos humanos", para impulsar el acercamiento entre organizaciones de varios estados de la República que tienen programas legales al interior de las mismas.[10]

Dicho Taller tuvo como objetivo específico contribuir a mejorar la capacidad de litigio estratégico basado en derechos humanos dentro del sistema nacional de justicia, mediante la sistematización y reflexión sobre las diversas experiencias de las organizaciones de la sociedad civil en el litigio hasta la fecha. Para ello, se contó con la participación de dos clínicas jurídicas de

9. www.cidh.org
10. Participaron en este foro: la Red de Defensores Comunitarios; Fundar; Renace; Sin Fronteras; Vereda Themis; Fray Matías de Córdova; CIJPRO; CEREAL; Centro de Derechos Humanos Agustín Pro-Juárez; Centro Mexicano de Derecho Ambiental; Centro de Justicia, Paz y Desarrollo; CEDHAPI; CADHAC; CDHNK, y miembros de las organizaciones auspiciadoras del evento.

las escuelas de derecho del CIDE y del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Este intercambio de experiencias sobre los esfuerzos por incorporar la matriz de derechos humanos en las resoluciones judiciales u otras a nivel nacional reveló que las experiencias existentes beneficiarían de un trabajo más profundo para fortalecer los esfuerzos existentes e impulsar la ampliación de la perspectiva estratégica en el litigio nacional.

El Taller abarcó los componentes del litigio estratégico con especial énfasis en las estrategias de litigio como metodología de trabajo que instrumenta la defensa legal de derechos humanos en las áreas de acción de las organizaciones, resaltando el camino y la argumentación que las mismas eligen para plantear un caso concreto frente a los tribunales y en conjunto con otros pasos relevantes, como la utilización de medidas de apoyo o complementarias al litigio.

La presente publicación es resultado del referido Taller y en ella se podrán identificar, en primera instancia, los elementos que constituyen el litigio estratégico, las herramientas y acciones de apoyo al mismo, así como los factores en la toma de decisión de las organizaciones y la viabilidad de emprender litigio estratégico en el contexto mexicano, mediante artículos elaborados desde una perspectiva académica y práctica.

En segunda instancia, abogadas y abogados de diferentes organizaciones de la República han escrito sobre la práctica de sus instituciones en el litigio en derechos humanos; los objetivos de su litigio; los procesos para su determinación; consideraciones propias del foro; representados; aspectos particulares en el litigio de ciertos derechos; el marco legal, y los retos y éxitos en el proceso. Al final, los autores plantearon propuestas a futuro para el litigio con base en su experiencia. Mediante estos artículos es posible tener una visión de la valiosa experiencia de las organizaciones en la defensa de los derechos humanos, la forma en que se acercan a la protección o reclamo de derechos ante el sistema de justicia, las limitaciones que se presentan y el potencial para continuar en el litigio hacia un objetivo identificable. Asimismo, mediante estos artículos es posible identificar los diversos temas en derechos humanos vigentes en la agenda de la sociedad civil, a fin de ser colocados en la del Estado mexicano y la de los organismos internacionales como la OACNUDH-México.

Esperamos que a partir de esta publicación se genere un proceso de reflexión al interior de las organizaciones de derechos humanos sobre el papel que juega el litigio estratégico en tales derechos y los beneficios del mismo en función de su desarrollo y fortalecimiento, y mayor aún, en beneficio de la sociedad mexicana, al igual que se busque innovar en ideas respecto de cómo abordar las violaciones de los derechos humanos, incluyendo la incorporación de otras visiones, como la psico-social. Asimismo, se busca generar una mayor comunicación entre las organizaciones que cuentan con acciones de litigio, así como el intercambio de tácticas en este sentido. Esto implica, en términos concretos, la creación de una red de apoyo mutuo y de asesores especialistas en distintas disciplinas para ir avanzando el litigio estratégico en derechos humanos como una actividad prioritaria para la consecución de un Estado democrático.

También esperamos que las organizaciones de derechos humanos que aún no cuentan con acciones de este tipo, se vean reflejadas en la presente publicación y al respecto emprendan acciones a futuro.

Finalmente, agradecemos de manera especial el esfuerzo de quienes contribuyeron con su disposición y conocimientos a la creación de la presente obra, a fin de enriquecer el trabajo de derechos humanos en México.

Fabián Sánchez Matus*, Coordinador de la Publicación
Jan Perlin**, Directora del Proyecto

---

* Fabián Sánchez Matus es Director General de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C.

** Directora del Proyecto "Implementación de las Recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México", llevado a cabo por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

II

El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público

El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público

*Marta Villarreal**

Introducción

Aun cuando el tema que me propongo abordar en este texto es el del litigio estratégico, considero oportuno delimitar el alcance de mis comentarios y aproximaciones al mismo dentro del campo del Derecho de Interés Público[1], sobre todo, partiendo de la premisa de que la preservación del Estado de Derecho Democrático es una obligación de todos los que en él participamos, especialmente de quienes hemos optado por ejercer nuestra profesión en el ámbito legal: los abogados.

Los abogados tenemos un compromiso con el Estado de Derecho que va mucho más allá de la mera observancia de las leyes, de su interpretación y utilización; que rebasa el seguimiento puntual de los procedimientos y las formas de acceso a los sistemas de impartición de justicia y procesos de elaboración normativa. La obligación de los abogados con el Estado de Derecho se extiende hasta lograr que el concepto mismo de *Estado de Derecho* comunique a todos los miembros de la sociedad su pertenencia, es decir, hasta lograr que los principios de los derechos humanos y la democracia permeen los tejidos sociales y especialmente los legales.

Así, cuando me refiera a litigio estratégico lo estaré siempre contextualizando en un marco de vigencia de derechos humanos, de búsqueda de cambios con justicia social, sin dejar por ello de reconocer que el litigio estratégico puede también ser utilizado por profesionales del derecho cuyos objetivos son distintos a la promoción específica de los derechos humanos.

Finalmente, para el objeto de este texto por su relación con el Derecho de Interés Público, el litigio estratégico es la herramienta idónea para proteger el ejercicio de los derechos.

---

* Coordinadora del Programa de Educación Legal Clínica y profesora de las materias Clínica Legal de Interés Público I (inducción) y II (litigio), en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

1. La noción de Derecho de Interés Público rebasa la de Derecho de los Derechos Humanos, en tanto que no se limita a la acción reivindicatoria de éstos ante las violaciones cometidas por el Estado, sino que aun cuando el Estado sea el principal objeto de sus acciones, éstas pueden ir más allá en la constitución de espacios civiles de participación en la determinación del propio interés compartido en una sociedad.

Sobre el litigio estratégico

Litigar es una de las actividades que mayormente identifican al abogado. Hacerlo con inteligencia, cuidado y audacia es lo que diferencia a un practicante común de un buen litigante, pero un buen litigante, para llegar a ser "litigante estratégico", requiere poner al servicio del interés público todas sus destrezas. El litigio estratégico es la herramienta de pericia de los abogados con la cual contribuyen al desarrollo del Derecho de Interés Público; es aquel que se realiza con el claro objetivo de contribuir al cambio social.

Ingenio, compromiso y conocimiento, podríamos asegurar, se encuentran en cada actividad de litigio estratégico. Un caso común y corriente, una simple pretensión, una litis cotidiana, puede, para un abogado estratégico, convertirse en el caso ideal para transformar el Derecho. El profesional del litigio estratégico torna un simple caso en un traje a la medida del interés público, con efectos superiores.

> Tradicionalmente, los abogados están entrenados para representar el mejor interés de su cliente en un caso o procedimiento específico. Cuando llevan un caso en la práctica cotidiana, los abogados analizan el derecho aplicable y siguen los procedimientos que más convengan a los intereses de sus clientes. Algunos abogados, sin embargo, se comprometen con un tipo de litigio diseñado para alcanzar objetivos que rebasan el del interés del cliente en lo particular. A través del litigio estos abogados promueven cambiar la ley o su aplicación, cambiarla de una manera tal que el efecto se reflejará en la sociedad en su conjunto.[2]

Conocido también como *litigio paradigmático*[3]*, litigio de interés público* o de las causas justas[4], el común denominador de los conceptos está referido a sus efectos: el efecto de un litigio de impacto rebasa los intereses personales de las partes. Los intereses individuales del o de los clientes representados se ven superados por el interés de la sociedad.

En cuanto describe la actividad por medio de la cual los abogados buscan solventar la problemática social a que se enfrentan, utilizando el litigio con el objetivo de alcanzar el beneficio integral, el litigio estratégico también es conocido como *litigio de impacto* o como litigio de prueba[5y6].

2. Rekosh, Edwin, Buchko, Kyra A. & Vessela Terzieva (eds). Pursuing the Public Interest: A handbook for legal professionals and activists, Public Interest Law Initiative, p.81. Traducción libre por la autora.
3. En algunos grupos de profesionales del derecho y sociedad civil mexicana, a los casos objeto de este tipo de litigio se les conoce como casos "paradigmáticos", lo que expresa la aspiración de que su resolución venga a servir de ejemplo o a establecer precedentes de interpretación.
4. O *causas perdidas*, en la percepción de muchas personas, sobre todo aquellas cuya concepción del derecho es la de un sistema inamovible, en donde la pretensión de cambio no encuentra cabida.
5. Public Interest Law Initiative, *op. cit*., p.82
6. Ver supra nota 2.

El litigio estratégico tiene además la peculiaridad de no limitar su campo de acción a las batallas en la aplicación de la ley. Se extiende para buscar cambios estructurales, ya por reformas legales o por modificaciones de prácticas.

Tiene como sujeto de sus acciones no sólo a los individuos sino a la sociedad, al menos a un modelo de sociedad democrática y respetuosa de los derechos humanos. Aún dicho lo anterior, "es evidente un énfasis en las acciones jurisdiccionales dirigidas contra el Estado, puesto que éstas generan un mayor *impacto público* y su difusión en un contexto democrático sienta un precedente para la repetición de este tipo de iniciativas".[7]

Para los abogados, el litigio estratégico representa la avanzada por el cambio social en el ámbito de nuestra propia especialidad: el de las leyes. Pero no sólo las leyes tal cual se nos presentan, sino las leyes tal cual las imaginamos que rigen en el Estado de Derecho que proyectamos, aquél en el cual nos gustaría vivir, trabajar.

Forzar sutilmente a los juzgadores a pensar el derecho que aplican, a dotar de contenido democrático y efectivo los derechos que dirimen, a otorgar sustancia a los otrora derechos simbólicos, es de interés público; hacerlo dentro del margen de maniobra que el sistema jurídico y el de impartición de justicia establecen, es litigio estratégico.

Así como el jugador profesional de futbol requiere de pastos y el basquetbolista de canasta, el litigante estratégico no puede renegar de su propia cancha: los tribunales. Pero para el abogado, las reglas del juego no se agotan, como para los deportistas, en el reglamento que tienen que acatar ciegamente si quieren practicar. A diferencia del practicante de un deporte, el del litigio estratégico cuenta con la posibilidad de cambiar las reglas del juego que quiere jugar, puede participar en su diseño y promover cambios en el sistema en que juega, y de su pericia y estrategia depende cuál sea el juego que al final se encuentre jugando.

El litigio estratégico puede realizarse por individuos, organizaciones, instituciones académicas, asociaciones de abogados o incluso de otras profesiones. La flexibilidad en quién ejecute el litigio estratégico también depende del tema del que se trate (por ejemplo, los procesos colectivos pueden accionarse sólo en casos muy limitados como el de materia ambiental), de que el sistema u ordenamiento jurídico así lo

7. Estremadoyro Vermejo, Julieta: "Repensando el interés público desde una perspectiva de género", en *Discriminación e interés Público*; Cuadernos de análisis jurídico. Escuela de Derecho, Universidad Diego de Portales, Felipe Gonzalez (ed), Santiago, 2001. No.12

permita, pero ello no limita las variadas manifestaciones de actores en el litigio estratégico. En nuestro país al menos es cierto que han sido las organizaciones de la sociedad civil quienes han promovido el cambio social desde el derecho; las que a base de litigar estratégicamente han logrado avanzar la forma de ejercer los derechos fundamentales, de vivir la democracia. Por ejemplo, a resultas de exigibilidad de derechos no explícitamente expresados en la Carta Magna, pero reconocidos en principios y tratados internacionales de derechos humanos, los litigantes han llevado a nuestro Poder Judicial a identificar, a través de una lectura integral y coherente de la Constitución, la presunción de inocencia.[8] La intervención de las organizaciones no gubernamentales especializadas ha sido fundamental para ello. Eso es litigio estratégico.

Ya sea incluyendo en su equipo a abogados o haciendo pactos de cooperación con ellos, la sociedad civil organizada en México ha entrado a la cultura del litigio estratégico de manera contundente, pues es innegable que el litigio estratégico en México ha empezado a dar resultados. Y por resultados me refiero a asentar jurisprudencia que favorezca la resolución de los casos judiciales desde las primeras instancias, que por jerarquía de interpretación los juzgadores opten por criterios afines a los derechos humanos; a provocar reformas legislativas encaminadas a otorgar mayor protección y seguridad jurídica, a eliminar los espacios de arbitrariedad; con inducir cambios de política pública incluyentes de las demandas de la sociedad civil; crear conciencia de ciudadanía sobre los temas de participación, de exigibilidad y respeto de los derechos humanos, de las obligaciones estatales y las libertades individuales, los derechos colectivos; en fin, de generar nuevas reglas de convivencia social, todo ello propiciando un pleno ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, en el afán de constituir un efectivo Estado de Derecho Democrático.

Estrategias para la consecución del interés público

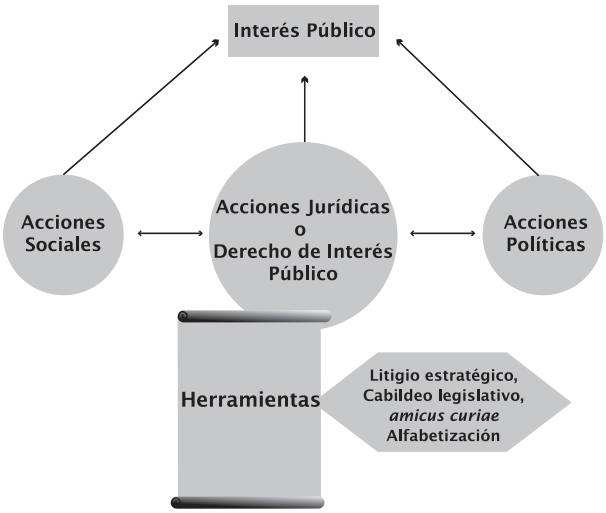
Si bien delimito el espacio de acción del litigio estratégico a los tribunales, con ello no quiero implicar que los abogados solamente puedan aportar al interés público desde ese terreno. Sin embargo, como estas notas se refieren al litigio, por ello centro el litigio estratégico de tal manera. Ello, sin dejar de reconocer que el Derecho de Interés Público, además de acudir al litigio estratégico, se apoya en otras herramientas clave como el cabildeo, el

8. Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal. Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002. p. 14 Tesis: P. XXXV/2002. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Penal.

lanzamiento de campañas de difusión, la documentación y la capacitación, las cuales, la mayoría de las veces, son utilizadas de forma paralela.

El interés público puede verse favorecido con acciones jurídicas, sociales y políticas, así como con prácticas espontáneas o manifestaciones socioculturales no organizadas. En ese sentido, al conjunto de acciones jurídicas para el interés público es a lo que llamaré Derecho de Interés Público, y una de las acciones jurídicas con que se persigue el interés público es precisamente el litigio estratégico.

En efecto, el Derecho de Interés Público tiene plena conciencia de que el litigio estratégico es sólo una de las herramientas legales disponibles, ya que para la consecución de sus objetivos, además del litigio estratégico, figuran el cabildeo legislativo y ante el Ejecutivo, utiliza campañas de difusión de derechos y concientización, procura la accesibilidad del derecho para todos, investiga, documenta, analiza, capacita, coopera, organiza, denuncia públicamente en las esferas local o internacional, gestiona con las autoridades, media. En pocas palabras, el Derecho de Interés Público utiliza todas las herramientas jurídicas a su alcance para lograr un cambio estructural en beneficio de toda la sociedad.



Es factible que se establezca una relación bidireccional en que el litigio de impacto sea el objetivo mismo y las acciones jurídicas no litigiosas y las no jurídicas se programen y ejecuten para dar soporte al litigio; igualmente

podrá ser utilizado como un medio para conseguir o perfeccionar una acción social o política, o incluso una jurídica no litigiosa, como la reforma legislativa. Un ejemplo de ello podría ser la identificada necesidad de eliminar los tipos penales que sancionan la migración indocumentada en México: las herramientas jurídicas a utilizar incluyen desde la propuesta del texto de reforma legislativa hasta provocar una aplicación para buscar litigar la constitucionalidad del tipo penal (poco factible, conociendo el foro). Pero el efecto de las mismas tendría mayor impacto si se acompaña, por ejemplo, de un cabildeo que garantice la suma de fuerzas en el Legislativo o incluso ante el Ejecutivo para que éste presente la iniciativa de reforma, y quizá la única vía de llamar el interés de los legisladores y el Ejecutivo por el tema, sería utilizando los medios masivos de comunicación, reuniendo datos duros de los efectos negativos de la presencia de las sanciones penales, movilizando a los familiares de migrantes económicos que incidan en la voluntad política de cambio.

¿Cuándo optar por el litigio estratégico como herramienta?

Algunos grupos internacionales de abogados de interés público consideran que pueden acudir al litigio estratégico en las siguientes situaciones: si el derecho no es observado; si hay discordancia con los estándares internacionales, en busca de mejores prácticas, para clarificar el derecho existente; cuando hay reiterada aplicación inexacta y arbitraria de la ley; cuando se soslaya la aplicabilidad de derechos económicos, sociales y culturales *vs.* los civiles y políticos, si existen verdaderas posibilidades de éxito; cuando el objetivo mismo sean los procedimientos legales, como un eslabón en la estrategia total y aun cuando sea muy probable que el triunfo no será en el litigio mismo.[9]

Tomando como referencia los detonantes de la decisión de acudir al litigio estratégico propuestas en el *Manual para profesionistas legales y activistas en busca del interés público*[10], a continuación señalo posibles momentos de intervención litigiosa estratégica:

1. Cuando las buenas leyes son letra muerta. Cuando el sistema jurídico contiene normas o derechos que consideramos buenos para el interés público pero que desafortunadamente no son practicados, en la vida diaria se actúa como si no existiera el derecho o, lo que es peor, en contra del mismo derecho.

9. Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive. European Roma Rights Center, Interights and Migration Policy Group. Nottingham, 2004, pp. 47-50. Traducción libre por la autora.
10. Pursuing the Public Interest: A handbook for legal professionals and activists , *op. cit.*, p.86. Traducción libre por la autora.

Entonces el litigio estratégico puede apropiarse el objetivo de su efectividad y buscar la intervención judicial para que el derecho sea realmente observado, revivirlo. Muchas veces sucede en el ámbito del Derecho de Interés Público que se logra insertar en el ordenamiento jurídico un derecho pero que hace falta darle seguimiento y promoción para evitar que se vuelva letra muerta.

En México, una de las grandes victorias de la sociedad civil fue convertir en un derecho el acceso a la información pública, y los logros se tradujeron en la adopción de legislación federal en la materia. Pues bien, la sociedad civil quiso asegurar que su derecho recién nacido continuara nutriéndose y adquiriendo forma después de parido, así fue como optó por echar a andar un mecanismo de seguimiento y verificación de la implementación efectiva del derecho. Acordó que se haría uso del derecho para evitar que éste se convirtiera en un cadáver jurídico. Y a las primeras dificultades de interpretación o de aplicación de la ley, y con antelación previsto, se accionó el litigio de interés público, para que en la vía jurisdiccional se fuera creando un cuerpo interpretativo del derecho, de sus alcances, de los límites y procesos concurrentes. A través del litigio estratégico se ha venido delineando con mayor precisión jurídica el contenido efectivo del derecho a la información pública; vía el litigio estratégico se ha logrado, incluso, modificar las prácticas antitransparencia de la autoridad y crear una relación individuo-gobierno mucho más acorde al ideal democrático.

Un caso particular es cuando habiéndose logrado el reconocimiento y consagración de un derecho en el ámbito de la protección constitucional, hacen falta los medios de instrumentación. Cuando se explicitaron los derechos de los pueblos indígenas constitucionalmente y algunos movimientos sociales lograron que sus constituyentes locales modificaran su ordenamiento, algunos de los derechos carecían –y siguen careciendo– de vías de ejercicio y goce. *En materia de acceso a los medios de comunicación*, dice Francisco López Bárcenas, el artículo 26 de la *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca previene que "Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a establecer, de acuerdo a la normatividad vigente, sus propios medios de comunicación –periódicos, revistas, estaciones de radio, televisoras y demás análogos–, en sus propias lenguas." Esta disposición no constituye ningún derecho porque la materia de comunicación corresponde reglamentarla a la federación y no a los estados.*[11] La afirmación final de Francisco López Bárcenas es el ejemplo por excelencia del primer síntoma de una norma bien

11. López Bárcenas, Francisco: "La diversidad mutilada. Los derechos indígenas en la legislación de Oaxaca" en *Cuadernos de Antropología Jurídica*, No. 4, Segunda Serie, p.111

intencionada pero vacía de contenido material o formal: aparece como enunciadora de un derecho no reclamable, sin efectividad, retórica o programática. El litigio estratégico puede encontrar en ella una veta de acción efectiva: en primera instancia habrá de observar las posibles vías de hacer efectivo el derecho; el propio.

Francisco López sugiere que el derecho, por lo que a radiodifusión corresponde, puede hacerse efectivo en el ámbito federal, a través de una concesión (en mi opinión sería a través de un permiso). Si seguimos con atención la problemática específica que enfrentan las comunidades indígenas (y otras) podremos identificar que aún la regulación para la obtención de una autorización de uso de espacio de radiodifusión es tan complicada y discrecional que resulta casi imposible obtenerla. Entonces entra la oportunidad de sumarse a las múltiples vías abiertas por las organizaciones de la sociedad civil, reclamar a los tres poderes la implementación del derecho ahora constitucionalmente reconocido. La tarea del litigo estratégico podría iniciar con preparar la solicitud de una comunidad indígena para operar una estación de radio y transmitir su señal en ejercicio del derecho constitucional, dar seguimiento a la respuesta de la autoridad administrativa, y si no es favorable, encontrar las vías de apelación por medio de las cuales pueda obtenerse no sólo la autorización misma sino una decisión que implícita o explícitamente otorgue significado efectivo al derecho que se pretende. Otra estrategia sería adherirse a las acciones ya iniciadas por las radios comunitarias (indígenas y no indígenas) para defender su derecho a transmitir y sumar esfuerzos con ellas en el cabildeo a favor de las mismas.

2. Cuando la aplicación del derecho, ya sea por parte de las autoridades o incluso por los propios tribunales es incierta, impredecible, cuando es imposible conocer con certeza la forma de aplicación. El litigio estratégico buscará elevar el grado de seguridad jurídica, eliminar la arbitrariedad y establecer o fijar criterios de interpretación que además de hacer previsible la respuesta, sean lo más favorables al interés público.

Hasta el año pasado, era un *vía crucis* para cada defensor y sobre todo para el inculpado penalmente, realizar las actividades propias de la defensa adecuada, un derecho humano innegable. Sin embargo, la mala práctica y tradición inquisitiva del Ministerio Público mexicano impedían la comunicación con el abogado antes de la declaración ministerial, debido a la absurda creencia de que la eficacia de la declaración se vería disminuida si el decla-

rante contaba con asesoría legal. El resultado de la batalla en el campo de acción y en tiempos reales era siempre tan incierto que llegó a considerarse como de buena suerte o signo de benevolencia del Ministerio Público permitir al inculpado hablar con su abogado con antelación a su declaración.

Actualmente y gracias al litigio estratégico, los derechos procesales explícitamente se han extendido a las actuaciones efectuadas por el Ministerio Público, pero además, desde 2006 la Suprema Corte de Justicia de la Nación específicamente ha interpretado que no se debe prevenir o impedir la comunicación del inculpado con el abogado antes de su declaración. Sin embargo, el avance jurisprudencial no significa la desaparición del problema inicial, la incomunicación. Todavía hay espacios donde esto sigue ocurriendo y en especial el acceso a los presos en los lugares de reclusión para preparar su defensa. En este caso, hay otras acciones que se pueden emprender dentro del litigio para evidenciar que en algunos espacios sigue sin respetarse este derecho o ampliar el espacio de aplicación del principio enunciado respecto al acceso al defensor y la adecuada defensa. Encontrar los casos propicios, definir la estrategia adecuada, corresponde al abogado de interés público.

Los espacios de actividad para el litigante estratégico son múltiples cuando se trata de eliminar fuentes de arbitrariedad, de incertidumbre jurídica y los medios suelen ser también variados: desde solicitar la revisión administrativa de un acto pasando por la búsqueda de amparo de la justicia federal, hasta –agotadas las instancias nacionales– buscar alivio en las internacionales.

3. Restricciones legales para el ejercicio de los derechos humanos. Cuando las limitaciones al derecho están estructuralmente inmersas en éste mismo, cuando la fuente de las violaciones a los derechos humanos es la propia ley, ahí también se genera espacio para el actuar del litigio estratégico. Por más extraño que pueda parecer, el derecho es dúctil y quien mejor artesano no para moldearlo que el propio abogado, el profesional del derecho, que le conoce y anticipa las implicaciones que para todo el sistema genera una falla en el mismo. Ello no debe interpretarse como la posibilidad de tergiversar el derecho o su aplicación ni de aplicar las famosas *chicanadas* (término utilizado para referirse al mal uso y abuso intencionados de las lagunas legales), en fraude al derecho, sino de buscar utilizar las propias herramientas legales que el derecho ofrece para dar efectiva vigencia a los derechos humanos que abanderamos. Por ejemplo, cuando el interés público nos exige detener algunas obras cuyos efectos sobre una comunidad resulten

perjudiciales pero sea difícil poner en marcha los medios jurisdiccionales que por excelencia suspenderían la obra –en razón de que su requisito de procedibilidad exija probar el interés jurídico directo y por ser éste difuso no pueda probarse–, pueden buscarse alternativas, por ejemplo, un juicio de responsabilidad administrativa al servidor público que hubiera autorizado la obra, gestionando al efecto en el sistema local la acción pública[12].

Fiel a su instrumento de trabajo, el litigante estratégico que tenga que combatir una norma o un cuerpo de normas jurídicas, lo hará precisamente dentro del sistema jurídico, es decir, usar la ley para combatir la ley. Aun cuando sea *iusnaturalista* y piense que la norma injusta no conforma derecho, habrá de ser positivista en lo que corresponde a su actuar y buscará todas las herramientas jurídicas a su alcance para modificar tal norma, para dotarla de justicia. La declaración de inconstitucionalidad de una norma es el objetivo lógico del litigio estratégico en estos casos. La anulación de los actos administrativos o judiciales fuente de la afectación puede ser otra estrategia. Foro Migraciones, una red de organizaciones e individuos dedicados a la defensa y promoción de los derechos humanos de los migrantes, ha identificado y denunciado la existencia de una norma (artículo 67 de la *Ley General de Población*[13]) que resulta un obstáculo legal para el acceso a la justicia de los migrantes indocumentados. El Foro reconoce que la afectación a los migrantes, en este caso, no deviene de malas prácticas ni de una relativización de la norma al momento de su aplicación, sino que su fuente es la propia Ley. Ante esta situación, podrá optarse por promover reformas legislativas que culminen en la derogación de la norma, su denuncia para evitar su aplicación o la defensa en caso de que sea fundamento de algún acto de autoridad.

Otra manera de visualizar la potencialidad del uso estratégico del derecho puede consistir en erradicar las restricciones legales que obstaculizan la realización de acciones de interés público. Un ejemplo de ello fue precisamente la aprobación de la Ley de Participación Ciudadana en el Estado de Jalisco, que fue apoyada, entre otras, por las organizaciones de la sociedad civil que entendieron la necesidad imperante de saltar la barrera legal que restringía la presentación de iniciativas de ley. Dicha Ley introdujo la figura de la *iniciativa popular* que facultó a la ciudadanía a presentar ante el congreso jalisciense proyectos legislativos. Gracias a la introducción de esta vía legislativa se facilitó a la sociedad civil organizada la presentación de la *Iniciativa Popular sobre Violencia Intrafamiliar en el Estado de Jalisco.*

12. La acción pública, según se regula en la Ley de Desarrollo Urbano del D.F., puede ser iniciada por quien resulte afectado y no requiere comprobar el interés jurídico.
13. Art. 67. "Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos [...] están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente lescomprueben su legal estancia en el pais [...]".

Nuestra Constitución Política establece, por ejemplo, la Acción de Inconstitucionalidad y el juicio de Amparo como vías judiciales para solventar las situaciones de normas inconstitucionales.

4. Existencia de estándares o referentes internacionales que pudieran determinar o influenciar el actuar del Estado. Una de las características del litigio estratégico de los derechos humanos o del interés público es precisamente su constante referencia al derecho internacional.

Apoyarse en éste con dos báculos principales: el primero, porque es bien sabido que los Estados, en particular el nuestro, son susceptibles a la presión derivada de las obligaciones que en el ámbito internacional han contraído; porque se han comprometido y obligado a garantizar en su territorio la vigencia de derechos que son de interés público; estudiar la interpretación de los estándares nacionales tanto por los gobiernos como por los tribunales para detectar en qué grado, si fuera el caso, cumplen con los estándares nacionales e internacionales, y evaluar la posibilidad no sólo de evidenciarlo sino de combatir la disparidad con litigio estratégico nacional o internacional. En segundo lugar porque el seguimiento de los avances que en nuestras particulares materias los abogados de otros países han logrado, aporta a todo el gremio. Aprender y compartir, en lo oportuno, las estrategias allana el camino. Además, los logros de interés público en un sitio, por su naturaleza, suelen ser trasladables a otro.[14]

5. Para poner a prueba el derecho. Suele decirse que en un litigio común el abogado está programado para ganar el caso de su cliente y que su éxito depende básicamente de si la sentencia le reconoce o no la razón. En cambio, un litigante estratégico puede reconocer su éxito en una sentencia que no le concede la razón.

Mínimos para el litigio estratégico

Confianza

Se opta por el litigio estratégico cuando se confía en el sistema jurídico, esa es la premisa inicial. Algunos de los elementos que pueden contribuir a formar confianza en el sistema jurídico son un Poder Judicial independiente, un clima generalizado de respeto al Estado de Derecho y el conocimiento integral del sistema jurídico y de su potencialidad. Para el litigio estratégico el

14. Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive, *op. cit*., pp 48-49

punto de partida ideal es la firme convicción de que las estrategias legales planteadas tienen la capacidad de modificar significativamente las relaciones sociales y de poder hasta el grado de transformarlas vía el derecho. Y aún cuando no se coincida con el poder del derecho por sí mismo, se reconoce al litigio como una de las pocas estrategias confiables.[15] Un ejemplo del poder transformador del derecho estratégicamente utilizado es la modificación de relaciones sociales de antaño arraigo pero contrarias al ideal de una sociedad democrática: durante décadas fue incuestionable la autoridad del profesor de escuela para disciplinar a las niñas y niños, aún utilizando golpes o humillaciones; hoy por hoy, como resultado no sólo de la inclusión jurídica de protección a los derechos humanos de la niñez sino de los múltiples casos difundidos en donde el profesor agresor es sancionado por el ordenamiento jurídico, su autoridad ha dejado de ser incuestionable, las relaciones alumnos-profesores no son ya de sometimiento incondicional.[16]

Creatividad

Otra premisa para incursionar en el litigio estratégico es la creatividad. Para alcanzar objetivos de interés público a través del derecho cuando otros han probado ineficacia, insuficiencia o impropiedad, se requiere, más que de valor y paciencia, de mucha creatividad. Implica encontrar formas convincentes de resignificar el derecho, de dotarlo de nuevas dimensiones interpretativas que favorezcan nuestro objetivo: hacer efectivo el derecho en cuestión. La creatividad, por tradición, suele excluirse de las características de antaño otorgadas a los abogados, pues se presupone –erróneamente– que la profesión se nutre del *statu quo*, por ello resulta tan difícil realizar litigio estratégico con las modalidades o esquemas que excluyen la innovación. De hecho, me atrevería a encontrar en el litigio estratégico un sinónimo de incursión en nuevas manifestaciones del derecho.

Y la creatividad incluye la posibilidad de adaptar figuras exitosas existentes en otros países al propio ordenamiento. Ejemplo de lo anterior es la búsqueda que actualmente las organizaciones civiles están realizando de estrategias para la implementación de la figura del *amicus curiae*[17] como

15. "McCann y Silverstein sugieren que los activistas utilizan el derecho no por una creencia ciega en su poder, pero más bien por considerarlo una estrategia óptima dentro de las muy limitadas opciones a las que pueden recurrir (McCann 1998:88). Esta apreciación del Derecho permite a los activistas acudir a tácticas estratégicas de litigio para promover sus objetivos sin caer en una percepción falsa del Derecho y sin perpetuar la naturaleza hegemónica de las instituciones legales". Citado por Idit Kostiner en "Evaluating legality: toward a cultural approach to the study oflaw and social change", *Law and society review,* 2003, Vol. 37, Issue 2, pp. 323-368. (consulta en ebscohost; traducción libre por la autora)

16. Cuatro ejemplos más de las modificaciones de relaciones de poder a partir de la organización ciudadana utilizando herramientas jurídicas, puede ser identificados en las experiencias de San Luis Potosí, Jalisco, Oaxaca y Baja California relatadas en el libro *Incidencia Pública de las Organizaciones Civiles en México,* en donde sus coordinadores, Carlos Zarco y Rafael Reygadas, al describir los procesos, incluyen sin duda la utilización de herramientas jurídicas utilizadas por las organizaciones civiles.

17. Los *amicus curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten asuntos de interés público como el análisis constitucional de una norma de importancia pública, en las que la decisión de éstas marque una guía jurisprudencial para casos pendientes. Al abrir espacios de comunicación con la sociedad y escuchar los diversos intereses que rodean un procedimiento, la Suprema Corte se legitima frente a la sociedad al ser un espacio de discusión plural e incluyente. Con la introducción de la figura del *amicus curiae* se modernizarán las instituciones relacionadas con la administración de justicia, y se abrirá una nueva puerta a la participación de la sociedad en los procedimientos jurisdiccionales.

herramienta auxiliar en el litigio estratégico. La Clínica Legal de Interés Público y el Centro de Acceso a la Justicia del Instituto Tecnológico Autónomo de México, han emprendido la tarea de promover su aceptación y adopción por el Poder Judicial federal, en especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En México, no existe una norma específica que haga referencia a la figura, es innovadora, no así en otros sistemas jurídicos en donde es una práctica cotidiana y que en muchas ocasiones ha demostrado ser de gran utilidad para avanzar la agenda de derechos humanos. La creatividad radica no sólo en hacer la propuesta para su adopción sino en buscar dentro del ordenamiento jurídico los espacios que mejor la acojan, los argumentos que faciliten su entrada en el ordenamiento jurídico nacional: quizá a través del derecho de petición, ubicando una facultad del juzgador para hacerse llegar mayores elementos de decisión, sugiriendo la suplencia de la queja, o incluso un cambio de estrategia radical y optando por la inclusión de la figura a través del Legislativo.

De los objetivos del litigio estratégico

¿Ganar perdiendo?

Suele decirse que en un litigio común el abogado está programado para ganar el caso de su cliente y que su éxito depende básicamente de si la sentencia le reconoce o no la razón. En cambio, un litigante estratégico puede reconocer su éxito en una sentencia que no le concede la razón. ¿Cómo explicar esta paradoja? Ganar perdiendo: el resultado del litigio estratégico no necesariamente se encuentra en la sentencia que pone fin al litigio, algunas veces es ahí donde germina y se perfila el futuro devenir del litigio estratégico.

Si el objetivo del litigio estratégico no es ganar un juicio en los términos tradicionales, entonces ¿cuál es el objetivo de éste? El litigio estratégico tiene, como lo presupongo en la introducción de este texto, un objetivo magno: pugnar por la construcción y preservación de un Estado de Derecho Democrático. Al litigio estratégico le corresponde salvaguardar el interés público en sus expresiones jurídicamente relevantes. Pero en lo particular, los objetivos de quienes opten por el litigio estratégico pueden ser de tan diversas índoles como diversas sean las manifestaciones jurídicas del interés público.

Así tenemos que algunas de las tareas del litigio estratégico están encaminadas a apoyar las acciones sociales como el despertar de conciencia, el empoderamiento de grupos, la reivindicación de minorías, la modificación de estándares

culturales, dar visibilidad a la situación o a algunos grupos. Asimismo, preparar acciones políticas como la incidencia en la proyección de políticas públicas, la inclusión de temática en la agenda política; incluso para fortalecer acciones jurídicas distintas del litigio, ya sea aportando datos que justifiquen elaboración de iniciativas de ley, mostrar deficiencias sustantivas o procesales, denunciar malas prácticas, sentar precedentes, preparando el cambio de foro hacia el internacional, por ejemplo. La multiplicidad de usos y objetivos del litigio no excluye la tradicional meta del mismo, en especial si se tiene como objetivo el acceso a la justicia para los más desfavorecidos, en donde, sin embargo, el objetivo del litigio estratégico se torna más tradicional.[18]

Para algunos litigantes los objetivos del litigio estratégico pueden ser procedimentales:

> puede ser utilizado para desarrollar más elementos técnicos o procesales en el derecho. Por ejemplo, i) para revelar barreras procesales en tribunales, ii) para procurar recursos alternativos y mejores formas de restitución a los individuos, iii) para promover una participación más positiva y progresiva de los juzgadores. El objetivo del litigio podría ser el de educar a las cortes en el uso de un nuevo estándar o establecer técnicas para cambiar la carga de la prueba.[19]

De la experiencia compartida por varios actores del litigio de interés público se puede extraer una conclusión: la determinación del objetivo del litigio estratégico responde a una estrategia mayor que deviene de la observación y análisis de la realidad social, política y jurídica, de la valoración de los efectos positivos o negativos que las diferentes acciones puedan tener, qué fuerzas pueden desatarse y los costos involucrados.

Una vez determinado el objetivo del litigio estratégico, el siguiente paso es la selección del caso, del foro en que se ha de librar, y lo más importante, la estrategia de litigio que se habrá de seguir, incluyendo los planes alternativos. Pero el análisis de las estrategias[20] no es el objetivo de este texto, que sólo se plantea esbozar un marco general de en qué consiste el litigio estratégico.

Para concluir estas líneas quiero insistir en la característica principal del litigio estratégico: estar al servicio del interés público. El buen abogado plantea estrategias mediante las cuales puede maniobrar en las carreteras jurídicas, el litigante estratégico organiza su estrategia para enderezar el rumbo de esas rutas jurídicas y asegurarse de que estén trazadas con un único objetivo en mente: el que marca el interés público.

18. En mi opinión, el litigio cuyo objetivo se limita a proveer servicios legales a los individuos que por su condición social o económica no tienen fácil acceso a la justicia, se aparta del concepto de litigio estratégico cuando se limita a proveer servicios legales y satisfacer la demanda del cliente en particular. Considero que para que la prestación de servicios legales pueda encuadrar en el concepto de litigio estratégico requiere estar inmersa en un objetivo mayor distinto del de ampliar el acceso a la justicia y combinarse con otras estrategias de acción jurídica.
19. Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive, *op. cit.*, pp. 49-50. Traducción libre por la autora.
20. Las estrategias habrán de considerar elementos referentes a la selección del caso, del foro, del cliente, de la vía procesal, del derecho sustantivo a invocar, de la recaudación y preparación de pruebas, de las acciones colaterales de apoyo, las alternativas, la protección del cliente, la propia experiencia del litigante, las condiciones económicas y de urgencia, entre otros.

III

Acciones de apoyo al litigio

Acciones de apoyo al litigio

*Ina Zoon**

Has hallado por experiencia que el
fuera puede convertirse en el dentro.
Has estado más allá del par de antítesis.
Herman Hesse

Este texto parte de la idea de que el litigio de la mayoría de los casos de alto impacto necesita estrategias de apoyo al litigio y describe algunas acciones encaminadas a ese fin:

- *Acciones de apoyo al caso por parte de otras entidades*
- *Amicus curiae*
- *Trabajo adicional relacionado con el caso*
- *Recaudación de fondos*
- *Apoyo a la familia o a la comunidad afectadas*

El litigio estratégico necesita un esfuerzo organizacional de larga duración, de alta complejidad y de costos elevados. Estas características obligan a los equipos responsables de las ONG's que deciden adoptarlo como método principal de trabajo, a desarrollar una *estrategia de apoyo al litigio* que abarca todas las oportunidades, retos y riesgos existentes en el espacio que comprende el procedimiento legal.

La estrategia de apoyo tiene como objetivos maximizar el impacto social del litigio (a través de la incorporación de otros actores sociales) y manejar y minimizar posibles daños tanto al afectado como a la causa durante el proceso judicial. Asimismo, los proyectos de litigio estratégico deben incluir líneas presupuestales específicas para actividades de apoyo al mismo y recursos humanos capacitados para el desarrollo de coaliciones, publicidad y recaudación de fondos.

Las acciones de apoyo a la litigio *son respuestas coherentes a los retos sociales y económicos*: en casos de alto impacto, la virtuosidad jurídica es la condición necesaria, pero no suficiente de estas acciones. El éxito se logra si el equipo litigioso puede rebasar los problemas que aparecen *dentro y fuera* de la sala de audiencias, porque los problemas externos inciden y por lo mismo afectan a la litis. Parafraseando a Hesse: "nada está fuera, nada está dentro; pues lo que está fuera está dentro [del litigio]".

* Ina Zoon es abogada especialista en derechos humanos y experta de la Comisión Europea en las áreas de Democracia y Derechos Humanos, así como de Salud y Desarrollo Social. Ha trabajado como experta en cabildeo internacional para el interés público en países de Europa Central y del Este; de la ex-Yugoslavia y las Repúblicas de la ex-Unión Soviética, con el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) e Interights-Londres. Actualmente es Jefa de Asistencia Técnica Europea del Programa de Cooperación de la Unión Europea en Guatemala denominado "Lucha contra las Exclusiones".

1. Acciones de apoyo al caso por parte de otras entidades

Muchas ONG's nacionales que se dedican al litigio estratégico buscan la colaboración de organizaciones comunitarias y grandes organizaciones internacionales, académicas y programas de derechos humanos de las universidades, clínicas legales, sindicatos y asociaciones profesionales. Esta estrategia les permite mayor alcance de actuación e impacto, les confiere credibilidad y economizar recursos. Además, pueden acceder a bases de datos de jurisprudencia especializada y a estudios de legislación comparada. En el marco de programas de cooperación se puede pedir consultoría legal: equipos de abogados o expertos extranjeros que trabajan con los litigantes nacionales para la preparación de un caso específico.

Las organizaciones comunitarias pueden asistir en la investigación de campo y organizar el apoyo de la comunidad, desarrollar campañas de educación, sensibilizar a la opinión pública, y crear redes y coaliciones. Si el asunto es laboral, por ejemplo, puede ser necesaria la colaboración con los sindicatos.

La investigación puede ser una herramienta poderosa para fundamentar la argumentación jurídica. En este sentido, los académicos y los centros de investigación son valiosos aliados del abogado litigante, gracias a la publicación de libros, informes o artículos sobre la implementación de la ley, análisis de jurisprudencia, interpretaciones doctrinales, legislación y prác-

ticas comparadas en otros países, así como por la posibilidad de organizar la participación de los que impulsan el litigio en conferencias y talleres, o presencia en los programas de radio y televisión.

En materia de justicia medioambiental, el conocimiento científico altamente especializado es necesario. Frecuentemente las organizaciones no-gubernamentales carecen de recursos suficientes para pagar estudios y costos relacionados con la presencia de expertos en el proceso. El problema se puede resolver mediante acuerdos de cooperación con expertos y/u organizaciones especializadas que ofrecen servicios gratuitos para el litigio de alto impacto.

Por otra parte, en ocasiones los jueces no conocen las normas de derecho internacional y la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos aplicables al caso. Esta falta de conocimiento puede ser decisiva para el resultado del litigio. En los países donde la formación de jueces en derechos humanos es insuficiente, las organizaciones de la sociedad civil ofrecen copias de tratados y decisiones relevantes. Hay también maneras menos obvias de sensibilizar el sistema judicial, como mediante la organización de talleres, de preferencia en cooperación con los institutos de capacitación de los tribunales de justicia.

Las organizaciones de jueces, fiscales o defensores públicos pueden jugar un papel significativo en el desarrollo del litigio estratégico: los *manuales para los jueces* –promovidos desde ámbitos judicia-

EDUCACIÓN JUDICIAL: MANUALES PARA JUECES, FISCALES Y DEFENSORES

JUSTICIA MEDIO AMBIENTAL: El litigio estratégico en el área de justicia medioambiental ha encontrado en las propias organizaciones de jueces un aliado valioso: presidentes de tribunales y otros jueces superiores de unos 100 países han solicitado, a través del Simposio Mundial de Jueces de 2002 celebrado en Johannesburgo, la publicación de información sobre el litigio medioambiental.

Como respuesta, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) elaboró el *Manual para Jueces sobre Derecho Medioambiental*, publicado en febrero de 2005 y traducido en varios idiomas. El *Manual* ofrece una guía práctica de principios medioambientales básicos y problemas que podrían surgir en la litis. Incluye información sobre leyes medioambientales internacionales y leyes comparativas sobre medio ambiente y referencias a casos relevantes.

Honduras: el Centro de Derechos de las Mujeres (CDM) elaboró un *Manual para Jueces sobre la Aplicación de la Ley Contra la Violencia Domestica*[1] en colaboración con la Comisión Interinstitucional para la Aplicación de la Ley y con financiamiento de varias embajadas de países europeos.

Reino Unido: en 2003, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, elaboró y publicó, en el marco de un programa contra la tortura financiado por el Ministerio Británico de Asuntos Exteriores, el libro "Lucha contra la Tortura, Manual para jueces y fiscales".[2]

1. http://www.derechosdelamujer.org/html/PUBLICACIONES/manual%20para%20jueces-CDM.pdf
2. http://www.essex.ac.uk/combatingtorturehandbook/spanish/combating_torture_handbook(spanish).pdf

ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS, CLÍNICAS LEGALES Y ACADÉMICOS DE TRES CONTINENTES ENVÍAN *AMICUS CURIAE* A LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN CASO SOBRE DESPENALIZACIÓN DE ABORTO.

Colombia: En Mayo de 2006 la Corte Constitucional de Colombia falló a favor de la despenalización del aborto en ciertas circunstancias. Este histórico fallo fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Aborto interpuesta ante la Corte Constitucional por el proyecto en Colombia de la organización Women's Link Worldwide y apoyado mediante *amicus curiae* por entidades y académicos del mundo entero: la Asociación para la Educación Sexual de Suecia (RFSU); Alfonso Ruiz Miguel, catedrático de filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, España; Human Rights Watch desde Nueva York; la Red de Académicos Latinoamericanos de Derecho desde Buenos Aires, Argentina, y la Clínica de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, New Haven, EE. UU., etc.

les, desde la sociedad civil o desde ambos lados– son herramientas de alto impacto porque abarcan a un gran número de jueces y uniformizan los conocimientos sobre temas específicos.

2. *Amicus curiae* (Intervención de terceros)

En países donde la legislación lo permite, el *amicus curiae,* utilizado de manera regular a nivel internacional, puede ser un instrumento poderoso de apoyo al litigio estratégico. Organizaciones internacionales como Interights, Amnistía Internacional y Human Rights Watch poseen experiencia considerable en la preparación de *amicus curiae* para todas las jurisdicciones.

En general, las organizaciones nacionales contactan a universidades, organizaciones internacionales o expertos individuales solicitando el envío de *amicus curiae* en apoyo a sus casos. Por ello, no es infrecuente que dos o más entidades signen de manera conjunta un *amicus curiae*.

Caso ***Ramzy vs Países Bajos*** (2005) – protección contra la tortura, interpuesto junto con otras siete organizaciones de derechos humanos ante la Corte Europea de Derechos Humanos.
Caso ***Nachova vs Bulgaria*** (2004) – valoración de la prueba e inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación, ante la Corte Europea de Derechos Humanos.
Caso ***Caesar vs República Trinidad y Tobago*** (2004) – si la pena corporal judicial constituye trato cruel, inhumano o degradante en el sentido del Articulo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) – ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso ***D.H. y Otros vs República Checa*** (2004) – utilización de las estadísticas como prueba de discriminación indirecta – *amicus curiae* preparado junto con Human Rights Watch para la Corte Europea de Derechos Humanos.

La decisión de utilizar *amicus curiae* pertenece al equipo de litigio y depende de la legislación aplicable (hay países donde la figura de *amicus curiae* es desconocida o su aceptación es inusual), del número de documentos que aceptaría la corte y de los términos procesales.

Esta decisión toma en cuenta la cultura legal del país, las características específicas del caso y la posición de la corte. También, juegan un papel importante el prestigio y la credibilidad de la organización, universidad o persona que firma el *amicus curiae*; el motivo percibido de su intervención; la importancia y el impacto probable de la contribución.

En los casos donde hay un gran número de *amicus curiae*, la elaboración y el envío deben ser coordinados para fortalecer los argumentos del equipo litigioso.

En los países donde es necesario identificar las contribuciones financieras en la preparación de los *amicus curiae*, los códigos procesales obligan a los autores a incluir en el mismo documento una nota sobre la información financiera.[3] Por este motivo, es necesario que las ONG's involucradas dispongan de un sistema de recaudación de fondos transparente, que les permita identificar con precisión la fuente de recursos para la preparación de *amicus curiae*.

Finalmente, hay jurisdicciones donde los Estados[4] o las agencias gubernamentales pueden enviar *amicus curiae* a la corte.[5] En estos casos el equipo litigioso analiza el efecto probable y explora la posibilidad de negociar con las autoridades relevantes posiciones de importancia para los objetivos del litigio.

Caso ***Lawrence vs Texas*** (2003) – derecho al respeto y protección de la vida privada de las parejas homosexuales – amicus firmado por Interights, Amnistía Internacional y Mary Robinson, presentado a la Corte Suprema de los EE. UU.
Caso ***MC vs Bulgaria*** (2003) – análisis de la legislación de ocho países en relación con la necesidad de probar el uso de la fuerza física/la resistencia de la víctima en casos de violación – amicus para la Corte Europea de Derechos Humanos.
Caso ***Rafael Marques vs Angola*** (2002) – sobre la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo, firmado por Interights y el Instituto para una Sociedad Abierta (NY) y presentado al Comité de Derechos Humanos de la ONU.

3. Reglas de funcionamiento de la Suprema Corte de EE. UU., Regla 37.6.
4. Rules of the European Court of Human Rights: Regla 44.2.a) permite a cualquier Estado signatario de la Convención Europea de Derechos Humanos enviar amici curiae a la Corte. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf
5. Véase por ejemplo, Regla 37.4 de la Corte Suprema de EE.UU.

Las Cortes Constitucionales de América Latina empiezan a apreciar las ventajas de recibir información adicional en casos complejos. Cada día, la aceptación de la intervención de terceros forma parte de la práctica progresista judicial del continente (véase, por ejemplo, el fallo colombiano sobre despenalización de ciertos casos de aborto).

En México, la figura de *amicus curiae* aún no es utilizada por los tribunales. Expertos encargados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante la interpretación de los resultados de la Consulta Nacional sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, recomiendan[6]:

> Acción 22. Introducir el *amicus curiae* en procesos constitucionales: Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Por ello, para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del *amicus curiae* en algunos mecanismos procesales existentes (e.g. controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e, incluso en ciertas hipótesis, el propio amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo, discutidas en la sección correspondiente de este Libro Blanco, y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación también puede lograrse en el corto plazo mediante una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta dirección. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuye a informar su decisión.

La aceptación de la figura de *amicus curiae*, a través de una decisión de la SCJN, podría constituir, *per se*, el objetivo de un buen ejercicio de litigio estratégico.

Trabajo relacionado con el caso

A menudo, aparte del trabajo legal en sí, los casos de violaciones de derechos humanos necesitan el desarrollo de actividades adicionales:

- investigación – doctrina y jurisprudencia;
- investigación social y "fact-finding" (investigación adicional sobre los hechos del caso);

6. 33 Acciones para la Reforma Judicial: http://200.38.86.53/PortalSCJN/RecJur/ReformaJudicial1/LibroBlancoReformaJudicial/33Acciones.htm.

- peritajes adicionales (para establecer hechos o apoyar argumentos técnicos);
- desarrollo de modelos de argumentación jurídica ("legal briefs") sobre los temas relevantes del caso;
- desarrollo de memoranda o modelos de memoranda sobre la legislación y jurisprudencia internacional respecto al tema en litigio, o legislación comparada;
- desarrollo de *amicus curiae*.

Recaudación de fondos

Los programas de litigio estratégico son complejos, de larga duración y relativamente caros. Muchas veces empiezan como respuesta a la aparición de un caso paradigmático de violación de derechos humanos en un contexto social o legislativo favorable, por lo que las organizaciones se ven obligadas a reaccionar de una manera *ad hoc*. En este contexto, para cubrir las necesidades del litigio se utilizan recursos humanos existentes, los abogados de la organización, y fondos de otros programas. Muy pronto –y en especial si el caso es complejo, involucrando un gran número de personas en lugares lejanos– se llega al punto donde los recursos no son suficientes, lo que sitúa a la organización en una posición difícil en relación con el cliente y puede arriesgar el interés público que se busca proteger a través del litigio estratégico.

Por esto, una planificación adecuada de recursos es esencial para el éxito de cualquier programa de litigio estratégico. Los recursos humanos y financieros deben ser, por un lado, *suficientes*, y por otro, *bien distribuidos* para cubrir todas las *necesidades del caso* (tanto las directas: investigación, honorarios, peritajes, costos de litigio, fianzas; como las necesidades de apoyo: campañas mediáticas, actividades de publicidad, creación de coaliciones, investigación adicional).

Adicionalmente a las anteriores proyecciones, es necesario tomar en cuenta:

- los fondos para el funcionamiento general de la organización (entre 5% y 10% del valor del programa);

- en algunos casos, existe la posibilidad de utilizar los mecanismos de defensa pública/gratuita para limitar gastos (en los países donde las

defensorías públicas funcionan de una manera adecuada, se puede asegurar una defensa de calidad, o hay acuerdos *pro bono* con despachos de abogados).

La duración de los casos presenta uno de los retos más importantes para la recaudación de fondos: en general, las ONG's obtienen fondos para proyectos de uno a tres años y el litigio (a nivel nacional y aun más cuando se continúa a nivel regional o internacional) puede fácilmente durar cinco años o más.[7] Las organizaciones que optan por el litigio estratégico como instrumento principal de trabajo deben acompañarlo con estrategias de recaudación de fondos a largo plazo y prever múltiples fuentes de financiación.

Acciones dirigidas a tomar en cuenta a la familia del afectado o su comunidad

El litigio de alto impacto puede exponer al cliente a intrusiones en su privacidad y su vida familiar, así como a una cobertura mediática negativa del caso y todo tipo de intimidaciones y presiones, lo cual, en situaciones extremas, puede traer como consecuencia la exclusión de la víctima del entorno familiar o comunitario.

Ciertos casos de violaciones de derechos humanos presentan una tendencia más acentuada de *difusión comunitaria*, en el sentido de que se afectan no sólo los derechos individuales de la víctima sino también los de su familia y comunidad. De vez en cuando, en el proceso de defensa de un interés público general, los litigantes se olvidan –o minimizan la importancia– de los intereses inmediatos de sus clientes y de las necesidades de sus familias y comunidades.

El compromiso del cliente de seguir con el caso es una condición *sine qua non* para el éxito del litigio. Este compromiso puede ser mantenido a través del apoyo familiar y de la comunidad, o *debilitado* a través de presiones constantes ejercitadas sobre la víctima desde su propio entorno.[8]

La Familia: Para evitar el peligro de desistimiento del cliente, el abogado necesita investigar y entender la situación familiar: la actitud de la esposa o del marido de la víctima, la existencia de niños, la opinión de los padres y de la familia en general sobre el caso, la existencia de peligros inmediatos o futuros para la familia, la posibilidad de involucrar a otros miembros

7. Al menos en el sistema europeo, en procedimientos frente a la Corte Europea de Derechos Humanos.
8. Las presiones comunitarias y familiares se añaden a los miedos individuales y a las posibles presiones de las autoridades involucradas, resultando muchas veces en la decisión de desistir.

de la familia en el caso como víctimas adicionales o testigos, la manera en la cual la publicidad sobre el caso puede afectar a la familia. Si hay razones serias para considerar que uno o más de estos elementos pueden afectar la decisión del cliente de seguir con el caso, se desarrollan estrategias específicas de respuesta, con recursos propios de la organización o con el apoyo de organismos especializados (Iglesia, asistencia social, médicos, escuelas, etc.).

La Comunidad: En los casos que transcienden los aspectos individuales y afectan a un grupo de personas (discriminación étnica, de género, por razones de situación económica, etc.), una actitud hostil de la comunidad puede poner el caso en peligro, influenciando la posición de la víctima, su confianza en el equipo que lleva a cabo el litigio, la disponibilidad de testigos y la calidad de los testimonios.

Con relación a las autoridades acusadas de violaciones de derechos humanos, hay situaciones en que las mismas intentan manipular a la comunidad de la víctima –o a una parte de la comunidad– para intimidarla o convencerla de actuar contra el caso.

VICTIMIZACIÓN
PRESIONES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES

En la última década, las organizaciones de derechos humanos de Europa Central y del Este han presentado varios casos de discriminación racial a la Corte Europea de Derechos Humanos y a los comités especializados de las Naciones Unidas. Pero en otros casos, los clientes decidieron renunciar al juicio por miedo a las represalias de las autoridades.

K.H. and Others vs Slovakia: acceso a registros hospitalarios en un caso de esterilización forzosa de mujeres gitanas en Eslovaquia del Este: varias mujeres desisten por presiones de representantes del hospital local y de autoridades municipales. Una de las víctimas, casada por el rito gitano a los trece años, quedó embarazada a los 15 y fue esterilizada sin consentimiento a los 16, en el hospital local. Después de que la víctima denunció los hechos, las autoridades policíacas locales amenazaron al marido de que sería acusado y enjuiciado por tener sexo con una menor de edad (el matrimonio tradicional gitano no tiene efectos jurídicos en Eslovaquia y no absuelve al marido de la responsabilidad penal). Por miedo a la encarcelación, el marido y su familia presionaron a la víctima hasta convencerla de abandonar el caso.

Caso: Segregación racial en las escuelas primarias en Croacia. Un grupo de 57 padres de niños gitanos sujetos de prácticas de segregación racial en la escuela, deciden participar en el programa de litigio estratégico. Unos desisten cuando las autoridades municipales les amenazan con la suspensión de la asistencia social.

Las respuestas más comunes a estos retos son:

- mantener contacto regular con el cliente, su familia y representantes de su comunidad para mantenerlos informados y entender sus preocupaciones;
- aclarar de inmediato todos los asuntos legales y económicos relacionados con el caso;
- ofrecerles asistencia técnica en el manejo de la prensa, acompañarlos en eventos con medios de comunicación, y brindar apoyo si hay acoso mediático;
- organizar eventos en la comunidad o fuera de la comunidad para demostrar que el cliente y su familia están apoyados por otras personas, y
- en casos complejos con un número significativo de víctimas y que exista probabilidad de victimización, considerar la presencia permanente de un representante de la OSC interesada.

VALORES DE LA COMUNIDAD: MATRIMONIO TRADICIONAL GITANO Y RECONOCIMIENTO DE SUS EFECTOS JURÍDICOS EN ESPAÑA

El conocimiento de los valores del grupo afectado y los acuerdos con la comunidad son esenciales cuando el objetivo del litigio es percibido como contrario a los valores tradicionales o a los intereses de la comunidad: derechos de propiedad para las mujeres, enseñanza primaria en el idioma de un grupo étnico, protección contra la violencia doméstica, trabajo infantil, etc.

El art. 16 de la Convención para Eliminación de la Discriminación contra las mujeres de Naciones Unidas requiere a los Estados parte a "tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en las materias relacionadas con el matrimonio y las relaciones familiares".

El Código Civil Español no reconoce efectos jurídicos a la boda gitana. Esta falta de reconocimiento la sufren particularmente las mujeres gitanas, que han visto denegadas por los tribunales las pensiones de viudedad demandadas, a pesar de estar casadas conforme al tradicional rito gitano. Por ello, las organizaciones dedicadas a la protección de minorías en España han iniciado un programa de litigio estratégico, solicitando el reconocimiento civil de los efectos de la boda gitana, pero se han visto atacadas por organizaciones defensoras de mujeres, quienes argumentan que las tradiciones matrimoniales gitanas (en especial el llamado "ritual de la virginidad") y la costumbre de casarse con los primos son degradantes para la mujer y entran en conflicto con la legislación en materia familiar española que prohíbe el matrimonio entre primos hermanos.

En los últimos años (2004-2006), el programa de litigio estratégico ha registrado éxitos, como el otorgamiento judicial de pensiones de viudedad a las mujeres gitanas en la Comunidad de Madrid. A nivel nacional, uno de los casos sigue pendiente en el Tribunal Constitucional Español.

Otro elemento relacionado con el conocimiento de la cultura de una comunidad y que puede incrementar el grado de complejidad del litigio, es la tensión entre los referidos valores tradicionales y costumbres de la comunidad, así como la legislación vigente o los derechos individuales defendidos por otras entidades. En estos casos, típicamente, son necesarias reuniones de clarificación y acuerdos entre la comunidad y las organizaciones involucradas.

En los programas de litigio estratégico, las víctimas de violaciones de derechos humanos son las personas más vulnerables y más expuestas al peligro. Por ello, los litigantes no sólo deben tener *interés* en proteger y apoyar a sus clientes para lograr los objetivos estratégicos de la organización, sino la *obligación* ética de protegerlos. Además, existe la obligación y el *interés* de preservar la imagen de la organización y preservar la confianza social.

IV

Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: ¿un cincel para la piedra de Sísifo?

Oportunidades y retos para el litigio estratégico en México: ¿un cincel para la piedra de Sísifo?

Guadalupe Barrena *

La metáfora de Sísifo para referirse a la labor de las organizaciones de derechos humanos resulta potente para transmitir el estoicismo del héroe, pero es al mismo tiempo profundamente perturbadora. Hace casi 30 años, Jerome Shestack, miembro de la Comisión Internacional de Juristas, la empleaba para recordarnos que la lucha misma "toma un significado simbólico, elevando la dignidad humana".[1] El absurdo del personaje puede pesar más que su heroísmo. Aunque Sísifo suba la montaña en infinitas ocasiones, ¿no sería mejor al menos erosionar la piedra que debe llevar? En este texto quisiera explorar la idea del litigio constitucional como un cincel para la piedra de Sísifo. Aunque al final el trabajo para la realización de los derechos humanos no cese, es válido echar mano de las herramientas a nuestro alcance para aligerar la jornada.

La interpretación constitucional en materia de garantías individuales es un campo poco socorrido por la judicatura y la práctica privada. Existen pocos criterios judiciales obligatorios emitidos desde la cúspide del sistema judicial en materia de derechos. El campo está abierto para que las organizaciones civiles exploten esta veta y llamen la atención de la Corte sobre las materias que merecen ser decididas ejerciendo su función de tribunal constitucional. Con limitados canales formales para conocer las disputas que se están dirimiendo en los tribunales o juzgados, la Suprema Corte depende en gran medida de los litigantes para conocer las causas sobre las que puede ejercer su facultad de atracción.

Existe entre la comunidad de defensores de derechos humanos una concepción generalizada y justificada sobre el sistema de justicia mexicano que ha alienado a muchas organizaciones del foro interno y las ha llevado a preferir casi exclusivamente el litigio internacional para defender derechos humanos. La continua referencia en reportes internacionales sobre falta de independencia del Poder Judicial estatal, la fragmentación del sistema jurídico con 32 entidades federativas, la falta de vías de acceso a la Suprema Corte de Justicia y la insensibilidad general al derecho internacional de los

* División de Estudios Jurídicos, Centro de Investigación y Docencia Económicas. Licenciada en Derecho por la UNAM, con estudios de maestría en Derechos Humanos en la Universidad de Europa Central, ha trabajado en programas de reforma de la administración de justicia, de reforma al proceso penal y reforma policial desde hace 5 años para organizaciones no gubernamentales y de la cooperación internacional en México. Actualmente es becaria de Open Society Justice Initiative para colaborar en la Clínica de Litigio de Interés Público CIDE-ODI (Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. -Oficina de Defensoria de los Derechos de la Infancia). Este artículo reúne reflexiones motivadas al observar el trabajo de mis colegas (ver en este volumen "Clínica de Litigio de Interés Público CIDE-ODI: Colaboración estratégica para litigar y transformar").

1. Schestack J., Jerome. "Sisyphus endures: the international human rights NGO" (1978-1979), 24, en New York Law School Law Review 89, p. 90.

derechos humanos, son algunos de los argumentos aducidos para preferir vías de incidencia alternas al litigio, o para enfocarse en el litigio internacional, por encima del litigio interno.

Además de la percepción sobre el funcionamiento del sistema de justicia, existen consideraciones estructurales para rechazar el litigio en el foro nacional como una herramienta eficaz de defensa de derechos. Pareciera que sólo en un sistema jurídico de *common law* –basado en el poder del precedente judicial– puede esperarse el cambio social desde la judicatura. En nuestro país, estas posibilidades están enmarcadas por el sistema de control constitucional. En su aspecto sustantivo, el efecto del control constitucional en casos donde el ciudadano busca limitar al Estado, es reducido, si consideramos que los casos de derechos constituyen una porción mínima de la acción de la Corte.[2] Como condición del litigio estratégico en México, debemos preguntarnos si existe un foro donde podamos exigir nuestros derechos con eficacia.

Por estas razones, la primera vez que mis colegas me hablaron de la posibilidad de emprender litigio estratégico para obtener respuestas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no alcancé a entender a qué se referían. En ese momento, era asistente del director de la clínica CIDE-ODI. Un año después de haber interrumpido mi relación con la clínica, supe que mis colegas habían logrado entablar un diálogo judicial con la Corte. En estas páginas describo algunas reflexiones provocadas por la observación de su trabajo. Primero, quisiera aclarar en qué sentido uso el término "litigio estratégico". Segundo, daré algunas razones respecto de la estructura del sistema de control constitucional, por las que creo que es viable emprender un programa de trabajo empleando esta técnica. Tercero, ofreceré algunas reflexiones sobre mecanismos para encontrar ventanas de oportunidad en un programa de litigio estratégico.

1. ¿Litigio "estratégico"?

De primera impresión parece que la expresión "litigio estratégico" es contradictoria. El control del litigio es responsabilidad del juez. En nuestra tradición jurídica el juez gobierna el proceso y lleva la carga de impulsarlo. La posibilidad de que sea el abogado quien controle el litigio no parece tener mucho sentido en este contexto. El abogado sólo puede ofrecer alternativas razonables para que el tribunal falle con base en el mejor argumento.

2. Magaloni, Ana Laura y Zaldívar, Arturo. "El ciudadano olvidado", en *Nexos* (28) 342 (Junio), México, p. 37.

El paso crucial para aprehender una idea de "litigio estratégico" es visualizar el campo de juego como abarcando no sólo el tribunal, sino el contexto alrededor de un caso. En efecto, el juez siempre llevará la facultad de decidir el caso particular. Pero el abogado **debe saber** que su presencia ante **ese tribunal** para representar **ese caso** con esos argumentos no es fortuita. ¿Por qué está el abogado allí? ¿Cómo llegó allí? ¿Qué expectativas tiene? A continuación veamos una breve descripción de un ejemplo clásico: la lucha contra la segregación racial en Estados Unidos.

Esta es una historia de éxito de litigio estratégico porque el abogado analizó el contexto, estableció un propósito, ideó un plan y lo ejecutó (aunque deliberadamente he omitido la narración de la menos exitosa ejecución de sentencia *Brown II*).

Quisiera introducir tres limitaciones a mi uso del término "litigio estratégico". Primero, quisiera distinguirlo de la práctica de un abogado postulante competente, capaz de obtener resultados de los foros a los cuales pretende llegar. Prefiero denominar los aspectos de competencia técnica "estrategia de litigio" y sobre estos aspectos, puedo decir muy poco. Como segunda condición, a diferencia de otros abogados postulantes, las organizaciones de derechos humanos, que detienen la invasión de derechos de la persona por parte de los poderes del Estado, practican el "derecho de interés público" (*public interest law*). Podemos caracteri-

3. Plessy v Ferguson 163 US 537 (1896) (United States Supreme Court)
4. Brown v Board of Education 357 U.S. 483 (1954) (United States Supreme Court)

PLESSY V FERGUSSON[3] CONTRA BROWN V BOARD OF EDUCATION[4]

1. SITUACIÓN INICIAL:

En 1896 la Suprema Corte de Estados Unidos afirmó la constitucionalidad de la segregación racial. La doctrina "separados pero iguales" permitía que negros y blancos tuvieran acceso a los mismos derechos en instalaciones distintas, afirmando que "si una raza es socialmente inferior a otra, la Constitución de los Estados Unidos no puede ponerlas en el mismo plano."

2. SITUACIÓN DESEADA:

Revertir el precedente de *Plessy* para que la segregación racial no esté permitida en la constitución en la enseñanza básica.

3. CONTEXTO:

La segregación escolar impone costos insalvables al erario público.

4. MECANISMO:

Las victorias sucesivas en el campo de la educación superior en los estados del sur prepararon el terreno hasta que la Corte estuvo dispuesta a abandonar el paradigma de segregación y sustituirlo por el de no discriminación. La estrategia se basó en litigar:

(1) casos de alumnos universitarios para obligar al tribunal a reconocer que aunque la Constitución lo permitiera, tener facultades de derecho separadas para blancos y negros era una política pública financieramente inviable.

(2) Habiendo logrado victorias sucesivas, Marshall llevó a la Corte la imagen de una niña negra caminando en la nieve, esperando el autobús que la llevaría a la escuela segregada. Veinte años después de haber empezado la lucha judicial, *Brown v Board of Education* (I) revirtió en 1954 los estándares constitucionales sobre igualdad racial.

Cuadro 1

zar este trabajo por (i) carecer de fines de lucro, (ii) favorecer a otros fuera de la relación abogado-cliente y (iii) adoptar técnicas alternas al litigio. Las consideraciones de este texto están pensadas para contribuir al trabajo del derecho de interés público, y no para aportar ninguna herramienta de competencia técnica al universo de abogados postulantes. En tercer lugar, se entiende también que la defensa legal es sólo *una* entre diversas estrategias para obtener el cambio social deseado.[5] La gama de técnicas de defensa legal en el contexto del interés público incluye la asistencia jurídica gratuita, la promoción del trabajo *pro bono* o el litigio estratégico. Mis comentarios van dirigidos a esta faceta de trabajo y no tienen la intención de imponer un juicio de valor entre estas diversas prácticas.

La práctica actual de una organización de defensa de derechos humanos requiere aplicar algunos matices a su labor actual para transformarla en litigio estratégico. El litigio estratégico no es un programa complejo de actividades viable para organizaciones muy desarrolladas. En realidad, es sólo una técnica de defensa legal.

El litigio estratégico es una técnica para impactar en el sistema de justicia en general, a partir de un caso concreto. La caracterización del litigio estratégico se asocia con términos como el litigio de impacto o paradigmático. Estos tres adjetivos denotan simplemente un punto de inicio, un objetivo y un plan para crear un efecto general. Como herramienta, es un arma para hacer prevalecer el estado de derecho y más específicamente, para impulsar los derechos constitucionales.[6]

1.1 ¿Por qué litigio estratégico?

No hay derecho sin acción. La defensa de normas que conceden derechos a las personas dentro del territorio mexicano resulta ociosa sin la capacidad de acudir ante los tribunales para hacer que se respeten. La noción del Poder Judicial como árbitro de los derechos humanos se traduce en el derecho a un recurso adecuado y efectivo, ampliamente reconocido e incorporado en el derecho internacional.[7]

---

5. Schestack, en 'Sisyphus endures: the international human rights NGO', *op. cit.*, p. 96, describe seis funciones básicas de las ONG's: consulta, monitoreo, educación, mediación, participación en acciones gubernamentales, catálisis de la acción gubernamental e inhibición de dicha acción.

6. Es interesante notar que el trabajo de las organizaciones que emplean el estado de derecho como paradigma pueden operar siempre que haya un mínimo de humanidad en el *statu quo*. Esto es, los órdenes jurídicos altamente desacreditados difícilmente podrían ofrecer una vía para el litigio como herramienta de cambio, y mucho menos para permitir el uso del litigio estratégico. Cfr ibid p. 107.

7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, UN GA Res 2200A (XXI), U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, en vigor desde marzo 23 de 1976, arts. 2 y 14; Convención Americana de Derechos Humanos, Conferencia Intergubernamental Especializada en Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, OASTS No. 36, 1144 UNTS 123, julio 18 de 1978, arts. 8 & 25; Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Consejo de Europa, (ETS No. 5) enmendada por el Protocolo No. 11 (ETS No. 155) en vigor desde el 1 de noviembre de 1998, septiembre 9 de 1950, art. 13; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, UN GA Res 217A (III), UN Doc A/810, 10 de diciembre de 1948, arts. 8 & 10.

En el contexto de la transición política de nuestro país, un aspecto sustantivo de la vida democrática pasa por la exigibilidad de los derechos ante los tribunales. La cúspide del sistema judicial, la Suprema Corte de Justicia, debe recuperar para la población la noción del estado de derecho como un concepto eficaz, aplicando la ley para "transformar una realidad profundamente desigual".[8] El estado de derecho implica que los límites constitucionales a la acción del Estado frente a los ciudadanos, sean impuestos por el Poder Judicial. La Corte lleva la responsabilidad de dar vida a estos derechos.

El litigio estratégico, como otros estilos de defensa legal, genera importantes beneficios: apoyar el fortalecimiento del estado de derecho, documentar la injusticia y permitir la reparación de la víctima por el mero acceso al foro judicial. Más profundamente que la defensa legal convencional, el litigio estratégico nos permite incidir en el nivel del debate nacional en torno de la protección de derechos fundamentales, influir en la percepción de la comunidad respecto de temas sobre los que imperan los prejuicios.[9] Los beneficios potenciales vienen acompañados por riesgos proporcionales: importa para el cliente y la organización la posibilidad de fracasar en el tribunal, la presión de la opinión pública y la posible dificultad de ejecutar un fallo favorable.[10]

La pregunta central para los abogados es si vale la pena siquiera intentar esta empresa. Mi intención en la siguiente sección será dar algunas razones por las que creo que aún sin un sistema de *common law*, nuestro sistema de justicia puede responder a un programa de litigio estratégico.

2. Un tribunal constitucional para la democracia

El reto de las democracias modernas es hacer prevalecer los derechos constitucionales a través de todos los actos de los poderes del Estado. La noción del estado de derecho como el estado sujeto a la ley y el ejercicio del poder público encausado según los límites de los derechos fundamentales está ampliamente difundida.[11] Además de los mecanismos electorales para democratizar el ejercicio del poder, la judicatura juega un papel fundamental en los sistemas constitucionales para contener la soberanía del Estado y de la mayoría. Los derechos constitucionales son tales en tanto puedan ser exigidos con eficacia por las personas en los tribunales del país. La pregunta de esta sección será si las instituciones de justicia constitucional en

8. Raphael, Ricardo. "Justicia de baja intensidad", *Nexos* (28) 342, México, p. 34.
9. Coomber, Andrea, Strategic litigation of women's property rights in Africa - Practical ocnsiderations (Workshop on strategic litigation for women's propoety rights, Publisher, 2005) http://www.wlce.co.za/conference_2005/Coomber.pdf August 15-8, 2005, p. 2, para un examen esquemático de los beneficios, riesgos y técnicas del litigio estratégico.
10. Ibid. p. 3.
11. Ferrajoli, Luiggi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 3ª ed., Madrid, 1998, pp. 855-860.

México permiten una entrada suficiente para impulsar cambios de amplio alcance a través del litigio de casos particulares.

2.1 ¿Cuán potente es nuestro sistema de control constitucional?

Las democracias modernas admiten mecanismos para que el Poder Judicial pueda imponer la Constitución en las situaciones en donde ha sido violada. Los estilos para abrir las vías de acceso a la justicia constitucional varían profundamente de región a región, pero el derecho comparado identifica algunos atributos clave:[12]

i. ¿Qué actos del Estado están sujetos a revisión constitucional?
ii. ¿Quién puede solicitar a los tribunales que decidan sobre la constitucionalidad de dichos actos?
iii. ¿Qué órgano del Estado conduce el proceso de control constitucional?
iv. ¿Qué consecuencias puede generar la inconstitucionalidad de los actos del Estado?

De nada serviría emprender un litigio estratégico si nos enfrentáramos a un sistema jurídico donde sólo excepcionalmente se puede reclamar la constitucionalidad de los actos del Estado; o donde nadie tiene acceso a dicha reclamación; o donde el proceso para reclamar es arbitrario; o donde no podremos obtener ninguna reparación del Estado. Considerando esto, México cuenta con suficientes herramientas de control constitucional como para emprender una actividad de litigio estratégico a gran escala por las siguientes razones:

2.2 El poder sujeto a control

Por regla general, en México las leyes, actos administrativos y decisiones judiciales están sujetos al control constitucional a través de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, y el Juicio de Amparo.[13]

En general, las acciones para promover la inconstitucionalidad de leyes varían según el interés jurídico del actor: los poderes de la federación y los poderes de las entidades federativas pueden ocurrir al tribunal a defender su esfera de competencia; una porción de los legisladores federales o de la entidad emitente, el Procurador General de la República y *Ombudsman* en

12. Ver en general, Steinberger, Helmut, "Models of constitutional adjudication", in *Science and technique of democracy*, Council of Europe, Strasbourg, 1994.
13. Ver Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, 2ª ed., México, 2001, p. 817, para un panorama de las acciones para acceder al control constitucional.

calidad de guardianes de la Constitución pueden solicitar la revisión de una ley; y los individuos cuya esfera jurídica se vea vulnerada por la mera vigencia o aplicación de una ley pueden promover un Juicio de Amparo.

2.3 Puertas de escape del control constitucional

El entramado del control constitucional no es lo bastante denso para cerrar el paso a toda vulneración a los derechos fundamentales. Primero, existen al menos dos tipos de actos no sujetos a control constitucional:

- **Omisión legislativa:** el sistema jurídico mexicano no permite acción contra la omisión legislativa.[14] El Poder Judicial no puede ordenar al Poder Legislativo que instrumente una norma constitucional, sino sólo a que lo haga correctamente;

- **Actos de particulares:** Al contrario del efecto de irradiación de la Norma Fundamental Alemana, o el recurso de queja ante el Tribunal Constitucional Español, en nuestro país no hemos desarrollado aún los mecanismos que nos permitan interpretar el sistema jurídico en su totalidad, bajo los preceptos de las garantías individuales. La protección constitucional para las relaciones entre particulares queda aún relegada en nuestra práctica.

Las limitaciones de sustancia al control constitucional se agravan con otras de proceso. Primero, respecto del control de leyes, carecemos de un recurso de **control preventivo** de constitucionalidad (Portugal, Francia, Irlanda, Canadá) que se aplique previo a la entrada en vigor de normas generales. Incluso, en algunos sistemas, las sentencias pueden someterse a revisión de constitucionalidad a petición de los tribunales ordinarios. Segundo, los tribunales de jurisdicción ordinaria no pueden enviar una **cuestión interlocutoria de constitucionalidad** al tribunal competente. Tercero, la Corte no tiene facultades de **jurisdicción consultiva**, sumamente útil en el contexto de la adopción de tratados internacionales.

Además, la Corte ha explorado sólo superficialmente los límites de su propio poder. De hecho, uno de los principios fundadores del Juicio de Amparo (acción para particulares) es que debe solicitarlo la parte agraviada. Como consecuencia, existe poca práctica de la Corte de actuar pro-activamente para definir su competencia. La Corte Suprema ha expandido paulatinamente

14. Rubro "Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional." Novena Época, Pleno, Tesis 1688, Tomo I Const PR SCJN, pág. 1165. Sólo el Estado de Veracruz prevé esta oportunidad de intervención.

su poder para recibir *amicus curiae*, pero quedan en el tintero medidas para explorar el límite del interés jurídico de los quejosos, o para otorgar medidas creativas de reparación a una violación de una norma fundamental.

2.4 Una estrecha puerta de entrada

¿Quién puede ir a la Corte? En México, como en muchas jurisdicciones, este es el dilema del interés jurídico para acceder a los procesos de control constitucional: sólo quien sea afectado por el acto del Estado puede acudir a impulsar la acción de la judicatura. Es razonable anticipar que si cualquier persona, en cualesquiera circunstancias pudiera pedir del máximo tribunal la protección para sí o para otro, éste se asfixiaría y no podría cumplir su función. Por razones de operatividad, es verdad que los sistemas de control de constitucionalidad deben prever un diseño manejable. Si la Suprema Corte pudiera quedar paralizada por un número infinito de casos, la revisión constitucional carecería de sentido. El punto de balance debe ser, sin embargo, la habilidad del tribunal para **identificar cuáles son las quejas que debe escuchar**. ¿En qué casos requiere la Corte otorgar mayor guía? Esta posibilidad es inexistente si el tribunal mantiene sus puertas cerradas mediante requisitos demasiado exigentes de interés jurídico.

A diferencia de otras jurisdicciones, nuestro sistema de control constitucional no ha encontrado el cauce para oir casos que impliquen violaciones constitucionales donde las víctimas no puedan acudir al tribunal por cualquier razón. La India ha acabado con la limitación del interés legítimo del todo, allegándose la Corte Suprema facultades para iniciar *ex oficio* juicios de constitucionalidad en materia de derechos.[15] La Constitución Sudafricana de 1996 prevé explícitamente la posibilidad de que se revise la constitucionalidad de casos donde las víctimas no pueden ocurrir al tribunal.[16]

2.5 ¿Qué recibimos a cambio del control constitucional?

Los resultados de una declaración de inconstitucionalidad varían según la acción que se promueva. De los tres tipos de juicios para el control constitucional en México, sólo uno conduce a efectos generales:

- La Acción de Inconstitucionalidad promovida por una porción de los legisladores de la entidad emitente de la ley, el Ministerio Público o el *Ombudsperson* de la jurisdicción, pueden lograr que la ley en cuestión

15. Ni Chuilleanáin, Orla. "Opening up the courts to the margunalised: the uses and usefulness of public interest litigation in India" (2003) 6 Trinity College Law Review 18

16. Constitution of the Republic of South Africa 1996, approved by the Constitutional Court in December 4, 1996; in effect on February 4, 1997, art. 38 (b), (c) & (d).

sea declarada inválida con efectos prospectivos, y sólo retroactivos en materia penal si benefician al inculpado. El efecto *erga omnes* se aplica para la normatividad secundaria emanada de la norma general declarada inconstitucional.

- Las controversias constitucionales –por disputas competenciales– carecen de efectos generales.

- El Juicio de Amparo está regido por el principio de relatividad de las sentencias, y de ellas no cabe un efecto general.

Como se puede apreciar, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es general por excepción. El acceso a esta acción está vinculado cercanamente con un ejercicio político del poder, ya que requiere el cabildeo a través de las minorías de la legislatura, o el Ejecutivo. La integración del *Ombudsperson* entre las entidades facultadas para entablar estos procesos es un avance para la legitimidad y una vía de acceso para la sociedad civil.

Otra debilidad de nuestro sistema de control constitucional es la poca diversidad de acciones que pueden seguir a la decisión del tribunal. En algunos países, es posible que el tribunal constitucional haga declaraciones interpretativas de la ley para evitar el proceso legislativo de toda la ley si la inconstitucionalidad afecta sólo una parte accidental de la misma. En nuestro país la guía del Poder Judicial ha sido más bien vaga, limitada por el principio de división de poderes para decretar la inconstitucionalidad de una ley.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia no ha interpretado como parte de sus atribuciones la de un poder amplio para restablecer los derechos de las personas después de la declaración de inconstitucionalidad de un acto del Estado. Este efecto limitado de la restitución del daño puede ser una consecuencia directa de la relatividad de las sentencias.

2.6 El poder del tribunal para cambiar la interpretación constitucional

En muchos sistemas constitucionales la orientación del Poder Judicial tiene grandes alcances, considerando que cada decisión de constitucionalidad del tribunal supremo se integra a una red de criterios cuya consideración es

obligatoria (precedentes en la tradición del *common law*). En nuestro país, la determinación de un criterio obligatorio de interpretación constitucional depende de que la Suprema Corte de Justicia decrete que el fallo de un caso constituye jurisprudencia. Para el segundo rango de tribunales federales, los tribunales colegiados de circuito, los criterios obligatorios pueden dictarse sólo cuando se ha fallado cinco veces en el mismo sentido de manera ininterrumpida.[17] La Corte aplica esta misma regla, pero tiene también la facultad de decretar un criterio obligatorio en otras circunstancias en que lo estime prudente.

Otra diferencia importante respecto del sistema de precedentes, es que en nuestro país el criterio judicial rara vez nos orienta sobre los hechos y las circunstancias del caso que generó la decisión. El criterio se compone sólo de un enunciado comprehensivo aparentemente aplicable a cualquier circunstancia, que poco nos habla de las razones para la decisión.

Un aspecto peculiar del sistema de criterios judiciales en México es la facultad de los tribunales de menor rango de apartarse de los criterios judiciales de los tribunales de mayor jerarquía. Ello ocurre sin que sea necesario aportar razonamiento alguno para desechar la opinión de otro tribunal, sino simplemente como el ejercicio de la independencia judicial.

2.7 Proceso

Quizá el aspecto que con mayor urgencia revela las deficiencias del sistema de control constitucional en nuestro país es la limitación procesal para solicitar la intervención de la Suprema Corte de Justicia. Es verdad que el tribunal puede emitir juicios de constitucionalidad cuando se resuelva la contradicción de criterios de dos tribunales colegiados de circuito, o de las salas del organismo. Sin embargo, *no existe en el país una acción para solicitar la intervención de la Suprema Corte de Justicia*. Si bien muchos sistemas admiten la respuesta discrecional del tribunal para escuchar casos de constitucionalidad, ni la legislación ni la Corte han propuesto reglas para que se abra la puerta de acceso. La costumbre consiste en notificar de manera informal al tribunal de la existencia de un caso altamente relevante que está por decidirse.

17. Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, arts. 192, 193.

2.8 ¿Es estratégico litigar en nuestro sistema de control constitucional?

Las condiciones institucionales para el litigio estratégico en México se encuentran acotadas por las limitaciones de nuestro sistema de control constitucional: carecemos de acciones contra la omisión legislativa, el Poder Judicial no tiene jurisdicción consultiva, tampoco podemos obtener la revisión de actos de particulares. Sin embargo, y a pesar de que los efectos de la revisión constitucional no tienen efectos *erga omnes*, el sistema mexicano permite la formación de precedentes con fuerza vinculante para todos los tribunales de inferior jerarquía. Esta herramienta, poco empleada en el litigio, constituye el espacio más dúctil de intervención de la judicatura para dar vida a la Constitución frente al abuso potencial de la mayoría.

La ventaja de la jurisprudencia sorbe la legislación es que el Poder Judicial fija los límites constitucionales de modo constructivo, de forma que sólo el poder especial autorizado para reformar la Constitución puede modificar esos límites. Este poder no lo tiene ninguna otra estrategia de intervención. Si bien las estrategias políticas alcanzaron a rendir estos frutos en el pasado por la especial configuración de poder en las legislaturas del país, dominadas por un solo partido, este no es ya el caso. Nuestra experiencia muestra que la revisión constitucional, a cargo del Poder Judicial Federal, es la puerta para impactar en la transformación del sistema de justicia de nuestro país.

2.9 Federalismo: división vertical del poder

Además de la desconfianza por las capacidades de nuestro sistema de control constitucional, el federalismo se refiere como un obstáculo para el litigio estratégico. Puede argumentarse que la fragmentación de los órdenes jurídicos en 33 órdenes jurídicos autónomos es un obstáculo para incidir con eficacia. Nuestra experiencia muestra que esta división vertical del poder entre la federación y las entidades, ofrece oportunidades y obstáculos.

Una de las ventajas de nuestro sistema federal es que impone un doble freno al ejercicio arbitrario del poder de la autoridad central. Ante la posible erosión de derechos desde el poder central, o incluso ante su mero silencio, las entidades son el foro ideal para dar sentido a los derechos constitucionales. En el caso de una reforma constitucional en materia concurrente de

la federación y los estados, el federalismo puede abrir oportunidades para (i) aprender de los poderes judiciales locales a la cabeza del proceso de reforma; (ii) seguir los experimentos legislativos más progresistas y más conservadores y (iii) tomar estas experiencias como insumos de los límites de prácticas sobre las que el Poder Judicial Federal debe pronunciarse.

Políticamente, la división vertical del poder entre el gobierno central y las entidades federativas, poco aportaba al diálogo nacional. Cambiar el contenido de una regla no reservada a la jurisdicción federal requería de negociaciones con un sólo actor político que dominaba el centro y la provincia. En los últimos años ha decaído la influencia del centro y la correspondiente fuerza de las entidades federativas se intensifica.

Como consecuencia del espacio de experimentación del federalismo, el riesgo y las ventajas del litigio estratégico se complementan. Por un lado, el litigio en una entidad federativa puede ofrecer la posibilidad de un logro o un descalabro en la promoción de determinados contenidos. Por otro, el hecho de que la decisión se tome dentro de una jurisdicción limitada nos permite emprender pasos más pequeños en materias de mayor riesgo.

La fragmentación del poder dificulta la intervención en los procesos políticos, pero brinda a la sociedad civil una valiosa oportunidad para el litigio estratégico. Al iniciar acciones en tribunales sujetos a la jurisdicción de dos circuitos judiciales, es posible generar una contradicción de tesis que provoque la atracción del caso a la Suprema Corte de Justicia. El laboratorio federal permite a las entidades experimentar formas diversas de aplicar la Constitución. A la sociedad civil le permite hacer competir en el foro judicial dichas interpretaciones y obligar a la Corte a decidir si la Constitución valida dicha experimentación.

3. ¿Cómo encontrar oportunidades de intervención?

Considerando un balance de las posibilidades del sistema de control constitucional, parece razonable admitir que el sistema admite entradas para incitar una transformación a través de los tribunales. El siguiente paso es considerar el grado de desarrollo de la jurisprudencia en México para la protección de derechos fundamentales. Parece justo decir que este desarrollo es incipiente.[18] Mi intención en esta sección es ofrecer algunos insumos para una deci-

18. Carbonell, Miguel. "Estudio introductorio: Derechos fundamentales y justicia constitucional" en *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*, Rolla, Giancarlo (ed), Ensayos jurídicos, IIJ-UNAM, México, 2002, p. 26.

sión informada de las oportunidades de litigio estratégico en México, con base en la jurisprudencia de la Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Este texto no puede ofrecer un catálogo de criterios urgentes para invitar a otros a emprender programas de litigio estratégico. El contenido de los criterios que necesitamos del Poder Judicial Federal para dar vida y eficacia a los derechos constitucionales debe ser propuesto por los abogados que emprendan programas de litigio estratégico. Cualesquiera que sean los límites, su mandato (temas, grupos), las organizaciones con experiencia pueden emprender un proceso de reflexión sobre la forma en que el sistema de justicia ha respondido a sus iniciativas para identificar las grandes oportunidades (los graves vacíos) en la jurisprudencia.

De la experiencia y resultados de la organización surgirán muchas ideas sobre criterios que resuelvan una situación dada. Quizá antes que esperar una respuesta determinada del Poder Judicial, la organización tiene la tarea de plantear una pregunta constitucionalmente relevante. Las posibilidades son infinitas. En el proceso de elaborar la pregunta constitucional que regirá nuestro programa de litigio estratégico, consideremos cuatro puntos que debemos tener presentes en el proceso.

CUATRO PREGUNTAS CONSTANTES

DENTRO DEL MARCO DEL MANDATO DE LA ORGANIZACIÓN:

- ¿Cuál es la situación actual?
- ¿Cuál es la situación a donde queremos llegar?
- ¿Qué factores en el ambiente pueden impactar en esta situación?
- ¿Qué ruta vamos a seguir para llegar a donde queremos?

Cuadro 2

Con estas preguntas en mente, sugeriré algunos insumos para decidir cómo integrar un programa de litigio estratégico.

3.1 ¿Cuál es el problema que queremos resolver?

Un diagnóstico *grosso modo* de la situación actual es el primer paso. La organización debe tomar postura respecto de la situación actual. Un mismo estado de cosas puede ser descrito de maneras diversas si se vive la

experiencia de campo, o si se recolecta información de diagnóstico, o si se conduce una investigación académica. El propósito de esta fase es (i) analizar la información propia; y (ii) hacernos llegar de la información que otros han producido para confirmar o reformar nuestras impresiones. Con este paso podremos saber cuál es exactamente **la causa del problema** que se manifiesta en nuestros casos singulares.

1. La primera fuente de información sobre una situación que merece ser atacada mediante un litigio estratégico es la experiencia de la organización. Por ejemplo, podemos preguntarnos: durante el último año ¿qué barreras han impedido la satisfacción de los intereses de los clientes?

2. La experiencia de las organizaciones puede verse confirmada en los reportes en materia de derechos humanos de los organismos internacionales. Los cuerpos de Naciones Unidas o de la organización Estados Americanos han producido materiales muy valiosos.

3. Otra fuente de información puede ser la investigación aplicada que exista en el campo, para complementar las intuiciones generadas por la experiencia de la organización.

Algunas personas tendemos a estancarnos en la tarea de entender un fenómeno. Pero la factura de un programa de litigio estratégico no puede consumirse analizando documentos. Es necesario tener una idea clara de la situación para poder idear una solución pertinente, sin que ello implique llegar a la "parálisis por análisis".

3.2 ¿Cuál es la situación a donde queremos llegar?

El siguiente paso es buscar un objetivo SMART.[19] He planteado como contexto para un programa de litigio estratégico en México, las posibilidades de incidencia que ofrece la estructura del Poder Judicial federal. Existen otros foros relevantes para la decisión de casos relacionados con los derechos constitucionales, pero en este volumen el foco es el litigio doméstico. Por ello, podemos pensar en plantear objetivos en términos de los resultados que podemos esperar del Poder Judicial: sentencias que establezcan criterios aislados o jurisprudenciales (obligatorios para los tribunales de menor jerarquía del emitente). Según los objetivos de la organización, un objetivo SMART debe ser **E**specífico, **M**esurable, **A**lcanzable, **R**elevante y limitado en el **T**iempo.

19. El ejercicio de desarrollar un programa de litigio estratégico puede verse como la aplicación de principios de estrategia y planeación. Como ejemplo, puede consultarse un documento sencillo en castellano: Gordon, Graham. Manual de defensoría: Acciones prácticas en Defensoría (Tearfund) http://tilz.tearfund.org/webdocs/Tilz/Roots/Spanish/Advocacy/ADVKIT2S.pdf Abril 2007.

- Un enunciado del tipo “Mejorar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas” puede muy bien ser el objetivo general de la organización, pero no es un objetivo SMART.

- Un enunciado del tipo “lograr el acceso de X a un defensor indígena en el proceso penal” puede ser el propósito de tomar la defensa de X, pero no puede ser un objetivo SMART, no obstante, nos permite enmarcar el propósito de un litigio singular, más que señalar el fin de una campaña de litigio estratégico. No se deriva del análisis que la organización hace de la situación de su mandato general, sino en la evaluación del caso de *X*.

- El objetivo puede ser: “generar durante 2008 un criterio de Tribunal Colegiado de Circuito que defina el impacto de la vulnerabilidad de los pueblos indígenas sobre la defensa adecuada que reciban en la averiguación previa”.

- Aunque este enunciado se parece a un objetivo SMART, no integra aún una de las características del litigio estratégico en el sentido en que he empleado el término. Consideremos: “Incrementar en un 5% la frecuencia con que los procesados indígenas retenidos, reciben la atención de un abogado durante la fase de averiguación previa en la Ciudad de Oaxaca mediante la aplicación de interpretación constitucional”.

- Sin duda este enunciado debe ser refinado para ser un objetivo SMART. Un objetivo adecuado para un programa de litigio oscila entre la misión de la organización y los ítems de acción para lograrlo.

3.3 ¿Qué factores en el ambiente pueden impactar en esta situación?

El ambiente alrededor de un programa de litigio estratégico incluye todas las cosas que escapan a la organización y que pueden ayudar u obstaculizar la consecución del fin propuesto. La gama de factores que pueden afectar el cambio real que buscamos obtener incluye cosas como la sucesión de jueces que revisarán nuestro caso, las reformas constitucionales o legislativas, o la resolución de otros casos que puedan endurecer un criterio aislado que buscamos derribar, por dar algunos ejemplos.

Un gran factor para ayudar a nuestro caso es la posibilidad de que el tribunal tenga discreción para aceptar nuestro punto de vista, y que el asunto pueda ser considerado relevante. En esta sección quisiera sugerir algunos trazos anchos para discriminar entre los temas donde existe más discreción judicial y que al mismo tiempo pueden generar interés, con base en la densidad de criterios judiciales existente.

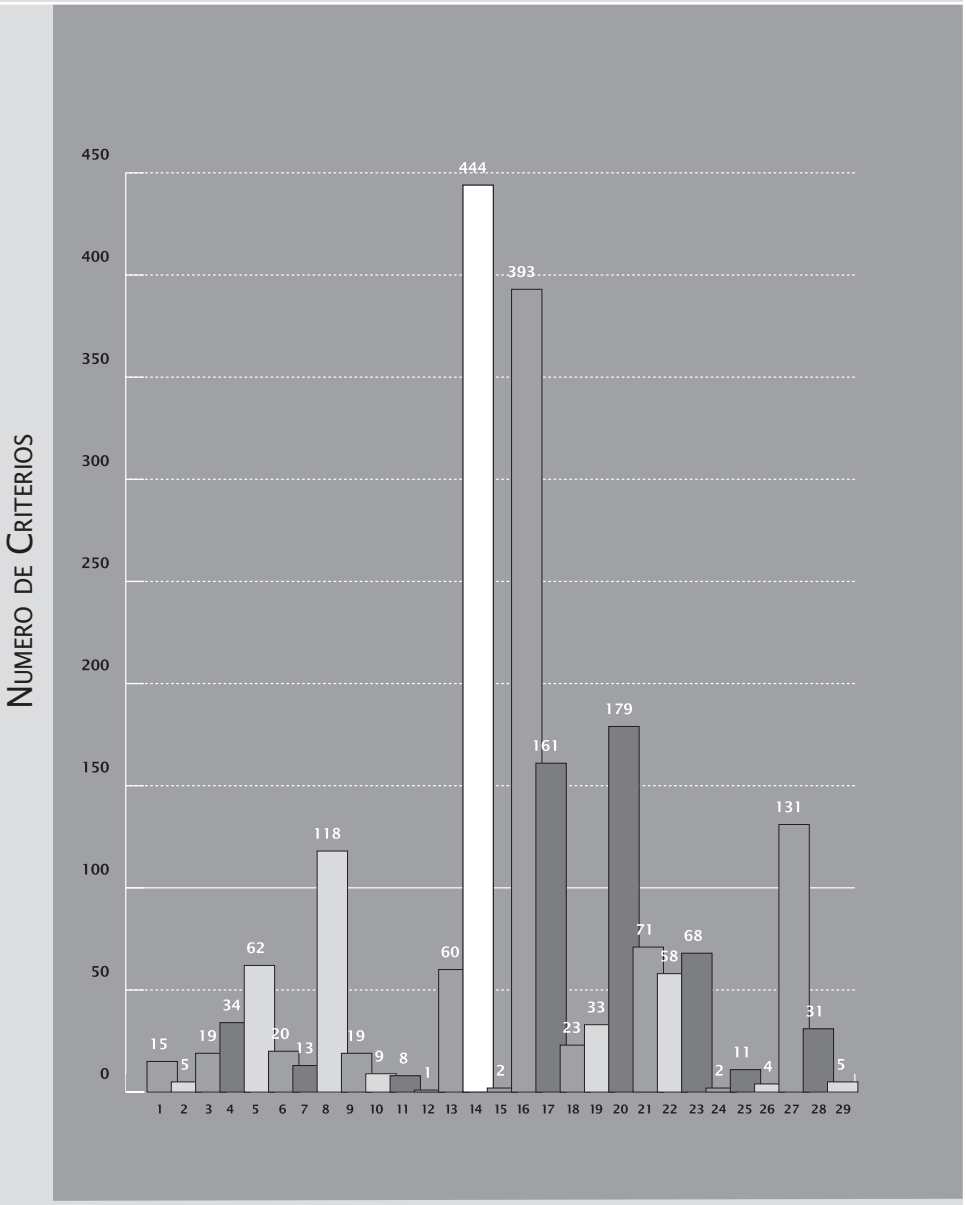
La causa de los derechos humanos siempre admite el reclamo por una respuesta gubernamental más eficaz. El *statu quo* siempre admite mejoras. Para plantear un programa de litigio estratégico, es útil considerar el contexto en donde nuestro plan se ejecutará, para evaluar sus posibilidades de éxito y para blindar la estrategia en la medida posible contra eventualidades externas. La estrategia del litigio estratégico depende siempre del juez. Quisiera incluir aquí algunas consideraciones sobre el foro y su relación con los derechos constitucionales. Quizá estas notas puedan contribuir a elegir las vetas estratégicas de los programas de litigio.

Para buscar nichos de discreción judicial emplee la Compilación "La constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación".[20] Registré la cantidad de atención que absorben los diversos artículos del catálogo de garantías constitucionales por parte de la judicatura. Sólo incluí los primeros 29 artículos. El propósito de discutir estas cifras no es evaluar la actividad del Poder Judicial sino ofrecer pautas para precisar el campo de un programa de litigio estratégico.

La gráfica muestra el número de criterios aislados o firmes de cada artículo en la Compilación consultada. La mediana de criterios judiciales por artículo desde la 5ª época de la Corte hasta 2005, es de **23**. Puede verse en la gráfica que de entre 29 artículos del primer capítulo de la Constitución, existe una gran disparidad en la atención que las garantías individuales han recibido de los tribunales (y la comunidad profesional). Mientras que algunos artículos han sido tratados en más de 400 ocasiones, algunos apenas han sido tocados.

20. La Constitución y su interpretación por le Poder Judicial de la Federación (Disco compacto), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

DISPARIDAD EN LA ATENCIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES



He puesto los 29 artículos constitucionales en cuatro categorías según la frecuencia con que han sido objeto de criterios judiciales: (i) mínima interpretación; (ii) interpretación baja-media; (iii) interpretación media; (iv) interpretación alta.

El primer criterio de decisión que quisiera proponer es que donde no hay interpretación, hay máxima discreción judicial para aceptar los argumentos que se ofrezcan y existe un máximo potencial de interés de la judicatura por hacer dichos pronunciamientos.

3.3.1 Artículos con interpretación mínima

ARTÍCULOS CON MÍNIMA INTERPRETACIÓN			
ART.	TOTAL	Jurisp.	Aislados
2	5	0	5
10	9	0	9
11	8	3	7
12	1	0	1
15	2	0	2
24	2	0	2
26	4	0	4
29	5	4	1

Tabla 1

En los artículos 2[21], 10, 12, 15 y 24 sólo se han emitido tesis aisladas hasta 2005, sin que existiera ningún criterio firme sobre su interpretación. Destacan los derechos indígenas y la libertad de culto. Estos temas son, sin duda, parte importante de la agenda de derechos humanos y han sido tratados ampliamente en la experiencia de las organizaciones civiles. Quizá en estas áreas podría promoverse un programa de litigio para llamar a la judicatura a pronunciarse sobre ellos. El caso del artículo 29 es interesante porque ha sido tratado sólo en cinco ocasiones de las cuales cuatro han sentado jurisprudencia. Una de ellas destaca en materia de seguridad ciudadana, que es sin duda uno de los temas más urgentes y presentes en la agenda de la política pública del país.[22] Destaca además el artículo 11, que ha sido tocado en ocho criterios, de los cuales tres han sentado jurisprudencia. En fecha posterior a la que abarca la compilación empleada, se empleó la libertad de tránsito declarar inconstitucional el arraigo previsto en el Código Estatal de Procedimientos Penales de Chihuahua.[23] Quizá valdría la pena explorar este aspecto.

Además de la ausencia misma de criterios, de ninguno de los artículos mencionados en este grupo se encontraron criterios jurisprudenciales de los tribunales de circuito. Quizá una buena estrategia sería apuntar a la creación de dichos criterios como un primer paso.

21. La primera jurisprudencia se emitió en mayo de 2006, Registro IUS No. 175169.
22. La Acción de Inconstitucionalidad 1/96 fue interpuesta en contra de la participación de las fuerzas armadas en asuntos de seguridad ciudadana, al aprobarse la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, Abril de 2000, p. 552, tesis P./J. 36/2000, jurisprudencia, Constitucional. Registro IUS: 192082.
23. 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; pág. 1171, Rubro IUS 176029.

3.3.2 Artículos con interpretación baja

CRITERIOS POR ARTÍCULO DE BAJA INTERPRETACIÓN			
ART	TOTAL	Jurisp.	Aislados
1	15	4	11
3	19	8	11
6	20	6	18
7	13	0	13
9	19	8	11
18	23	7	20
25	11	1	10

Tabla 2

En esta sección, encontramos los derechos en los artículos 1, 3, 6, 7, 9, 18 y 25.[24] En este grupo destaca que el derecho de libertad de prensa no había sido objeto de un criterio jurisprudencial para el año 2005. De modo similar, la libre manifestación de las ideas había estado sujeta sólo a dos criterios firmes. El artículo 18 constitucional había sido interpretado tres veces con criterio firme. El artículo 3, a pesar de tener ocho criterios firmes, ha sido tratado en su aspecto institucional, en relación con la coordinación entre la federación y los estados, y la autonomía universitaria. Hasta 2005, los aspectos sustantivos del derecho no habían sido tratados desde la 5ª época. De este grupo, el derecho tratado con más amplitud es el derecho de libre asociación, pero la atención de los criterios jurisprudenciales se ha concentrado en la asociación política.

Resulta sorprendente que los derechos de libertad de prensa, de expresión y de asociación hayan quedado relegados en el diálogo judicial. Sin duda estos podrían integrarse como componentes en actividades de litigio estratégico.

3.3.3 Artículos con interpretación media

CRITERIOS POR ARTÍCULO CON INTERPRETACIÓN MEDIA			
ART	TOTAL	Jurisp.	Aislados
4	34	9	27
5	62	29	43
13	60	11	49
19	33	11	22
22	58	24	39
23	68	11	65
28	31	14	21

Tabla 3

En esta categoría encontramos los artículos 4, 5, 13, 19, 21, 22, 23 y 28. Por primera vez encontramos los derechos relativos a la justicia penal. Los artículos 19, 22 y 23 han sido tratados en criterios firmes de un modo desigual. Mientras que el artículo 23 aparece sólo en tres criterios firmes, el artículo 19 aparece en once y el 22 en diecinueve. Sin embargo, la proporción de criterios

24. Es también interesante que sólo un criterio jurisprudencial se hubiera emitido respecto del contenido de la rectoría del desarrollo nacional (Artículo 25).

aislados frente a criterios firmes en el artículo 23 es la más alta del catálogo. Por cada criterio firme hay casi dieciséis criterios aislados. En la mayoría de los casos, la proporción no llega a tres. Ello puede significar que existe un gran potencial para introducir una estrategia de litigio que dé criterios firmes a temas como la prohibición de la doble instancia, o la noción de instancia y su relación con la presunción de inocencia. En relación con el artículo 22, puede decirse que la jurisprudencia ha estado dedicada en gran medida a los aspectos administrativos, con relativamente menor impacto en la justicia penal. El artículo 19 cuenta con once criterios firmes y veintidós criterios aislados.[25]

En esta categoría destaca el artículo 4 por ser donde más evidente es el desarrollo jurisprudencial de la 9ª época en relación con las anteriores. Se han generado diez veces más criterios, sin duda como consecuencia de los cambios en el contenido del artículo. Este texto incorpora una gran cantidad de materias innovadoras, por lo que sería valioso instar a los tribunales a que aporten más contenido en sus consecuencias específicas.

3.3.4 Artículos con interpretación alta

En esta categoría se integran los artículos más comentados en la jurisprudencia. Los artículos 8, 14, 16, 17, 20, 21 y 27 aglutinan casi el 70 por ciento de la interpretación constitucional. Sólo los artículos 14, 16, 17, y 20 abarcan el 50.7% de la jurisprudencia hasta 2005. La densidad de criterios en estas ramas requiere un análisis distinto de las anotaciones que hice arriba sobre los artículos donde hay amplias oportunidades de intervención por la carencia de criterios previos.

CRITERIOS POR ARTÍCULO CON ALTA INTERPRETACIÓN			
ART	TOTAL	Jurisp.	Aislados
8	118	45	104
14	444	114	376
16	393	141	297
17	161	41	125
20	179	41	140
21	71	18	55
27	131	26	109

Tabla 4

El reto para la interpretación constitucional de estos artículos, me parece, oscila entre lo que desearíamos que la Constitución proteja y lo que podemos razonablemente esperar sorteando los obstáculos de la jurisprudencia existente. Es verdad que este enunciado se podría aplicar a todos los derechos constitucionales.

25. Podría caber la pregunta por los procesos administrativos de puesta a disposición y certificación de plazos. Convendría intentar cerrar el paso a demoras reales en el plazo constitucional causadas por procesos administrativos deficientes.

En esta sección, la labor de la 9ª época de la Corte es esencialmente distinta de la función que puede realizar en las anteriores. En los demás casos, había emitido un mayor número de criterios que la suma de las cuatro épocas anteriores:

DISTRIBUCIÓN DE CRITERIOS POR ÉPOCAS				
Interpretación	Número de criterios	5ª-8ª Épocas	9ª Época	Factor
Mínima	36	5	31	6.2
Baja	120	30	90	3.0
Media	328	102	226	2.2
Alta	1128	464	664	1.4
TOTAL	1612	601	1011	1.7

Tabla 5

Con una densidad jurisprudencial menor, en las categorías anteriores era ostensiblemente más fácil abrir brecha para que la 9ª época pudiera renovar el criterio judicial. En estos artículos, a diferencia de los anteriores, la 9ª época tiene que dialogar intensamente con las épocas anteriores. Así, respecto de los artículos de interpretación alta, se aprecia que la 9ª época enfrenta un reto mucho mayor que en las demás categorías si busca actualizar los criterios existentes, por acumular ésta el 77% de la labor de las cuatro épocas anteriores.

Destaca, sin embargo, que la 9ª época ha discutido casi cinco veces más que las anteriores los artículos 17 y 20. En los artículos 14 y 16, sin embargo, la 9ª época compite con las anteriores, sin llegar a duplicar la cantidad de criterios emitidos por aquellas. Además, por primera vez notamos en esta categoría que la judicatura ha dejado dos artículos de lado: (i) el asunto del **derecho de petición** (aportando un cuarto de los criterios del tema) y (ii) el **artículo 27**. El artículo 23 es el tercer caso donde la 9ª época ha actuado en menos ocasiones que la suma de las cuatro anteriores.

3.4 ¿Qué plan seguiremos?

Una vez identificadas las secciones del tablero donde sería más probable acertar, podemos diseñar un plan de acción. Sugiero los siguientes componentes: (i) Plantear una pregunta constitucionalmente relevante; (ii) Elaborar un criterio alterno al dominante (o inexistente) en el sistema; (iii) En

la medida posible, explicitar el criterio alterno en el idioma del derecho interno; (iv) Diseñar una estrategia de litigio para confrontar criterio alterno con criterio existente o para llevar el caso a la instancia que pueda generar el criterio.

El propósito de este texto no es postular una agenda de criterios constitucionales específicos que deban perseguirse, sino contribuir al debate de la generación de ideas para la agenda de las organizaciones que emprendan litigio estratégico. En todo caso, algunas técnicas podrían ayudar a insertar nuevos elementos de discusión al diálogo judicial, especialmente en las materias más comentadas en la jurisprudencia.

Una fuente de inspiración para plantear argumentos nuevos es **el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Sin duda, la comunidad profesional puede hacer grandes aportaciones a la eficacia de los derechos planteados en la medida en que sean integrados al lenguaje de la judicatura. El paso crucial, sin embargo, debe ser su traducción a la textura constitucional. La resistencia generalizada de la judicatura a incorporar el lenguaje del derecho internacional puede reducirse introduciendo los elementos internacionales como refuerzo de un argumento de derecho interno.

El **derecho comparado** puede ser otra fuente de inspiración para construir argumentos novedosos en la densa red de jurisprudencia en materia criminal. Más que una respuesta del marco constitucional, los argumentos inspirados en el derecho comparado buscan plantear una pregunta de un modo innovador. Relaciones normativas entre derechos constitucionales (v. g., conflicto, jerarquía, concurrencia) y la lectura completa y comprehensiva de los principios rectores del sistema de derechos constitucionales (*mutatis mutandis*, la dignidad humana en los sistemas alemán o sudafricano), pueden impulsarse mediante el litigio estratégico para obtener conclusiones que consideren los paradigmas constitucionales de forma conjunta y no aislada.

En el programa de litigio se pueden incluir consideraciones de coyuntura, como las reformas constitucionales, que claramente abren la oportunidad de discutir el contenido de los textos reformados; o de las reformas legislativas que pueden abrir una veta de temas no comentados. Las reformas constitucionales a los artículos 1, 18 y la inminente reforma al artículo 6 podrían ser considerados en la ruta de un programa de litigio estratégico.

4. Conclusión

Con el empleo de un programa de litigio estratégico podemos elegir una entrada al Poder Judicial que impacte en las decisiones obligatorias de *otros* tribunales. Es verdad que nuestro sistema de control constitucional no es perfecto, pero ofrece buenas oportunidades de intervenir. Además, podemos ordenar nuestro trabajo para preferir las áreas donde puede haber más oportunidades para introducir criterios judiciales. Quisiera concluir volviendo con Jerome Schestack: "Para Sísifo como para las ONGs, es posible que el pináculo nunca sea alcanzado. Sin embargo, al recorrer la vereda en ascenso, los obstáculos pueden superarse; el camino puede hacerse más ligero para otros."[26]

26. "Sisyphus endures: the international human rights NGO", *op. cit.*, p.123.

V

Experiencias mexicanas en el litigio estratégico

Estragegias de defensa para pueblos indígenas

Experiencias del Equipo Oaxaca que desarrolla el Proyecto "Implementación de las Recomendaciones Derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México"*

1. Presentación

La procuración y administración de justicia en el país, y de manera particular en la entidad, ha sido uno de los mayores retos que ha enfrentado la sociedad en general, especialmente los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas. Esta circunstancia quedó reflejada en los resultados obtenidos en la primera fase del Proyecto "Implementación de las Recomendaciones Derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México", realizado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH).

El Proyecto, como seguimiento al diagnóstico inicial, trabajó en el diseño de estrategias de defensa atendiendo a la diversidad cultural, en favor de personas indígenas que se encuentran sujetos a procesos penales, y partiendo del principio constitucional que reconoce y garantiza el acceso a la jurisdicción del Estado. Estas estrategias parten de la obligación que tiene el sistema de justicia de tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, y complementariamente una serie de características específicas adecuadas del contexto étnico, cultural y lingüístico diferenciado del indígena, así como distintas garantías específicas consagradas a su favor en relación con el proceso penal. En algunos casos se propuso hacer eficaz la jurisdicción indígena, a fin de que las autoridades estatales declinen competencia a las autoridades indígenas o en su caso respeten las resoluciones emitidas por éstas.

Tomando en consideración que es la defensoría de oficio a quien corresponde hacer valer las defensas dentro del correspondiente proceso, la segunda fase del proyecto estuvo coordinada con defensores públicos federales y del fuero común, con los que se sostuvieron capacitaciones y charlas en las cuales se compartió el diseño de estrategias usando las normas que

* Los autores son, colectivamente y en orden alfabético: Erika Lili Díaz, Nahieli Gómez, Norma González, Cecile Lachenal, Eduardo Lozano, Elizabeth Márquez, Juan Carlos Martínez Martínez, Juan Carlos Morales López y Efrain Velasquez. Representa la sistematización de la experiencia de análisis y trabajo durante la segunda fase del proyecto "Implementación de las Recomendacio nes derivadas de la Situación de los Derechos Humanos en México de OACNUDH", al analizar las consecuencias teóricas-prácticas del "Diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México: Estudio de Caso en Oaxaca", que constituyó la primera fase del proyecto.

reconocen derechos indígenas, así como los medios probatorios para acreditar la diferencia cultural. Como resultado de estas charlas, los defensores públicos federales compartieron sus experiencias en fallos obtenidos, enriqueciendo con ello los argumentos de defensa con esta perspectiva. Cabe mencionar que si bien dichos fallos han absuelto a algunos indígenas, éstos no se han fundado a partir de un reconocimiento a sus derechos indígenas, si no más bien ubicándolos en un plano de error invencible.

La idea de compartir estas estrategias con la defensoría de oficio estatal, tuvo como objetivo encaminar defensas que contemplen la identidad y consecuentemente la diferencia cultural, acreditando estos extremos con las pruebas idóneas para ello. Es oportuno mencionar que si bien es cierto que no en todos los casos de indígenas trasciende el aspecto cultural en la conducta, esto no será limitante para evidenciar la pertenencia a algún pueblo indígena, ya que tal calidad cobra importancia para tomar ciertas medidas procesales que ayuden a una adecuada comprensión recíproca, puede tener implicaciones en el momento de individualizar la pena, o bien para solicitar la aplicación de penas alternativas distintas de la prisión en los casos procedentes.

Por otra parte, la coadyuvancia con los defensores del fuero común inicia a partir de la identificación de casos concretos con relevancia cultural radicados en los juzgados. Paralelamente al diálogo sostenido con el procesado para conocer la versión de los hechos que motivaron la causa, se analizó en forma conjunta los expedientes y se procedió al diseño de las estrategias. Éstas fueron implementadas por el defensor, con la coadyuvancia del Proyecto. Cabe precisar que el Proyecto dio apoyo para la obtención de los servicios periciales en materia de antropología jurídica cuando en los casos era procedente.

Como se ha apuntado anteriormente, la finalidad de este ejercicio estriba en el apoyo a los defensores y defensoras de oficio en el diseño e implementación de estrategias que reivindican los derechos específicos de personas indígenas.

En la medida en que éstos sean exigidos, motivarán a los órganos de procuración y administración de justicia a pronunciarse al respecto. Se espera también que con la implementación de estas defensas, no sólo se logre la asignación de derechos a personas concretas, si no también medios para

lograr la formulación de criterios jurisdiccionales de aplicación obligatoria directa para los juzgadores, basados en el respeto de los derechos indígenas nacional e internacionalmente reconocidos, y quizá a largo plazo en la adecuación de la legislación estatal para garantizar la implementación práctica de estos derechos.

2. Introducción

En México, los temas de la justicia indígena y el acceso de éstos a la justicia del Estado se han visto fuertemente permeados por una discusión de carácter político que con frecuencia nos ha desviado del tema propiamente jurídico. Puede ser por esta circunstancia, o bien por el desafío que este tema representa para el pensamiento jurídico tradicional, que existen pocos avances en torno a la implementación jurisdiccional de los derechos ya reconocidos en esta materia.

El objetivo de este capítulo es precisamente abonar a una discusión teórico práctica que tienda a subsanar este hueco. La tarea no es sencilla dado que no sólo implica un trabajo técnico jurídico especial, sino un replanteamiento de algunos de los supuestos jurídicos que comúnmente sustentan la práctica forense.

Con las reformas del año 2001, el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos eleva a rango constitucional los derechos indígenas, ya antes reconocidos a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo, y reitera algunos preceptos del hoy derogado artículo 4º constitucional. Los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas se especifican en el apartado A del artículo 2º constitucional.

Sin embargo, para ciertos efectos, la Constitución Política delega a los congresos locales el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas como entidades de interés público, es decir: "el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado" (UNAM, IIJ, 2001: 2113). Esto implica limitar su capacidad de ejercicio en virtud de la ausencia de personalidad jurídica para ser titular de obligaciones y para hacer valer sus derechos, es decir como *entidades de derecho público*, y no como entidades de interés público, lo que afirma, contradictoriamente, el tutelaje estatal sobre la autonomía que por otro lado se reconoce.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió en una tesis aislada que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, sí son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Política, deben hacerlo bajo el criterio de *que los derechos que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos.*[1]

Vemos así que existe un marco jurídico reconocido al que le hace falta una mayor eficacia procesal. En tal sentido, lo que aquí se ofrece no es un prontuario de machotes o propuestas rígidas de "cómo debe ser" la aplicación de los derechos particulares que se reconocen a los pueblos indígenas, sino herramientas estratégicas para ir consolidando la eficacia procesal de estos derechos. Se sugieren propuestas generales o principios que pongan en entredicho las concepciones rígidas que encuentran imposible la justiciabilidad de estos derechos. También mostramos razones y fundamentos para la creatividad del litigante y un asomo a las diversas posibilidades que ofrecen las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas que ha positivisado el Estado mexicano, si se las mira desde una perspectiva pluralista.

Uno de los primeros problemas para la realización de estos derechos en el ámbito jurisdiccional es la idea recurrente, consagrada incluso a nivel jurisprudencial, de que en el sistema judicial mexicano no hay un control difuso de la Constitución y que los jueces del fuero común no tienen facultad para interpretar la misma. Es por ello que se enfatiza en todo momento que en las estrategias propuestas no se está pidiendo una interpretación de normas sino su aplicación. Lo grave de plantear que una disposición constitucional no tiene relevancia alguna en los espacios de aplicación del derecho no es sólo la ineficacia de la norma, sino que se estaría aceptando el socorrido dicho de los movimientos sociales de que la reforma promulgada en el año 2001 en realidad no tenía ningún sentido ni contenido.

1. Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Noviembre de 2002 Tesis: 2a. CXXXIX/2002, página: 446, Materia: Constitucional Tesis aislada.

Las estrategias de litigio que aquí esbozamos responden a los principales derechos reconocidos por la legislación aplicados a situaciones jurídicas muy concretas. El capítulo cuenta con apartados referentes a tres de los principales derechos reconocidos por la ley y aplicables a los procedimientos penales:

a) el derecho a la jurisdicción indígena,
b) el derecho a que durante los procedimientos sean tomados en cuenta costumbres, especificidades culturales y derecho consuetudinario (sistemas normativos) de estos pueblos, y
c) el derecho al traductor/intérprete. En un último apartado desarrollamos los medios de prueba y elementos de convicción que pueden ser útiles para fundamentar en el litigio las aseveraciones en que se basan las estrategias del reconocimiento de la diferencia cultural y la pluralidad normativa.

En cada uno de los primeros tres apartados se desarrolla una justificación socio-cultural y jurídica del derecho a que hacemos referencia, se explica el marco jurídico y conceptual que le da contenido y alcance a estos derechos. Asimismo, se explican los principales problemas prácticos y las interpretaciones jurídicas que obstaculizan su observancia y aplicación, y a partir de éstos desarrollamos los contra argumentos y estrategias que les hagan eficaces. El principal objetivo de este texto es proponer prácticas jurisdiccionales que le den justiciabilidad a estos derechos, a partir de casos concretos, reales e hipotéticos.

En el último apartado se desarrolla una definición, métodos de elaboración y utilidad concreta de ciertos medios de prueba y elementos de convicción idóneos para ciertos casos y circunstancias. No todas las pruebas sirven en todo momento, sino que son un paquete de posibilidades que pueden ser útiles en determinados momentos y situaciones de cada caso concreto. No ofrecemos recetas rígidas o formulas mágicas, sino un abanico de posibilidades que nunca podrán sustituir la pericia, el compromiso y la creatividad del defensor. Los principales medios de prueba que de manera enunciativa, pero no limitativa, ofrecemos son la pericial cultural, la pericial jurídico-antropológica, la pericial lingüística, las documentales públicas y los testimonios. Algunos de estos medios pueden ser complementarios, otros responden a estrategias diferenciadas de defensa y pueden ser incompatibles en ciertos casos, pero todas responden a casos definidos por la presencia de situaciones en donde la diversidad cultural o jurídico-política tienen relevancia central en el caso en cuestión.

Se espera que las reflexiones teóricas y prácticas, así como las técnicas jurídicas aquí desarrolladas abran la inquietud de los litigantes y les motiven a desarrollar estrategias y argumentos que desafíen la lógica tradicional de aplicación formalista que hasta la fecha priva en los juzgados y que tiene sumido a los poderes judiciales federal y locales en profundas crisis de eficacia y credibilidad.

3. Naturaleza jurídica de la jurisdicción indígena

La reivindicación y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas[2] a partir de las reformas del artículo 2º de la Constitución en el 2001[3], reconocen la autonomía y la libertad para utilizar sus sistemas normativos propios en la regulación de conductas internas de las personas habitantes de la misma población, así como su ejercicio administrativo. La Constitución, específicamente, señala que:

> […] reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
>
> I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
>
> II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Este precepto constitucional refiere a la libertad de los pueblos indígenas para resolver los conflictos de manera interna, implicando, por tanto, un reconocimiento de **competencia jurisdiccional** que aunque no se plasme textualmente, las atribuciones y facultades derivadas de la norma constitucional son el reconocimiento de facultades de resolución de conflictos. Dicho de otra manera, son las facultades que en la teoría del derecho se denominan "jurisdicción". Ello se fortalece con lo establecido en algunos instrumentos internacionales, a citar:

> Convenio 169 de la OIT, art. 2. "la **conciencia de su identidad indígena** o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los

2. El término "pueblo" puede ser aplicado según la acepción propuesta por el profesor Alejandro Ponce Villacís en su libro *El derecho a la autodeterminación*, en el que afirma que pueblo es un grupo socialmente organizado que se ve a sí mismo como una unidad política distinta, con una cultura común, lenguaje, religión y sistema jurídico dentro de un territorio que ha sido tradicionalmente ocupado por dicho grupo. (p.338). O la definición dada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "pueblos indígenas que son aquéllos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas", "la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas".

3. En el decreto pronunciado el 14 de agosto de 2001 se reforman y derogan los artículos constitucionales: 1˚, se adicionan los párrafos segundo y tercero, éste último refiere la prohibición de la discriminación por cuestiones de origen étnico; el 2˚, se relaciona al reconocimiento de la diversidad cultural indígena, libre determinación, criterios etnolingüísticas, asentamiento físico, la autonomía para la solución de conflictos mediante su sistema normativo interno, entre otros derechos; el artículo 115 garantiza la libertad de los pueblos indígenas de coordinarse y asociarse.

que se aplican las disposiciones del presente convenio"; art. 9. "[…] deberán respetarse los **métodos** a los que los pueblos interesados recurren **tradicionalmente para la represión de los delitos** cometidos por sus miembros".
Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (en ambos) art. 1.1. "Todos los pueblos tienen el derecho de **libre determinación**. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultura".

La jurisdicción, cuyo vocablo *ius*: derecho; *dicere*: decir, "decir el derecho", se considera como el poder genérico de administrar justicia, dentro de los poderes y atribuciones que expresamente marca la ley; es entonces, la facultad de hacer justicia en los casos litigiosos; acepción estrictamente procesal del término, ya que ésta función comprende la facultad de declarar el derecho por medio de la sentencia o resolución. La competencia, a diferencia de la jurisdicción, es el modo o manera en cómo se ejerce ésta por circunstancias concretas de materia, grado y territorio; imponiéndose por tanto una competencia por necesidades de orden práctico.

Todas las autoridades que tienen el poder facultativo de administrar justicia tienen jurisdicción, pero cada una de ellas tiene competencia para determinados asuntos. En este sentido, las autoridades pertenecientes a pueblos indígenas están facultadas para realizar actos de administración de justicia, facultad derivada de la autonomía de estos pueblos, así como de su sistema normativo interno, y por tanto, tienen en consecuencia jurisdicción.

Al quedar plasmado en el artículo 2º Constitucional, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus propios sistemas normativos de regulación y solución de conflictos internos, se tiene en cuenta que será aplicable para las personas que habitan o han habitado en un territorio regido bajo un sistema normativo interno, con características propias y específicas de cada pueblo, o que se autoadscriba e identifique con dicho sistema y con su pueblo. La fijación de la territorialidad de los pueblos indígenas no siempre corresponde a la división política territorial establecida para el país.

Constitucionalmente no existe una delimitación de competencia en cuanto al grado y cuantía, teniéndose únicamente limitada con que aquélla se sujete a los principios generales de la Constitución respeto a las garantías individuales, los derechos humanos, y de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres (art. 2. A. II. constitucional).[4]

4. Cabe mencionar que en la entidad federativa Oaxaca, en el artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, se delimita la jurisdicción indígena en los siguientes términos: "las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción en los casos siguientes: b).- que la materia de las controversias verse sobre delitos que estén sancionados en el Código Penal de Oaxaca con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión…". Sin embargo, para el caso, es conveniente sustentarse en el precepto constitucional ya citado (art. 2), aplicándolo bajo el principio de supremacía constitucional, y el principio pro-persona, con el que se aplicaría la norma que más favorezca a la persona humana.

En la realidad práctica, las autoridades jurisdiccionales indígenas conocen y resuelven sobre diversos delitos, ya sean menores o sean graves.[5] Así, se tiene manifestada la coherencia entre la facultad reconocida constitucionalmente, como la libertad que de facto ejercen las autoridades jurisdiccionales indígenas. En algunas comunidades de la mixteca[6], por ejemplo, la violencia familiar la sancionan como una falta (delito) grave, a diferencia de la sanción impuesta por el Código Penal de Oaxaca, que la tiene como un delito no grave. De ahí que las resoluciones emanadas de las autoridades jurisdiccionales indígenas se sustentan en su propio sistema normativo, dejándonos claro que la cosmovisión indígena y sus especificidades culturales dictan el acervo de normas que les rigen.

Después de la reforma de 2001, se logró establecer constitucionalmente la existencia de un pluralismo jurídico, el cual se centra en la coexistencia en el mismo espacio político y la admisión en un mismo ámbito territorial, de formas de resolución de conflictos diferenciados, derivado precisamente de la diversidad cultural del país sustentada en sus pueblos indígenas.

Los procesos de validación a que hace referencia el último párrafo del artículo 2º, inciso A, fracción II, último párrafo, representan un candado para el reconocimiento de autonomía indígena dado en líneas anteriores. Aunque se encuentran expresados, no existen en la realidad práctica, como tampoco existen en alguna Ley Reglamentaria derivada de dicha norma constitucional. Al no existir, entonces no pueden darse por no válidas las resoluciones de la comunidad. La validez de las resoluciones parte de la legitimidad y el reconocimiento de las partes que se sometieron al conocimiento de una autoridad, a quienes en el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, deciden reconocer la facultad de resolver la controversia, porque su sistema normativo y cosmovisión cultural así se los dicta. Por lo que se hace innecesaria la convalidación.

3.1 Momento y formas procesales para promover Jurisdicción y competencia indígena

Es conveniente que al plantearse estrategias de defensa enfocadas a invocar la jurisdicción indígena, se debe argumentar como base principal el artículo 2º Constitucional, en el que se reconoce expresamente la autonomía para decidir sus propias reglas de convivencia, así como aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos.

5. Información sostenida en el diagnóstico del Proyecto "Implementación de las Recomendaciones Derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México".
6. Investigación realizada en la comunidad de Guadalupe Hidalgo, Santiago Tilantongo Nochixtlán, Oaxaca. Trabajo de campo del proyecto: "Fortalecimiento de los Sistemas Normativos Comunitarios como Métodos Alternativos de Acceso a la Justicia, en la Agencia Municipal de Guadalupe Hidalgo, Tilantongo Nochixtlán, Oaxaca". Luna del Sur A.C./CDI. Mayo-diciembre de 2006.

Para que en determinado momento el defensor, en un caso específico, decida si argumenta la existencia de la jurisdicción indígena como estrategia de defensa, requiere que éste sepa si el asunto debe o debió ser conocido por la autoridad jurisdiccional indígena, en razón de su competencia territorial o material; debiendo tomar como base para ello la entrevista con su defendido a que se hace referencia en la parte de medios de prueba.

Es conveniente también que el defensor revise la ubicación territorial del lugar donde se hayan realizado los actos imputados, de tal manera que pueda determinar si dicho lugar pertenece o no a un pueblo indígena. Puede ser utilizado como mero referente en algunos casos, la división política establecida por la administración pública estatal, aunque cabe hacer la aclaración que en muchas ocasiones no siempre corresponde. Por ello se debe verificar mediante un sondeo y entrevista con su representado y para profundizar se pueden consultar las bases de datos del INEGI y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. En todo caso, el dato más relevante es cómo se autodefine la gente de la comunidad y en particular el propio procesado, y el elemento de la territorialidad no siempre será determinante, como en el caso de indígenas migrantes.

El defensor tendrá también la tarea de valorar si el tipo de conducta desplegada constituye hechos que pueden enmarcarse en la jurisdicción indígena, es decir, que sean relacionados directamente con las especificidades culturales o normados por el sistema jurídico propio de la comunidad indígena, así como también conocer si el caso pudo haber sido resuelto ahí mismo porque existen autoridades jurisdiccionales con facultades para ello, y si en su caso ya fue resuelto y sancionado.

A partir de la certeza que tenga el defensor de que se trata de un hecho competencia de las autoridades indígenas, por la documentación e investigación ya realizada, puede entonces, conforme al artículo 2º Constitucional, sostener la capacidad de resolver conflictos en el interior de la comunidad como un derecho que tienen reconocido expresamente los pueblos y comunidades indígenas.

a) Averiguación Previa

En esta etapa, se puede alegar al Ministerio Público, argumentando y sustentando en los preceptos legales ya mencionados, la falta de competencia para integrar la averiguación[7], y con base en ello pedir que éste ponga a

7. Artículo 4, fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Estado de Oaxaca. En estos preceptos legales, no le son atribuibles facultades, ya que la misma ley señala los casos en los que tendrán que conocer. Al no establecerse que el Ministerio Público pueda conocer de un caso de jurisdicción indígena, entonces tiene que hacer del conocimiento de estos hechos a la autoridad jurisdiccional indígena que corresponda por razón de territorio, y en su caso, poner a su disposición a los detenidos.

conocimiento de la autoridad competente, en este caso la autoridad indígena que corresponda. Dicha argumentación puede hacerse válida en caso de que el Ministerio Público tenga detenida a la persona, lo que debe tener en consideración de acuerdo al caso específico y resolver el traslado dentro del término de 48 horas que le señala la Constitución.

Vale la pena recalcar que la diversidad de sistemas normativos comunitarios irá en razón de la diversidad cultural, con ello tenemos que según la comunidad y pueblo indígena dependerá la competencia de las autoridades indígenas. Dicho de otro modo, una vez que el defensor haya realizado la entrevista con su defendido (ver: medios de prueba) y tenga conocimiento del tipo de normatividad que rige al interior de la comunidad donde se haya perpetrado el delito, podrá determinar si la autoridad de la comunidad puede o no conocer y resolver del asunto concreto.

Una vez que el defensor tenga la certeza –con base en la documentación, investigación y entrevistas ya referidas– de que la autoridad indígena pueda conocer y resolver[8] el caso en concreto, tendrá elementos suficientes para prevenir al agente del Ministerio Público sobre la facultad de la autoridad indígena de conocer de los hechos imputados, sustentando tal pretensión en la normatividad ya referida.

b) Etapa preprocesal e instrucción

Los jueces tienen también la obligación de declararse incompetentes y declinar por inhibitoria, aunque no exista precedente jurídico planteado por la defensa, sino que vaya en función del conocimiento y aplicación de las normas jurídicas en los casos relacionados con la jurisdicción indígena.

En esta etapa conviene tener en cuenta que se está frente a una instancia judicial, es decir, un juez, perito del derecho, quien debe conocer sobre las cuestiones de competencia y ante quien se puede presentar el incidente de declinación por razones de competencia, al no poseer éste jurisdicción sobre el caso. Si un tribunal carece de competencia, debe declinar; si se niega, los interesados pueden exigir la recusación por vía incidental argumentando y probando la existencia de una autoridad indígena facultada constitucionalmente para administrar justicia.

8. Esto lo puede hacer mediante la presentación del testimonio de las propias autoridades.

Para acreditar la validez de la jurisdicción propuesta por la defensa, es viable utilizar las pruebas periciales cultural y jurídico antropológica, de tal manera que se demuestre la pertenencia de la persona a un pueblo indígena, así como la existencia y contenido del sistema normativo interno de dicho pueblo en el que quede claro que el caso sometido a la jurisdicción estatal puede ser resuelto en la comunidad. La cuestión de la conformidad con los principios generales de la Constitución, garantías individuales, derechos humanos y dignidad de las mujeres puede o no surgir en esta etapa, en cuyo caso se puede litigar con base en los hechos particulares del caso.

Al sustento legal que se ha referido en este apartado, se pueden también añadir instrumentos jurídicos internacionales y por supuesto la correspondiente jurisprudencia. Es conveniente tener en cuenta que los incidentes por competencia se tramitan por cuerda separada y es importante poner de manifiesto en el ofrecimiento y desahogo de pruebas del principal las argumentaciones, razones y derechos establecidos en el incidente, de forma tal que quede acreditada la pertenencia a un pueblo indígena de la persona sujeta a proceso. Esto favorecerá incluso en la presentación de pruebas respecto a las cuestiones de fondo.

Los jueces tienen también la obligación de declinar por inhibitoria, aunque no exista precedente jurídico planteado por la defensa, cuando de su conocimiento de los hechos queda evidente que el caso es de competencia indígena.

c) Aplicación del principio Ne bis in idem

En ocasiones los jueces tramitan casos que ya han sido resueltos por alguna autoridad jurisdiccional indígena. En estos casos consideran que lo resuelto por esas autoridades no representa una decisión “apegada a derecho”.

Las políticas públicas en materia de justicia hasta antes de la reforma de 2001, iban encaminadas a tener a los poderes judiciales del Estado y de la Federación como únicas instancias para administrar e impartir justicia. Ello ocasionó que las resoluciones emitidas por las autoridades de los pueblos no fueran consideradas como resoluciones judiciales efectivas por parte de las instancias gubernamentales mencionadas. Aunque a la fecha se tenga reconocida la autonomía y la facultad de los pueblos indígenas para resolver sobre los conflictos que se originan al interior de las comunidades, ello no ha derivado en que los actores judiciales reconozcan efectivamente ese

derecho y facultades de los pueblos indígenas. Ello ha resultado en casos en que se ha juzgado a una persona en dos ocasiones: por la autoridad de la comunidad y por un juez, vulnerando el principio constitucional establecido en el artículo 23:

> [...] Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

En casos concretos donde las autoridades judiciales de la comunidad o pueblo indígena han dictado la resolución de un conflicto, y éste por diversas circunstancias llega a conocimiento del Ministerio Público o tribunal de justicia, es imprescindible que se haga valer el principio *ne bis in idem* descrito en el artículo 23 constitucional. Para ello, los defensores deben hacer uso de medios de prueba en el sentido de identificar ante el Ministerio Público o tribunal la pertenencia del sujeto a un pueblo indígena, verificar la existencia de autoridades judiciales en el pueblo al que pertenece y acreditar que existe la resolución: es decir, que hay "cosa juzgada" con respecto al caso.

3.2 Observaciones generales

En definitiva, las autoridades indígenas tienen reconocido su derecho de libre determinación y autonomía para conocer y resolver los conflictos que se susciten al interior de su comunidad, a que las personas les reconozcan la facultad de resolver y por tanto se sujeten a su jurisdicción, derivado de su sistema normativo que les rige y su cosmovisión. Ello implica que las personas tendrán un procedimiento donde se conozcan las especificidades culturales de su comunidad y se resuelva en torno a un sistema normativo que han conocido, respetado y seguido durante toda su vida y que lo tienen presente como lo que debe o no debe ser. En este respecto, los límites establecidos en la norma para la jurisdicción indígena, se traducen exactamente en los mismos que tiene cualquier otra autoridad jurisdiccional. Además, con dicho reconocimiento expreso se reducen los altos costos para las personas indígenas que tienen que tramitar algún proceso judicial ante las instancias del Estado.

4. Garantía a que sean "tomados en cuenta el derecho consuetudinario, sistemas normativos, costumbres y especificidades culturales de los indígenas"

4.1 Fundamento jurídico

Dentro de los derechos indígenas reconocidos, se encuentra un importante grupo relativo al acceso pleno a la jurisdicción del Estado, regulado por la fracción VIII, apartado A, del artículo 2º Constitucional. De conformidad con el orden constitucional, este derecho es aplicable a todas las materias en juicios o procedimientos donde un indígena, individual o colectivamente, se involucre.[9] Este derecho puede ser ampliado por los Estados pero no puede tener mayores límites que los que la propia Constitución establece.

4.2 Definición

En el ámbito de la justicia estatal, es la prerrogativa de quienes se auto-adscriben como indígenas que sus sistemas normativos, costumbres o derecho consuetudinario sean tomados debidamente en consideración cuando les sea aplicada la legislación.[10] Lo anterior no quiere decir que se juzgue conforme a los sistemas normativos indígenas, ya que esto es jurisdicción de la propia comunidad[11], sino que cuando se aplique "la legislación nacional o estatal" en un asunto que es de competencia de los órganos del Estado, éste debe considerar las normas indígenas.

Este derecho se refiere a que propiamente en los juicios y procedimientos sea tomado en cuenta el orden jurídico o normas propias del pueblo o comunidad indígena, las que operan y rigen con el carácter y fuerza normativa sobre el sujeto de que se trata. Por ello, a diferencia de los otros derechos que forman parte de la garantía de acceso pleno a la justicia para los indígenas, que son primordialmente procesales (derecho a un intérprete y defensor bilingüe); el derecho a que se tomen en cuenta las prácticas normativas de la comunidad del sujeto es quizá el más importante, ya que esta consideración es de carácter sustantiva. Esto tiene que ver con el fondo del asunto y no sólo con un requerimiento procesal formal, ya que tiende

---

9. Este derecho parte de los artículos 8.1, 8.2 y 8.3 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En México es reconocido en algunas constituciones de los estados, como en la de Durango, artículo 2º; Hidalgo, artículo 5º; Jalisco, artículo 4º; Michoacán, artículo 3º; Chihuahua, artículo 8º; Campeche, artículo 7º; Puebla, artículo 13; San Luis Potosí, artículo 9º; Tabasco, artículo 2º, y Veracruz, artículo 5º. Así como se contempla en las siguientes disposiciones de carácter reglamentario: Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit, artículo 23; Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche, artículo 59; Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas, artículo 15. Tratándose del sistema normativo penal, este derecho está regulado por algunos preceptos que disponen en términos generales que cuando el procesado pertenezca a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta sus usos y costumbres. Las disposiciones que contemplan estos derechos son el Código Penal Federal, artículo 52; el Código Federal de Procedimientos Penales, artículos 146, 154, 220, 220 bis y 223; Código Penal del Estado de Oaxaca, artículo 58; Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, artículos 223, 242, 414 y 543; y en la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, artículo 32.

10. Informe del Diagnóstico Sobre el Acceso a la Justicia para los Indígenas en México: Estudio de caso en Oaxaca, www.hchr.org.mx/publiy.docu.htm

11. Esta facultad, como se señaló, corresponde a la autoridad que tradicionalmente es reconocida por la comunidad.

a explicar la conducta desplegada por un sujeto que actúa bajo un sistema normativo indígena diferente, y que por ello, tiene su propia concepción sobre lo obligatorio, lo permitido y lo prohibido, como cualquier norma.

Por lo anterior, es preciso que en materia penal cualquier indígena que esté sometido a un proceso penal merezca particular atención, ya que es relevante establecer bajo qué circunstancias pudo haberse determinado su comportamiento, razones que bien podrían estar comprendidas dentro de su sistema normativo, y éste, por gozar de reconocimiento, hace posible la juridicidad de la conducta, y por ende puede negar la existencia del delito con una causa de licitud. Por otra parte, se podrían acreditar causas de inculpabilidad; con consecuencias de no responsabilidad penal, o mínimamente en la atenuación de la pena al tomar en cuenta el contexto íntegro de los hechos.

Es importante establecer que el sistema de normas de una comunidad indígena obedece a necesidades jurídicas que surgen y que requieren de una medida específica. Es así como se van tejiendo una serie de soluciones eficaces. Esa forma de solución va generando en la conciencia de los sujetos una obligatoriedad y una sujeción a las mismas. Así pues, la existencia de un orden jurídico propio en miembros de comunidades indígenas en ocasiones les dificulta, o en muchos otros casos les impide asumir como propias las normas penales creadas por el legislador. Esto da origen a una antinomia entre la ley penal y las formas indígenas de organización social. Es precisamente el orden normativo interno vigente en las comunidades indígenas el reconocido en la Constitución Federal y al tener ese carácter tiñe de juridicidad la aplicación de tal sistema normativo.

4.3 La importancia de las excluyentes del delito en la concreción de este derecho

Es preciso que, específicamente en los procesos penales, al momento de pronunciarse la resolución y durante el procedimiento, sea valorado este derecho, incluso de oficio. Una figura a la que frecuentemente se recurre para alegar el factor cultural es el error de prohibición como exclusión del delito o la atenuación del reproche jurídico, según sea vencible o invencible.[12] Pero estas excluyentes no son únicas, ya que si analizamos un sistema normativo como cualquier otro, en este caso indígena; prescribe, permite, prohíbe o justifica conductas de sus individuos. De demostrarse en un juicio con los medios de prueba idóneos –como adelante veremos–, que la con-

12. El error de prohibición es la excluyente del delito quizá más usada para la defensa de indígenas; sin embargo, sostenemos aquí que el marco constitucional permite acreditar la juridicidad de la conducta; es decir, que no es contraria a derecho si obedece al sistema normativo indígena que goza de reconocimiento legal, en este sentido los sujetos indígenas estarían ejerciendo ese derecho. Además, el error trae consigo argumentos poco favorables para los derechos de estos sujetos al tratarlos de ignorantes, de equivocados de conducta, de poco instruidos, de atrasados sociales, siendo que estas ideas, además de discriminatorias, atentan contra el principio constitucional de pluriculturalidad de la nación, al pretender que los indígenas, siendo de una cultura diferente, sigan un patrón de conducta homogéneo, lo cual negaría la vigencia y fuerza normativa de su orden jurídico propio, atentando contra su reconocimiento hecho en el artículo 2º Constitucional.

ducta de un sujeto puede ser jurídica en el sistema de normas indígenas, estaremos acreditando causas de licitud como lo son ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.[13]

Es importante considerar en el plano de la argumentación que lo más delicado del enfoque cultural radica en evitar reproducir los estigmas de discriminación y denigración en el que incurrió el sistema jurídico penal aduciendo "atraso cultural" y "aislamiento social", que permanecieron por muchos años en el Código Penal Federal.

Hay dos momentos importantes en la concreción de este derecho: en la resolución del término constitucional o en el fallo definitivo; es decir, en las desciones de fondo del asunto, atacando directamente el cuerpo del delito o la probable responsabilidad en el término constitucional, o en sentencia, eliminado un elemento del tipo penal o negando la responsabilidad penal, o por lo menos como argumento en individualización de la pena; esta última cuando las circunstancias exteriores de ejecución del delito sean culturales y sirvan para atenuar la pena[14], pero cuando tenga que ver directamente con la juridicidad o no de la conducta el argumento alcanza para excluir el delito. Al plantear una estrategia de defensa de esta índole, es importante ofrecer un material probatorio que acredite la existencia de una de las excluyentes de delito objeto de prueba.

4.4 La estrategia de defensa en algunos casos

Los problemas más frecuentes sobre prácticas culturales que han estado vigentes dentro de las comunidades desde tiempos ancestrales, son, de manera enunciativa, las relacionadas con el uso tradicional de enervantes, de armas de fuego, explosivos, recursos naturales (flora o fauna), prácticas que tienen que ver con la sexualidad de las personas, atribuciones de las autoridades tradicionales que difieren de las oficialmente establecidas, formas de represión de conductas antisociales y concepciones de propiedad y posesión, entre otras.

Para mejor concreción de una defensa de esta índole vale citar algunos ejemplos de casos verificables en la realidad, como a continuación se ofrece:

---

13. El cumplimiento de un deber porque los sistemas normativos indígenas, como ya se dijo, prescriben obligaciones que los miembros de la comunidad deben observar, de lo contrario podrían ser sancionados.
14. A manera de ilustración consultar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Nación, de la Novena época, contenida en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Junio de 2005, página 698, Tesis: XX.2o. J/7, de rubro INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).

Caso 1

En una comunidad indígena del Estado de Oaxaca, por medio de asamblea de ciudadanos nombran a distintas autoridades, entre ellas a *topiles*[15] o policías, y para el cumplimiento de su cargo les designan armas de fuego (escopeta o rifle), que les servirán para hacer rondines de seguridad, vigilar los caminos, el ganado de los pobladores y los límites territoriales de la comunidad. Estos *topiles*, al ejercer sus funciones como tradicionalmente lo exige su *sistema de cargos*[16], son detenidos por la policía preventiva del Estado y presentados ante el agente del Ministerio Público; éste determina el ejercicio de la acción penal, decreta la retención y consigna el caso poniendo a los *topiles* a disposición del juez competente.

En este caso, el factor de diferencia cultural se encuentra presente y es necesario destacarlo y allegarlo al expediente mediante medios probatorios, que en este caso podrían ser:

- La documental pública del nombramiento como *topiles* mediante un sistema de elección reconocida como "usos y costumbres"; para el caso contar con un acta de asamblea que acredite el nombramiento; o por testimoniales que acrediten que fueron nombrados con ese carácter en esa comunidad.

- Testimoniales que expliquen las funciones que desempeña un *topil* en la comunidad.

- Un dictamen jurídico-antropológico que acredite que efectivamente es una comunidad indígena; que existe un sistema normativo dentro del cual actuaron y un "sistema de cargos" que contemplan y regulan la figura del *topil*, con cierto perfil, con funciones que les son obligatorias y la sanción que conlleva incumplir este cargo, entre otros datos relevantes.

- Informe de la autoridad del lugar que revele la naturaleza jurídica de la figura del *topil* y sus funciones en observancia al sistema normativo de la comunidad. Para ello, se podrá ofrecer un cuestionario a contestar; y

- Todos los medios de prueba para acreditar que se trata de un caso donde el juzgador deberá considerar el sistema normativo de la comunidad, ya que explica la conducta desplegada por los sujetos.

15. La figura de Topil, es en algunas comunidades indígenas uno de los primeros cargos con el que se inicia el sistema de servicio de cargos, la importancia de éste y sus atribuciones se prueba en el proceso con un dictamen jurídico-antropológico.
16. El sistema de cargos es una de las instituciones propias de las comunidades indígenas para la prestación de servicios públicos, como se puede acreditar por medio de una pericial jurídico-antropológica.

Se trata de alegar a favor de los acusados que se encuentra plenamente acreditada una causa de licitud de la conducta de los sujetos, ya que al ser detenidos en flagrancia ejerciendo funciones propias de su cargo, con instrumentos[17] con los que se ejercen, fundados en su sistema normativo interno y de su "sistema de cargos", estaban actuando en cumplimiento de un deber, que de no acatarlo les ocasionaría sanciones por incumplimiento en la comunidad.

Al acreditar esta causa de licitud específica, destruimos la probable responsabilidad de los sujetos y podrán obtener su libertad por falta de elementos para procesar.

Caso 2

Ante el síndico de la comunidad, quien es el que resuelve los conflictos internos, acudió doña Margarita, quejándose ante dicha autoridad de que un burro, que presentaba en el acto, propiedad de don Macario, se había soltado y le ocasionó importantes daños a su cosecha de maíz. La autoridad, de inmediato, mandó a comparecer a don Macario, quien admitió que el burro era suyo. La autoridad ordenó que acudieran todos a verificar el daño al sembradío y una vez confirmado, escuchó a las partes y resolvió que el señor Macario le pagara con tres maquilas[18] de maíz a doña Margarita. Don Macario solicitó un tiempo para cubrir este pago, ya que el maíz estaba escaso en esa región. Doña Margarita, entonces, pidió que se respetara su derecho de tener al animal hasta en tanto se le cubriera su pago, ya que esa es la forma en la que se procede en estos casos para asegurar el cumplimiento, por lo que la autoridad resolutora le reconoció y respaldó su derecho.

Así trascurrió el plazo y don Macario no cubrió la deuda que había contraído como sanción y necesitaba a su burro para trabajos del campo, por lo que un sobrino suyo, estudiante de la carrera de Derecho, lo asesoró para que acudiera a denunciar a doña Margarita y al síndico del pueblo. Fue así que se inició averiguación previa en contra de estos sujetos por los delitos de abigeato y abuso de autoridad, por lo que fueron consignados y procesados.

Dentro del sistema normativo de la comunidad, la resolución que emitió el síndico fue legítima, debido a que él es el encargado de administrar justicia y así procedió. Además, su resolución está apegada a la forma de resolución que se aplica en esos casos. Por otra parte, doña Margarita también

17. Se refiere a las armas de fuego como instrumentos para ejercer las funciones de vigilancia.
18. Medida que se usa para el maíz y otros granos.

es asistida de razón al ejercer el derecho de retención reconocido en la comunidad. ¿Cómo hacemos que se tome en cuenta el sistema normativo de la comunidad a favor de los procesados?

Como ya se expresó, se pretende que este derecho se haga efectivo al resolver el fondo del asunto, de otro modo no tendría objeto. Nuevamente los medios probatorios idóneos son la forma de acreditar la manera en la que opera el sistema normativo o derecho consuetudinario para que beneficie a los procesados.

Se pueden ofrecer:

- Documentales públicas, si es que obran en los archivos de la Sindicatura de casos que se hayan resuelto siguiendo los mismos patrones; si no están documentadas las resoluciones, ofrecer testimoniales (es importante acreditar con esta prueba el derecho de retención).

- Documental pública consistente en el nombramiento del síndico, o testimoniales que acrediten su nombramiento, aunado a especificar sus funciones en la comunidad.

- Documental pública o testimoniales que acrediten la existencia de una resolución del conflicto mediante un procedimiento regido por normas propias de la comunidad.

- Dictamen jurídico-antropológico que muestre la existencia de un sistema normativo, la forma de administrar justicia y la existencia de derechos en el procedimiento tales como la retención.

En este caso, se trata de lograr una sentencia absolutoria, alegando para el caso del delito de abigeato la falta de uno de los elementos del tipo penal, que destruyen la concreción del delito, consistente en que existe un derecho de retención en la comunidad y que por tanto no hay delito. Para el caso del delito de abuso de autoridad, acreditar que el síndico actuó administrando justicia en base a las normas de la comunidad y que estaba obligado a cumplimiento de ese deber. Con ello, se alegará esa causa de licitud que destruye la responsabilidad penal del procesado, ya que sancionó el caso sometido a su conocimiento y reconoció el derecho de retención que asistió a su co-procesada.

4.5 Medios de impugnación

Para el caso de obtener una resolución desfavorable, ya sea en el término constitucional o en la sentencia, se puede impugnar esta resolución, alegando desde luego si se trata de apelación por violaciones a preceptos que establece el derecho a la toma en cuenta en el proceso de los "usos y costumbres" que como miembro de una comunidad indígena tiene el procesado. Este argumento se robustece con el mandamiento constitucional contenido en el artículo 2º apartado A, fracción VII, mismo que en la vía de amparo se alegaría como precepto violado.

Es importante recordar que aunque este derecho no esté regulado en el Código Penal aplicable, por supremacía este derecho es una garantía constitucional y su incumplimiento puede demandarse ante los tribunales de control constitucional que tienen la función de proteger al individuo en sus garantías fundamentales y a la propia Constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos, ya sea por normas generales contrarias a dichos preceptos o por actos de autoridad que vulneren el contenido o los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Esta estrategia de defensa se puede implementar paralelamente alegando otras excluyentes del delito u otros medios de defensa, ya que de acuerdo a la circunstancia del caso, esta línea puede ser la principal o la subsidiaria de la principal. Por ello, las ideas vertidas en este apartado dependen en gran medida de la pericia en la estrategia planeada por el defensor.

5. Derecho a la traducción e interpretación cultural

5.1 Fundamentación jurídica

En el ámbito internacional se encuentran reconocidos derechos a favor de los pueblos indígenas que establecen de manera imperativa que deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles para ello intérpretes u otros medios eficaces.[19] Asimismo, durante el proceso toda persona acusada de un delito, y en particular los indígenas, tienen derecho, en plena igualdad y como garantía mínima, de ser asistidos gratuitamente por el traductor o intérprete.[20]

19. Articulo 12 del Convenio 169 de la OIT
20. Articulo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; Articulo 14.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la legislación internacional este derecho se ha establecido como prerrogativa mínima para los indígenas y en la legislación nacional aún es más amplia, pues no pone restricciones para la asistencia del intérprete, y además promueve la asistencia de defensores con conocimiento de la lengua y cultura indígena, siendo[21] derecho de todo mexicano comunicarse en la lengua de la que sea hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral o escrita en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas y cualesquiera otras.[22]

A pesar de estas múltiples disposiciones, en México no se han podido hacer efectivos estos derechos. No hay razón que impida la obligación que tiene el Estado mexicano de modificar su legislación e instituciones de justicia para crear instancias que fiscalicen y hagan efectivos estos derechos a favor de la diversidad cultural. En este sentido, se han reformado los Códigos de Procedimientos Penales en el país, haciendo de la figura del traductor o intérprete un elemento que hace posible el acceso de los miembros de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado, y que se tomen en cuenta sus "usos y costumbres" en los diversos actos de que consta el proceso penal.

Por otra parte, "habida cuenta, el someter a proceso penal a quien no entiende la acusación y las actuaciones equivale tanto como a no ser oído y vencido en juicio, es decir una violación a la garantía de audiencia".[23]

Se ha establecido también, dentro de las reglas especiales para la práctica de diligencia y levantamiento de actas de averiguación previa, una regla de seguridad jurídica procesal, que corresponde a las garantías individuales de defensa y de audiencia y que tutela tanto a extranjeros como a indígenas que **no entiendan correctamente** el castellano.[24] Es importante señalar que en atención a la garantía constitucional y su preeminencia sobre la Ley Reglamentaria, el derecho a traductor o intérprete no puede estar condicionado al bajo nivel de castellanización del procesado, sino que, como se ha señalado, el indígena tiene el pleno derecho a hablar en su propio idioma en los espacios públicos, y en este caso, en el ámbito procesal.

5.2 Perfil de traducción adecuada

Con base al alcance y propósito del derecho a traductor e intérprete, se sugiere que una adecuada interpretación parta de un perfil que debe poseer el intérprete para permitir la confianza y profesionalismo de su desempeño:

21. Articulo 2, apartado A, fracción VIII, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
22. Artículo 9, de la Ley General de Derechos Lingüísticos.
23. Díaz de León, Marcos Antonio, Código de Procedimientos Penales comentado, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 2003, pág. 66.
24. Le hará saber sus derechos desde el momento de su detención o bien si se presentare voluntariamente a declarar. Artículo 124 bis del Código Federal del Procedimientos Penales.

- Pleno dominio de ambas lenguas (español, lengua indígena).

- Una actitud positiva y afectiva frente a su lengua materna que le brinden orgullo y seguridad al hablarla y al momento de traducirla.

- Un profundo conocimiento de los saberes y creencias que se condensan en su lengua.

- Un dominio de la variedad lingüística del inculpado, así como de las tradiciones culturales y costumbres jurídicas de la comunidad de origen.

- Un conocimiento básico de los términos jurídicos, de la estrategia discursiva de este ámbito y de los rituales que rigen la interacción socio comunicativa del mismo.

En suma, el traductor debe ser poseedor de una conciencia lingüística profesional, de una capacidad de reflexión metalingüística y de una competencia lingüística, comunicativa y cultural para interactuar correctamente en el ámbito jurídico".[25]

Dadas las características inquisitoriales del sistema penal, la participación del traductor se ha entendido por los administradores de justicia como un medio para facilitar la confesión del imputado, o como herramientas meramente formales, ya que lo único que hacen es legitimar los procesos sin que se logre la plena comprensión entre ambas visiones y perspectivas culturales, pasando por los conocimientos improvisados y escasos en la comunicación del significado jurídico-práctico de los procedimientos, por un lado, y de la expresión del indígena, por otro.

5.3 Estrategias para hacer valer este derecho a impugnar traducciones inadecuadas

Dada la importancia de hacer efectivos los derechos referidos como son la jurisdicción indígena, derecho a la traducción/interpretación cultural, derecho a que sean tomadas en cuenta sus costumbres, especificidades culturales y derecho consuetudinario (sistemas normativos), en un Estado pluricultural toda actuación que se hiciere sin la asistencia del traductor y que por faltar a esta formalidad se causare algún perjuicio a alguna de las partes, será nula.[26] Corresponde al defensor exigir que se respete este

25. Socio lingüista, maestra Maria Teresa Pardo Brügmann en entrevista con los autores, 28 de septiembre, 2006.
26. Art. 27- bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

derecho. Sin embargo, debe ser un acto de iniciativa y obligatoriedad por parte de los juzgadores instrumentar y movilizar el aparato institucional para hacerlo cumplir. Recordemos que el precepto constitucional que impone la obligación de nombrar traductor es una garantía constitucional[27], por lo que no es un precepto sujeto a la discrecionalidad de la autoridad, y su incumplimiento constituye una abierta violación a dicha garantía.

En ese plano, el peritaje lingüístico[28] significa la tarea de determinar cuáles son las posibilidades de alguien para acceder al sentido de la ley, en proceso judicial y la procuración de justicia, y con ello demostrar cuándo su derecho lingüístico ha sido violado. El objetivo comprende, entre otras, la nulidad de las actuaciones, y en especial cuando el no cumplimiento de este derecho significa una vulneración del derecho a la defensa.[29] A manera de ejemplo de este tipo de vulneración y su expresión en hechos, se ofrece el siguiente.

Caso hipotético:

En una comunidad de Tlacolula, Oaxaca, se celebra la fiesta patronal el 12 de octubre. Anualmente se nombra al mayordomo que tiene como parte de sus obligaciones realizar dicha festividad en coordinación con el Presidente del Comité Encargado Único del Templo. Esta celebración es fundamental para reproducir la vida social y cultural de esta comunidad. Para el mayordomo es obligatorio cumplir con dicha función y es prerrequisito para ascender en el sistema de cargos del pueblo, por lo que cumplir con esta encomienda es también fundamental para la organización política de esta comunidad indígena, perteneciente al pueblo zapoteco.

Por ser un cargo que le da prestigio y honorabilidad a la persona que lo desempeña, en muchas ocasiones habitantes de la comunidad piden ser nombrados. Asimismo, existe la convicción de que realizar una gran fiesta aumenta el prestigio personal de quien la realiza e implica un buen augurio para el desarrollo de la vida comunitaria en el siguiente ciclo, y una especial protección del Santo Patrono para la gente de la comunidad. Es por ello que en la cultura local es fundamental realizar la quema de juegos pirotécnicos, comida, consumo de bebidas regionales, actividades religiosas, etc. Cada uno de estos elementos de la festividad tiene un simbolismo específico que representa bienestar, alegría, armonía, abundancia de bienes para las fami-

27. Art. 2º, apartado "A", fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
28. Art. 220 y 220 bis.
29. Art. 160, fracciones V, VIII y XVII de la Ley de Amparo.

lias y la derrota del bien frente al mal. Este último es, en particular, el significado específico de los cohetes en la fiesta.

El mayordomo, como parte de los preparativos de esta festividad, acudió a la ciudad de Oaxaca para comprar una gran cantidad de cohetes, cohetones y demás artículos pirotécnicos. A su regreso, en el trayecto hacia su pueblo, el camión en el que viajaba fue detenido en un puesto de revisión de la Agencia Federal de Investigación, por lo que al encontrar gran cantidad de este material explosivo y ostentarse como propietario del mismo, fue detenido y puesto a disposición del Ministerio Público, lo que dio origen a una averiguación previa por un delito federal en contravención de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (artículo 86, fracción II, en relación al 41, fracción IV, inciso e). El mayordomo habla el idioma indígena zapoteca y tiene un deficiente dominio del español.

El agente del Ministerio Público federal, en el acto de la declaración, se percata del problema lingüístico y solicita sea asistido por un traductor. Se localiza a un policía hablante de zapoteco, originario de otra comunidad. El policía entendió relativamente bien el zapoteco del mayordomo, e hizo una traducción literal de lo que expresó el indiciado, por lo que se cumplió con la formalidad de la interpretación. Sin embargo, existen elementos para suponer que no existió una comunicación plena a pesar de la utilización del intérprete:

Primero, al preguntársele por los motivos de llevar consigo gran cantidad de cohetes y cohetones, el mayordomo respondió al traductor que era para hacer una gran *fiesta* en su pueblo. Para él había una expresión tácita de la dimensión social, ritual y cultural del concepto *fiesta* desde su perspectiva, asumiendo que el traductor la compartía. El traductor se limita en transmitir la aceptación del mayordomo de que eran de su propiedad y los quería para organizar una *fiesta en grande*, sin aportar los elementos del contexto cultural que permitieran entender el sentido de lo que el mayordomo quería expresar al referir el concepto *fiesta grande*.

Al omitir explicar al agente del Ministerio Público federal el significado de esta fiesta, y la importancia y obligatoriedad del uso de este material pirotécnico por el cargo que él desempeña, además de las implicaciones que tiene el faltar a una costumbre de su comunidad, no se lleva a cabo con eficacia con la finalidad de la traducción. Con ello, se viola su derecho a que se tomen en cuenta sus especificidades culturales, ya que en la lengua

zapoteca al hacer la traducción del término *fiesta –lanii–*, sin explicar el entorno que rodea esta fiesta, lleva a entender que es una fiesta particular y conduce a que se determinan reunidos los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del mayordomo, y se consigna.

En la estrategia de defensa es importante considerar los siguientes aspectos:

- Inicialmente enfatizar la importancia que reviste el derecho que tiene el indiciado de poder comunicarse con oportunidad con su defensor, lo que se traduce en una asistencia adecuada, previo a rendir su declaración ministerial. En este caso el defensor hubiera podido prevenir este malentendido.

- En la etapa de averiguación previa y al momento de la declaración ministerial, si el defendido se auto-adscribe a un pueblo indígena, se debe vigilar que los datos generales sean asentados correctamente, pues esto permitirá que en lo sucesivo se puedan invocar los derechos indígenas que por ley le corresponden.

- Si el indiciado es hablante de un idioma indígena, exigir se respete su derecho lingüístico de ser asistido por un intérprete en el caso de así estimarlo el indiciado, y no permitir que la determinación sobre la participación del intérprete quede sujeta al arbitrio del juzgador o al grado de comprensión del castellano.

- En la etapa preprocesal, al momento de la declaración preparatoria, al igual que en la averiguación previa, verificar que sean asentados los datos generales que permitan en lo sucesivo invocar derechos indígenas, así como exigir que la declaración sea a través de un intérprete que domine a plenitud el idioma del procesado.

- Durante el proceso aportar las pruebas que ordinariamente son ofrecidas para desvirtuar los señalamientos contra el procesado, ofrecer aquellas encaminadas a acreditar la diferencia cultural cuando el caso lo amerite, y en especial, presentar el peritaje lingüístico que le permita a la defensa demostrar que los derechos lingüísticos le fueron violados en aquellos casos en los que el procesado sea hablante de alguna lengua indígena y no le hubieren nombrado intérprete, ya que se le niega en este caso el acceso a la justicia en plano de igualdad con la acusación.

- En cualquier momento de las etapas del procedimiento, la violación a los derechos lingüísticos puede invocarse por la vía de la apelación o del amparo indirecto por ser violaciones procesales en donde procede la nulidad de las actuaciones, y por consiguiente, la reposición del procedimiento.[30] Si bien invocar estas violaciones procesales no ponen fin al procedimiento, ni tampoco se logra la absolución del procesado, se logra que durante el proceso se haga efectiva la garantía de igualdad jurídica dada la diferencia cultural y lingüística del procesado indígena.

- Para el caso de que se haya dictado una sentencia que aún no ha causado ejecutoria procede el amparo directo, ya que la violación se cometió durante el procedimiento afectando a la adecuada defensa del sentenciado y estas violaciones trascendieron al resultado del fallo. Por lo tanto, el tribunal colegiado debería pronunciarse en una sentencia absolutoria, máxime que estas violaciones repercutieron en el fondo del asunto.[31]

- Cabe mencionar que no en todos los casos en los que intervenga un indígena el hecho imputado tenga una explicación que revista un aspecto cultural. Sin embargo, se está frente a un individuo culturalmente diverso, y ese aspecto, aunado a las pruebas idóneas, podrían incidir positivamente en su defensa, por lo que la defensa no debe dejar de evidenciar su adscripción a un pueblo indígena, ya que esto será indispensable al momento de individualizar la pena correspondiente, así como en el último de los casos solicitar que como integrante de un pueblo indígena la sanción que le llegare a imponer el juez sea distinta de la prisión en los casos procedentes.[32]

Con estas estrategias se busca guiar a los abogados en su trabajo de defensa, y a la vez la transformación de los tribunales y revertir las prácticas reiteradas que coartan los derechos de los hablantes de lenguas indígenas de ser asistidos por peritos intérpretes, ya que indebidamente se ha dejado a criterio del juzgador o bien del funcionario que lleva la audiencia determinar si el indiciado o procesado habla y entiende el idioma castellano. En este sentido, será importante argumentar que éste es un derecho consagrado a favor del indiciado o procesado y no una facultad discrecional del juzgador como lo establece el orden jurídico mexicano.[33]

---

30. Ver artículo 363 del Código Federal de Procedimientos Penales y los correspondientes a la apelación en el fuero común; y art.114, fracción II, de la Ley de Amparo.
31. Ver artículo 160 de la Ley de Amparo, fracciones I, II, VII, VIII y IX.
32. Ver artículos 9 y 10 del convenio 169 de la OIT, art. 24 de Código Penal Federal y los correlativos a las penas alternativas en el fuero común.
33. Ver artículo 2º constitucional, apartado A, fracción VIII; art. 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos, artículo 16, quinto párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, etc. Ver también anexos sobre tesis y jurisprudencia en materia de traducción.

6. Medios de prueba

El reto de la diversidad cultural en una estrategia de defensa jurídica, radica en la distancia que puede haber entre la "verdad legal", es decir la que se plasma en el expediente, y la "verdad real", es decir, la que constituyen los hechos y valoraciones que acontecen en una comunidad indígena (Gómez 1995:185). Por ello, es evidente la necesidad de establecer nuevos enfoques al momento de diseñar defensas, instigando a los actores del sistema judicial a tener una visión más amplia y plural en el ámbito de la justicia. Como bien se aprecia en la Constitución mexicana en su artículo 2º, la diversidad cultural conlleva diversidad en los sistemas normativos. Por ello, es necesario hacerlos coexistir armoniosamente en la práctica. A partir del ordenamiento constitucional ya señalado, dichos actores deben tomar en cuenta los mecanismos y sistemas de justicia que operan en el interior de los diferentes pueblos indígenas que habitan en el territorio mexicano.

En esta lógica, se describen las siguientes pruebas de manera enunciativa y no limitativa, para que el defensor las utilice de acuerdo al caso concreto. Cabe señalar que se realiza la descripción de cada una de ellas bajo la óptica de defensa de casos en los que se encuentra procesada una persona por la ejecución de conductas relacionadas, o con las especificidades culturales propias del pueblo indígena al cual se auto adscribe, o con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece. Es importante insistir que con ello no se defiende la impunidad de los indígenas sino la concreción de una legalidad hasta ahora negada: es decir el reconocimiento de sistemas normativos vigentes alternos.

Dichas pruebas son testimoniales, documentales públicas y periciales. Las periciales se dividen en tres: pericial cultural, pericial jurídico-antropológico y pericial lingüística.

6.1 Testimoniales

Los testimonios ofrecen la oportunidad de describir con precisión aspectos culturales o normativos que rigen las conductas de las personas pertenecientes a la comunidad. Asimismo, por medio de los interrogatorios en el momento de desahogo de esta prueba, el defensor puede ampliar sobre los aspectos que hagan demostrable que la conducta desplegada por la persona defendida se considera o se contempla como lícita (prohibida, permitida u

obligatoria), bajo la lógica de la misma comunidad y por el sistema normativo interno que la rige. En este sentido, es de suma importancia poder visitar la comunidad del defendido en donde se desarrollaron los hechos, para que el defensor pueda concebir y entender la lógica de la cultura a la que pertenece su defendido, y de esa manera conducir adecuadamente la defensa.

a) El valor de la prueba testimonial

La presentación de testigos a favor del defendido en cualquier etapa del proceso penal, se fundamenta en la Constitución federal: "se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso" [34] Dicho precepto constitucional también se plasma en el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP)[35]; y en del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca (CPPO).[36]

Cabe hacer énfasis en que para la estrategia de defensa de una persona indígena, muchas veces el testimonio de las autoridades de la comunidad de la cual proviene el inculpado es fundamental, particularmente las autoridades presentes y pasadas, ya que darán elementos de la normativa y cultura local de la comunidad para la comprensión de los hechos de una manera fiel al contexto en que se desarrollaron. La apreciación de los testigos, así como la valoración de sus testimonios, queda determinada en el contenido del artículo 289 del CFPP, lo cual es retomado por el artículo 355, fracción VI, del CPPO.

b) Averiguación previa

Las ventajas de presentar pruebas en la averiguación previa es evitar el ejercicio de la acción penal por ausencia de acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona acusada. Por otro lado, en caso de que se llegara a consignar, el aporte de esta probanza puede ser útil para sustentar un juicio de garantías y en su caso lograr avances en la etapa preprocesal. Las garantías de defensa procesales de los inculpados durante la etapa de averiguación previa son de observancia obligatoria. Se hace, pues, extensivo el derecho de defensa y de un debido proceso legal aún en la fase indagatoria, con las condiciones y límites establecidos en la ley.[37] De ser el caso, el juez también podrá resolver en su momento sobre la situación jurí-

34. Artículo 20, apartado A, fracción V.
35. Artículo 128, fracción III, inciso e.
36. Artículo 22 fracción III e.
37. Artículo 20, apartado A, de la Constitución mexicana.

dica del indiciado, para lo cual deberá tomar en consideración también las probanzas aportadas por él en la etapa de averiguación previa.

c) Preprocesal e instrucción

Es en estos momentos procesales cuando se puede lograr un auto de libertad por falta de elementos, la iniciación de un incidente de declinación por razones de competencia[38] del juzgado, o fortalecer el argumento de que dicha conducta ya fue juzgada por las autoridades indígenas. Estos argumentos, en relación a los casos en los que las conductas del defendido se encuentren relacionadas con especificidades culturales propias del pueblo indígena al cual se autoadscribe o las normativas del sistema interno de la comunidad a la cual pertenece. Los términos en que hemos referido la prueba testimonial durante la averiguación previa se pueden aplicar en estas dos etapas, ya que se trata de hacer ver la lógica en que se conducen las personas integrantes de un pueblo o comunidad indígena, cuando son sometidos a un proceso penal por conductas que se relacionan con su ámbito cultural y normatividad interna; esto, como una forma válida, legítima y justa de su actuar.

6.2 Documentales públicas

Naturaleza jurídica de la prueba Documental Pública

Se reputan documentos públicos todos aquellos que son elaborados y signados por cualquier autoridad pública con facultad para poseer el sello oficial, con el cual legaliza cualquier acto o acuerdo. Por tanto, la prueba documental pública, hace prueba plena; entendiéndose como documento público aquél que es elaborado y signado por una autoridad pública; en el artículo 280 y 281 del CFPP en relación al artículo 129 del CFPC.- "Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por **funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.** La calidad de públicos **se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes."** En dichos términos queda establecido y es aplicable en todas las áreas judiciales.

38. Ver contenido anterior en lo referente a la jurisdicción indígena.

Esta prueba es flexible para presentarse en cualquier momento procesal, ya que por su misma naturaleza se otorga el valor pleno en base a los preceptos señalados anteriormente.

6.3 Las periciales

Las ciencias que estudian al hombre en sociedad están marginadas dentro del espacio de la construcción de la verdad legal.[39] La génesis se puede explicar como consecuencia del carácter intangible del objeto de estudio (sociedad, cultura, interpretaciones históricas de materiales, etc). De manera general, cualquier funcionario del Poder Judicial estará dispuesto a aceptar su desconocimiento sobre temas como la administración, medicina, los tiempos requeridos para asegurar el cultivo de hongos, o la crianza de animales de corral. Sin embargo, es difícil que acepte que no ubica que una manifestación cultural, por su carácter no material, es un hecho complejo que se tiene que interpretar a la luz de una forma diferente de concebir la realidad, relacionarse con su entorno físico o formas de organizarse y relacionarse en grupo.

En las disciplinas sociales los dictámenes requeridos son los etnohistóricos, que se utilizan básicamente en materia agraria; antropología física más ligados a la medicina forense; y los lingüísticos que se pueden ubicar relativo al derecho del implicado dada la necesidad de hacer valer la importancia de establecer una verdadera comunicación en relación al derecho al debido proceso. Sobre él se manejan tres figuras de soporte: el traductor, intérprete y el lingüista; y los dictámenes antropológicos, también denominados etnológicos o culturales.

El valor del peritaje

La necesidad de los peritajes, tanto el cultural como el jurídico-antropológico, surgen del reconocimiento constitucional de la validez de los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas para resolver sus conflictos internos[40], así como del derecho a que sean tomados en cuenta estos sistemas normativos en los procesos judiciales en los cuales estén involucrados indígenas.[41]

---

39. Con excepción de la psiquiatría y la psicología, que son ciencias humanas y las únicas que han podido alcanzar cierta veracidad, gracias a que sus conocimientos se valoran a partir de cánones de aprendizaje hegemónicos y universales.
40. Constitución, artículo 2, apartado A, fracción II.
41. Idem, fracción VIII.

Momento procesal en que debe practicarse el peritaje

En general, la intervención del perito en casos que involucran a personas indígenas tiene lugar en la etapa de la instrucción, y el peritaje está ofrecido por la defensa. Sin embargo, en un nivel teórico, nada impide que el Ministerio Público haga uso de ello para tener un criterio que lo ayude a determinar o no el ejercicio de la acción penal.

En el CFPP, la valoración del peritaje está señalada en el artículo 288, que refiere a que "los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso". En el CPP de Oaxaca no existe referencia explícita a la valoración del peritaje, sin embargo, el artículo 354 refiere que "el valor judicial de las pruebas queda sujeto a la apreciación que de ellas hagan los tribunales, quienes, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las aportaciones en autos, hasta el grado de poder considerar que prueban plenamente la existencia de los hechos y circunstancias que son materia del proceso".

Al valorarlo el juez, debe observar que tiene dos funciones: la técnica, que ayuda a verificar hechos o circunstancias, y la orientadora, que le permite formarse opiniones sobre esos hechos y circunstancias. Aunque el juez goza de libertad suficiente para valorar el dictamen pericial, ello no es sinónimo de arbitrariedad sino de valoración. Esto implica un razonamiento suficiente para justificar el por qué se acepta o se rechaza el dictamen. El CFPP lo precisa al afirmar: "los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba".[42] De la misma manera, el CPP de Oaxaca afirma que "los tribunales, en sus sentencias, expondrán las razones que hayan tenido en cuenta para valorar las pruebas".[43]

Diferencia entre el peritaje cultural y el peritaje jurídico-antropológico

El peritaje cultural representa una herramienta de suma utilidad para el defensor cuando la conducta de su defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, ya que permite poner la luz sobre los hechos y las valoraciones que se hacen de aquellos desde la perspectiva cultural que es la suya.

42. Artículo 290.
43. Artículo 355.

El peritaje jurídico-antropológico se constituye como la prueba idónea para mostrar que los sistemas normativos indígenas deben ser tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico en el cual los mismos difieren del derecho nacional. Es decir que no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, así como por sus instituciones jurídicas, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio.

Sin embargo, no todos los indígenas que están involucrados en procesos judiciales requieren de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, ya que no todos los litigios están relacionados con una circunstancia cultural o una circunstancia normada o institucionalizada por la comunidad. Por ejemplo, un delito contra la salud que implique tráfico comercial de drogas no responde a ninguna práctica propia y normada de la comunidad, sino que al contrario, lo más probable es que también en el ámbito comunitario esté prohibida esta conducta. En cambio, cuando el uso de psicotrópicos está relacionado con un evento ceremonial, ritual o curativo, debe considerarse el componente cultural. No se está afirmando que se haga una excepción al aplicar el derecho, sino que el derecho contemple la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo permitido y lo prohibido.

Como ya se ha mencionado, el tipo de peritaje que el defensor solicita debe ser definido en función del caso defendido, así como de la estrategia de defensa que decida implementar el defensor.

El peritaje cultural

El antropólogo, dentro de sus opiniones, debe explicar puntualmente los contextos culturales por los que un indígena porta un arma de fuego, recolecta huevos de tortuga o iguanas. Son situaciones que desde el punto de vista legal están calificadas como ilícitas, por poner en peligro un bien jurídico tutelado (sociedad, recursos naturales, etc), pero que desde la cosmovisión indígena, responden a una razón elemental de supervivencia y de formas sociales que históricamente han sido las usuales para asegurar la vida del grupo. En todo caso, el perito no sólo debe contar con conocimientos del caso judicial, sino también con capacidad interpretativa para hacer entendibles a los actores del sistema judicial, los sistemas culturales que definen visiones del mundo en la comunidad.

El objeto de un peritaje cultural[44] es fundamentar, analizar y comentar de manera comparativa un hecho, "la costumbre", traducir de manera comparada las explicaciones de una cultura a otra, y aclarar cuáles son las situaciones que se derivan dentro de una comunidad por el cumplimiento o incumplimiento de valores sociales compartidos. El perito debe estar consciente de que aún cuando su trabajo se elabore a partir de una metodología objetiva y con principios éticos, el sujeto que es sometido al proceso está siendo juzgado en un procedimiento regido con parámetros que no son propios de su cultura.

El peritaje cultural de ninguna manera debe presentarse como un conglomerado de datos etnográficos sobre la cultura general del implicado, sino que versará sobre situaciones específicas. Las argumentaciones deben ser claras y directas, para ello es necesario contar con un cuerpo de preguntas que fijen cuál es el motivo de la investigación y la situación particular que se desea esclarecer.

Inmerso en este tipo de opiniones está el de la **identidad**, mediante el cual se pide al antropólogo acreditar la identidad o reconocer si alguien puede o no ser considerado indígena. Este tipo de preguntas implican adentrarse en un conflicto ético, primero, porque presupone una nueva forma de discriminación, y en segundo término porque aún cuando se puede o no tener la capacidad teórica para determinar y dar un sí o no por respuesta, implicaría casi fijar un fenotipo indígena y uno no indígena. El peritaje, en este sentido, podría ser pertinente si existiera duda de su pertenencia a un pueblo indígena, después de que un individuo se autoadscribiera como perteneciente a una u otra cultura.

Otro error frecuente es argumentar a cuestionamientos que parten de considerar la identidad indígena como resultado del aislamiento geográfico, de una situación económica precaria o del grado de nivel educativo del acusado. Estas situaciones no deben formalizarse, y de hacerlo se atrasaría innecesariamente el proceso. La definición de éstas no representa un cambio sustancial dentro del cuerpo de leyes, ni de la conciencia de los individuos que la imparten, por lo que dicho aspecto debe resolverse en función de los derechos ya reconocidos a los pueblos indígenas, a partir del Artículo 2° de la Constitución Mexicana y del Convenio 169 de la OIT, en el cual se considera, entre otros, que el criterio fundamental para su aplicación es el de identidad (autoadscripción), su cultura, formas de organización social,

44. A dicho peritaje se le ha conocido como: peritaje antropológico.

política, económica y cultural del indígena, y no los ya conocidos y casi siempre determinantes: lengua y vestimenta.

El peritaje cultural es útil para los casos que involucran comportamientos de la persona que no pueden ser relacionados con el sistema normativo de la comunidad indígena a la cual pertenece, pero que sí pueden ser explicados por el contexto cultural en el cual se desarrolla. Por ejemplo, están los casos de asesinatos cometidos por motivo de brujería, o de venganza, o ciertos casos de posesión de estupefacientes. En ellos, el peritaje cultural permite dar cuenta de la diferencia cultural para explicar la conducta de una manera equiparable a un peritaje psicométrico que da cuenta del estado psicológico en el cual actuó la persona. Estos peritajes sirven entonces para entender las circunstancias de hecho en las cuales sucedió la conducta incriminada y permiten estructurar una estrategia de defensa basada en la imputabilidad, es decir en el elemento de la culpabilidad. Se puede entonces buscar la exclusión del delito sobre la base del artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal (artículo 14 del Código Penal del Estado de Oaxaca), la fracción VIII, inciso b), o la fracción IX.

La utilidad de un peritaje cultural en un juicio penal permite revelar la "verdad real" de los hechos al poner atención a su significado cultural y a su valoración diferenciada.

El peritaje jurídico-antropológico

El peritaje jurídico-antropológico sirve al defensor de herramienta para mostrar que la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece. Es decir, que permite efectuar un salto cualitativo en la argumentación de la defensa del indígena procesado. De combatir la culpabilidad, se pasa a combatir la anti-juridicidad de la conducta litigiosa. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado, sino en la conducta en sí misma. La estrategia de defensa se centra entonces sobre las causas de justificación para la exclusión del delito (artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal, o artículo 14 del Código Penal del Estado de Oaxaca).

En esta perspectiva, el peritaje jurídico-antropológico se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas[45] al "objetivar" lo jurídico, inmerso en las relacio-

45. Reconocido por el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

nes sociales de las comunidades indígenas. Del mismo modo, se constituye como un instrumento de traducción de un lenguaje al otro, o de una lógica cultural a otra: del lenguaje del sentido común y oral de la comunidad y de su lógica cultural propia al lenguaje especializado del juez y de la lógica jurídica del derecho positivo.

Razón de ser del peritaje jurídico-antropológico

En las comunidades indígenas, como en todas las sociedades, lo jurídico o normativo corresponde a un sistema propio de representaciones, valores y principios que dan su cohesión al grupo social del cual emana, y le permite crear instrumentos para regular sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

Si en las sociedades con Estado lo normativo se desarrolla como un sistema autónomo y auto referido en el cual las reglas están concebidas de manera abstracta y se expresan por escrito, en las comunidades indígenas lo jurídico o lo normativo no se constituyó como un sistema separado o abstraído de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, sino que está incrustado en ellas. Esto no debe ser interpretado como una ausencia de normas, ni como una forma de arbitrariedad. Es solamente que las sociedades indígenas eligieron expresar lo jurídico de una forma distinta a la forma occidental. Así, al contrario del derecho positivo que puede estar consignado en códigos, leyes y ordenamientos escritos, lo jurídico de las comunidades indígenas se expresa de manera oral y casuística.

El peritaje jurídico-antropológico se constituye así como una herramienta fundamental para entender el carácter jurídico de ciertos discursos y prácticas culturales de las comunidades indígenas, aún cuando se diferencien de los contenidos del derecho positivisado en códigos. En el sistema del derecho positivo, para conocer una norma, saber qué conducta está permitida, prohibida o es obligatoria, se recurre al Código Penal u otros ordenamientos escritos que definen tipos penales especiales. Para conocer lo jurídico de las comunidades indígenas, es decir sus sistemas normativos internos, el dictamen jurídico-antropológico se constituye como la herramienta necesaria para conocer las normas, las instituciones, los procedimientos, las sanciones, esto es, lo que está prohibido, permitido y lo que es obligatorio, y quién está facultado para exigir la observancia de estas conductas en la comunidad estudiada.

El esquema siguiente permite mostrar que si bien las normas internas de las comunidades indígenas no son explicitadas de la misma manera que en el sistema positivo nacional, sí reúnen los elementos que definen una normatividad e integran un sistema normativo.

Los valores, principios, creencias y cosmogonía son los elementos que conforman la cultura del grupo indígena, su forma de concebirse, dando un sentido, o razón de ser al pueblo. Esta cultura se "aterriza" en la comunidad dando lugar a prácticas e instituciones propias. Algunas prácticas, por su carácter reiterado (costumbres) y adecuado a las situaciones en las cuales se dan, se vuelven normas de comportamiento, que definen los comportamientos permitidos, obligatorios o prohibidos, y que las autoridades de la comunidad van a hacer respetar. Las normas comunitarias surgen también de decisiones de las autoridades de la comunidad frente a situaciones y conflictos nuevos.

Este conjunto de instituciones, autoridades, normas y procedimientos que conforman el sistema normativo indígena, se encuentran, como todos los sistemas normativos, sustentados por la finalidad de permitir la reproducción social y cultural de la comunidad.

7. Conclusión

La defensa de los indígenas en los procedimientos regulares requiere de una serie de novedosas previsiones que quiebran con los esquemas típicos de la defensa tradicional. Ésta ruptura podemos verla por un lado como una necesidad del debido proceso para hacer efectivas las garantías, relativamente nuevas, que otorgan derechos específicos a los pueblos indígenas del México y dan un carácter plural al derecho nacional.

Pero además de una necesidad o una obligación de la defensa, estas nuevas estrategias de defensa pueden ser vistas como una oportunidad de renovación de un sistema jurídico en crisis. En muchos sentidos, el gran proceso conocido a nivel nacional e internacional como "reforma judicial" es un intento global por acercar nuestros sistemas jurídicos a la realidad social y dar mejor respuesta a las dinámicas y cambiantes situaciones del mundo contemporáneo.

En nuestro país, estos dramáticos cambios generados desde los años ochenta del siglo pasado, siguen una interminable transición política, que

no acaba de dar un nuevo perfil al Poder Judicial de la Federación y a los de los Estados, que responda mejor a las demandas de justicia y seguridad que ejerce una cada vez más pujante sociedad civil. Los nuevos contextos ejercen presión sobre las autoridades judiciales, pero éstas no acaban de encontrar un adecuado equilibrio entre responder a estas demandas y dar continuidad a la tradición jurídica que les da origen e identidad.

Desde la perspectiva del Poder Judicial independiente con relación al Ejecutivo, su función va más allá de formalizar los acuerdos obtenidos extrajudicialmente por lo sectores sociales entretejidos por el hoy decadente sistema corporativista que cohesionó nuestro país por décadas. En este sentido, un nuevo Poder Judicial requiere no sólo de peritos técnicos en aplicar automáticamente textos legales incomprensibles a quienes se ven sometidos a los órganos judiciales, sino expertos en el derecho y en el contexto en donde este se aplica. Esta doble experticia nos dará resoluciones que encuentren caminos no sólo de legalidad, sino de justicia que den respuesta real a los conflictos que día con día genera nuestra compleja sociedad y que se acumulan como amenaza de descontento generalizado y estallido social.

En el caso particular de la justicia a los pueblos indígenas, se hace necesario reconocer que históricamente estos pueblos y sus autoridades han sido aliados de la justicia nacional canalizando un sin número de conflictos y armonizando serios problemas cuya demanda hubiera rebasado con mucho la precaria oferta de los sistemas judiciales, federal y estatales, en donde estos pueblos son mayoría.

No obstante las bondades de estos sistemas normativos para la gobernabilidad en México, su reconocimiento ha sido formalizado a nivel federal en el año 2000. Aunque tarde, esta apertura, aún incipiente en el sistema jurídico nacional hacia el pluralismo jurídico, representa una gran oportunidad de renovar nuestras instituciones y dar nuevos parámetros a quienes las encarnan para cumplir adecuadamente la importante función republicana que la Constitución y la sociedad les mandatan.

La tortura en Chiapas y su tratamiento por las instancias de justicia y de protección de los derechos humanos*

*Miguel Ángel de los Santos***

La Red de Defensores Comunitarios por los Derechos Humanos (la Red de Defensores Comunitarios), es un organismo de base formado para la promoción y defensa de los derechos humanos individuales y colectivos desde las comunidades indígenas.

El modelo de defensa de los derechos humanos que plantea la Red de Defensores Comunitarios, constituye una nueva táctica en la defensa de los mismos. Implica el involucramiento de las víctimas en particular o sus familiares, y las comunidades en la defensa de sus derechos. En el caso de las comunidades, lo hacen a través de sus propios defensores o defensoras comunitarias, electas o electos en asambleas comunitarias para la atención de los casos que les afectan. Un ejemplo que ilustra de modo más claro la participación de las comunidades y familiares en su propia defensa es el siguiente: En marzo de 2004 fueron detenidas tres personas de una comunidad tzotzil en Chiapas, acusadas de transportar carbón que utilizarían para cocinar. En el entendido de que no existe otro medio para cocinar distinto de la leña o el carbón, la comunidad pidió a los defensores que asumieran el caso. Mientras se realizaban los trámites judiciales requeridos, la comunidad se apostó en las afueras de la cárcel para "acompañar" a los detenidos, darles ánimo y respaldar el trabajo de los defensores. Las autoridades de la comunidad, por su parte, acudieron con el juez para dar testimonio sobre el uso del carbón en las comunidades, y sobre la autorización que ellos como autoridad han dado para procesar madera que se convierte en carbón. Tres días después, los detenidos fueron liberados. La comunidad asumió el veredicto como un logro de todos, encabezado por sus defensores.

El modelo de defensa de los derechos humanos desarrollado por la Red de Defensores Comunitarios parte de considerar, entre otras premisas: a) la participación activa e informada de la víctima o sus familiares en el proceso de defensa, b) limitar la actividad asistencialista que se tiende a generar por parte de los organismos civiles o de abogados y abogadas

* Este trabajo se enriqueció con los comentarios de Jan Perlin y Fabián Sánchez Matus, sin embargo, la responsabilidad final es del autor.
** Asesor de la Red de Defensores Comunitarios por los Derechos Humanos, profesor de Garantías Individuales, Facultad de Derecho, UNACH.

que atienden los casos, y c) generar conciencia entre los familiares sobre la necesidad de defender los derechos humanos.[1]

En la medida en que la comunidad, los familiares y las víctimas participan activamente en su defensa, es más fácil desarrollar una estrategia de defensa del caso, pues se distribuyen las tareas, se limitan los desgastes humanos, y si la persona se encuentra en prisión, asume una actitud optimista y paciente frente a su situación. Estas ventajs se han percibido en los procesos de defensa llevados a cabo a favor de comunidades indígenas y personas no indígenas que se han visto enfrentadas a procesos penales.

Como ya es conocido, en Chiapas, la mayor parte de las violaciones a los derechos humanos que se perpetran recaen en indígenas, debido a razones de discriminación y a que estos cuentan con menos recursos para su defensa. Es muy probable que la violación a un derecho perpetrada a un indígena quede en la impunidad debido a carencias de recursos económicos para la defensa; lo cual no sucede con quien cuenta con recursos para cubrir los honorarios de una defensa particular o bien para cubrir los gastos que generaría acudir a las ciudades y hacerse escuchar mediante denuncias públicas o ante organismos que defienden los derechos humanos. El modelo de defensa que venimos comentando reduce los costos de defensa en la medida en que los familiares se involucran en el proceso y facilitan el aporte de pruebas o la comunicación con la víctima. A la vez, también se erigen en el mecanismo externo de comunicación para denunciar las violaciones a los derechos humanos de la víctima y las dificultades en el acceso a la justicia para los grupos marginados.

Trabajando bajo el esquema descrito, la Red de Defensores busca atender de manera más eficaz el cúmulo de violaciones a los derechos humanos que se presentan en Chiapas. Es común percibir en el trabajo de los organismos civiles que la atención cotidiana de las violaciones a los derechos humanos muchas veces conduce a atenderlas de modo mecánico, sin el desarrollo de una estrategia que permita atender los problemas de fondo tras las violaciones a los derechos humanos y sin que la atención del caso trascienda más allá del caso especifico. Desde mi perspectiva, además de atender las situaciones generadas por la violación a un derecho, debe atenderse el caso abordando las causas que las generan, agotando los mecanismos de defensa y protección que incidan en la posibilidad de que esa violación no se repita en el

1. Sobre el modelo de defensa de los derechos humanos llevado a cabo por la Red de Defensores Comunitarios por los Derechos Humanos, ver "Asumiendo nuestra propia defensa", en www.newtactics.org

futuro, o que al menos las acciones llevadas a cabo impacten en los sujetos perpetradores de las violaciones y disuadan sus conductas.

Hoy día, las violaciones a los derechos humanos que se presentan en Chiapas se pueden caracterizar de la siguiente manera:

1. Las violaciones a los derechos sociales producto de la desatención hacia los sectores más pobres y que se traducen en la carencia o deficiente atención en materia de salud, educación, alimentación, y otros derechos sociales.

2. Las generadas por la presencia del Ejército en las comunidades, que se traduce en afectaciones a la vida comunitaria cotidiana. Aunque la presencia en sí puede no constituir una violación a un derecho, lo cierto es que la presencia militar tiene un impacto en el disfrute de algunos derechos humanos, como pueden ser el libre tránsito, las formas tradicionales de profesar la religión, el desarrollo de la cultura, las costumbres, en los términos previstos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.[2] La presencia militar en las comunidades indígenas ha generado que la actividad económica se centre en atender las necesidades de los militares (abarrotes, fondas, lavado de ropa, etcétera), que éstos se relacionen con mujeres y procreen hijos o hijas de las cuales no se hacen responsables, y que los jóvenes de la comunidad se relacionen con las drogas y el alcohol. Ponen en riesgo la cultura de los pueblos debido a la intromisión de personas ajenas a su cultura que imponen sus necesidades y promueven que la vida comunitaria gire en función de la presencia militar. Adicionalmente, impiden que los pueblos y comunidades indígenas desarrollen su vida en paz.

3. Las relacionadas con abusos por parte de grupos identificados como "paramilitares", de filiación priísta, que actúan con la tolerancia o aquiescencia de los gobiernos federal y estatal, y que generan divisiones y tensiones entre los habitantes de las comunidades. El resultado de estas políticas son confrontaciones entre grupos de campesinos que se disputan territorios cuyo saldo se traduce en pérdidas de vidas, lesionados y daños. La mayoría de las veces, aunque las tensiones comunitarias anuncian la eventualidad de la confrontación, las autoridades se abstienen de intervenir, lo que incrementa el nivel de sospecha respecto a su apoyo hacia una de las partes en el conflicto. Bajo estas circunstancias, cuando las confrontaciones se presentan configuran violaciones a los derechos humanos.

---

2. El Convenio 169 de la OIT establece la necesidad de adoptar medidas para salvaguardar la cultura de los pueblos indígenas. Incluso, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, a propósito de la implementación de los grandes proyectos de desarrollo, abordó en su primer informe el impacto de los mismos en su estilo de vida comunitaria y su cultura tradicional. Ver Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. E/CN.4/2003/90.

4. Las violaciones a derechos individuales generados por la acción de autoridades del gobierno del Estado para disminuir tensiones sociales. Se traduce en detenciones arbitrarias, a veces masivas, de indígenas o campesinos cuyos reclamos sociales son respondidos con la acción de las policías. Muchas veces estas acciones son el resultado de una deficiente operación política por parte de los agentes del Estado, quienes revelan su incapacidad para orientar los reclamos sociales hacia causes políticos, administrativos o de negociación, donde podrían encontrar respuesta a sus demandas. Otras veces, se privilegia el uso de la fuerza, encarcelando a los demandantes para mostrar los alcances del poder del gobierno y escarmentar a otros. Desde luego que cuando se opta por el uso de la fuerza se cuenta con la colaboración de las instancias de procuración y administración de justicia, mismas que se encuentran subordinadas al poder político.

5. Las violaciones a los derechos individuales perpetradas por las policías estatales en el combate a las conductas delictivas. Estas acciones afectan por igual todos los sectores de la sociedad, sin embargo, las principales violaciones las sufren las personas pertenecientes a los sectores marginados. Se traducen, en detenciones arbitrarias, seguidas de incomunicación, tortura, arraigo y negación de los derechos de defensa.

De las violaciones a los derechos humanos que se producen en Chiapas, la Red de Defensores Comunitarios escogió el derecho a la integridad física, en particular el derecho a no ser torturado, para trabajar bajo el esquema de "casos estratégicos" y atender los mismos procurando agotar todas las instancias de defensa posibles a fin de visibilizar las deficiencias legales en su atención, incorporar en la defensa todas las consideraciones de derecho internacional de los derechos humanos pertinentes al caso, obligar a los tribunales a resolver los casos a la luz de las disposiciones de derechos humanos, conseguir los elementos necesarios para sustentar la necesidad de modificar el marco legal y la práctica judicial en la atención de casos de tortura.

La tortura en Chiapas es una práctica generalizada, sistemáticamente negada y ocultada por parte de las autoridades de procuración y administración de justicia. Ello nos condujo a la identificación de un "caso tipo" que nos permitiera litigarlo bajo un esquema de litigio estratégico. No siempre es fácil encontrar un caso en que las víctimas acepten que su asunto se litigue bajo un esquema de litigio estratégico. Es obvio: muchas veces este esquema requiere mayor tiempo y si la persona se encuentra

privada de la libertad sólo le interesa recuperarla lo más pronto posible. El caso debe reunir también circunstancias que lo hagan defendible. Un relato coherente, creíble y sostenible de la tortura sufrida permite defenderlo mejor, aun cuando se carezca de evidencias físicas de la misma. El apoyo de la familia es fundamental en la medida en que colabora para la consecución y aporte de pruebas, además de acompañar y animar a la víctima en sus periodos de depresión. Difícilmente el litigio estratégico puede llevarse a cabo sin la colaboración consciente e informada de la víctima y sus familiares.

A. La tortura en el ámbito nacional

Uno de los principales problemas identificados en el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, es indudablemente el de la tortura, a la que se califica como un mal endémico que subsiste, cobijada en un sistema inquisitorial, pese a que existe legislación nacional y estatal que castiga su práctica. Por ello, sugiere que sólo la instauración de un sistema acusatorio erradicará la misma, en la medida en que las funciones de custodia e investigación no recaigan en la misma autoridad. Ello, aunado a la capacitación técnica adecuada de las policías en la investigación de los delitos, pues no debe perderse de vista que se recurre a la tortura para obtener confesiones sobre hechos delictivos.[3] El problema de la tortura también fue abordado por el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura, de la Organización de las Naciones Unidas, quien afirmó que en México la tortura constituye una práctica generalizada.[4] De igual manera, el Comité contra la Tortura, en su informe de 2003, señaló el carácter habitual y sistemático de esta práctica, luego de realizar una visita a México:

> el examen de la información acumulada durante el curso de este procedimiento, no desvirtuada por las autoridades, y la descripción de casos de tortura, la mayor parte ocurridos en los meses anteriores a la visita y en el año que la precedió, recibida directamente de los que la sufrieron, su uniformidad en cuanto a las circunstancias en que se produjeron, el objetivo de la tortura (casi siempre obtener información o una confesión autoinculpatoria), la semejanza de los métodos empleados y su distribución territorial, ha producido a los miembros del Comité la convicción de que no se trata de situaciones excepcionales o de ocasionales excesos en que han incurrido algunos agentes policiales, sino, por el contrario,

3. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, "Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México", 2003, págs. 11-12

4. Informe del Relator Especial sobre Tortura, Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1997/38 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Visita del Relator Especial a México, 14/01/98, par. 88e.

> que el empleo de la tortura por parte de éstos tiene carácter habitual y se recurre a ella de manera sistemática como un recurso más en las investigaciones criminales, siempre disponible cuando el desarrollo de éstas lo requiere.[5]

Evidentemente, la tortura encuentra un incentivo para su práctica en el hecho de que se admite como prueba en los procesos penales. En la práctica judicial todavía impera la vieja tesis jurisprudencial sobre la preeminencia de las primeras declaraciones por encima de las posteriores, aun cuando se alegue que las primeras son el producto de la coerción.

> PRINCIPIO DE INMEDIATEZ PROCESAL, INTERPRETACION DEL. DIVERSAS DECLARACIONES DEL REO. Atendiendo al principio de inmediatez procesal, las declaraciones iniciales del inculpado deben prevalecer sobre las posteriores, si éstas no se encuentran corroboradas con diverso medio de prueba, porque las originalmente vertidas fueron rendidas sin tiempo suficiente de meditación y aleccionamiento. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.[6]

Amnistía Internacional, un organismo reconocido por su defensa de los derechos humanos, ha sostenido que cuando se alega que una declaración ha sido obtenida mediante tortura, trato cruel, inhumano o degradante, o por coacción, debe realizarse una vista separada antes de que tales pruebas sean admitidas por el tribunal.[7] Sin embargo, lejos de apegarse a estas directrices sugeridas, la propuesta de reforma al sistema de justicia impulsada por el actual gobierno federal apunta a reforzar la práctica de la tortura al proponer un régimen de procesamiento especial para los casos de delincuencia organizada.

Por esa razón, el Comité de Derechos Humanos, luego de analizar el cuarto informe del Estado Mexicano, señaló algunas observaciones que deberán ser consideradas y remediadas a efectos de dar cuenta en el próximo informe. El Comité expresó su preocupación por el hecho de que las confesiones extraídas mediante la coerción puedan ser utilizadas como evidencia en contra del acusado, así como el hecho de que se haga recaer la carga de la prueba sobre el mismo cuando se alega que una confesión fue extraída mediante la fuerza.[8]

Contribuye a la práctica de la tortura el hecho de que no existe armonización entre leyes estatales e instrumentos internacionales. Esta circunstancia puede constatarse al revisar los códigos penales o las leyes en materia

5. Comité contra la Tortura, Informe sobre México preparado por le Comité en el marco del artículo 20 de la Convención y respuesta del Gobierno de México, par. 218, CAT/C/75, 25 de mayo de 2003.
6. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, VIII-Agosto, Pág. 206, Amparo directo 295/91. Amador Balderas Padilla. 19 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Díaz Infante Aranda. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.
7. Amnistía Internacional, Juicios Justos, pág. 100, disponible en www.amnesty.org
8. Comité de Derechos Humanos. Observaciones sobre México. CCPR/C/79/Add.109, 27 de julio de 1999. par. 6

de tortura de las entidades, pues algunas difieren al considerar los elementos del delito, y en algunos casos, señalan que la calificación de la tortura se encuentra en relación con la gravedad con que se inflige la misma.

> El Comité considera motivo de suma preocupación que no todas las formas de tortura estén necesariamente cubiertas por la ley en todos los Estados mexicanos y que no exista un órgano independiente para investigar el importante número de quejas sobre actos de tortura y de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. También es motivo de preocupación que los actos de tortura, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales que se han llevado a cabo no hayan sido investigadas, que las personas responsables de estos actos no hayan sido sometidas a juicio y que las víctimas o sus familias no hayan sido indemnizadas.[9]

Ciertamente, además de la falta de armonización legislativa, quizás el obstáculo práctico más importante tiene que ver con la falta de voluntad y capacidad práctica para investigar las denuncias de tortura. Muchas veces, aun con las deficiencias en la calificación de la tortura se inician investigaciones; sin embargo, las mismas se estancan, o bien concluyen en una resolución de no ejercicio de la acción penal por no existir pruebas que demuestran la práctica de la tortura. Suele ocurrir, como veremos con detalle más adelante, que la tortura no deja evidencia física y que los dictámenes médicos tampoco dejan constancia de lesiones físicas, circunstancia que sirve de excusa para determinar la falta de elementos de prueba.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tuvo oportunidad de reflexionar sobre el tema al emitir la recomendación número 10 "Sobre la practica de la tortura". El organismo, además de dar cuenta de la magnitud de la práctica de la tortura en México, describe las diferencias que se presentan en los diferentes ordenamientos estatales con relación a la tipificación de la tortura. Por ello, recomienda "se tomen las medidas respectivas para que se logre la homologación del tipo penal de tortura, y de acuerdo con la tendencia por lograr la mayor protección de los Derechos Humanos se incorporen los elementos que derivan de la descripción prevista en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a fin de evitar la impunidad y garantizar la aplicación efectiva de la ley."[10]

---

9. *Ibidem*, parr 6.
10. Disponible en www.cndh.org.mx

B. Tratamiento de la tortura en Chiapas

El castigo a los perpetradores de tortura es muy raro en el escenario de la justicia mexicana, y ello tiene que ver con la falta de voluntad para investigar tales prácticas (aun cuando son denunciadas), y la consideración de las mismas en el cúmulo de pruebas que integran los procesos penales, aunado a la inexperiencia en su investigación. La falta de voluntad para indagar las prácticas de tortura se refleja en el hecho de que algunas fiscalías, entre ellas la de Chiapas, no cuentan entre sus registros el tipo penal de tortura. Es decir, cuando se presenta una denuncia por ese delito, se registra como abuso de autoridad. De esa manera se oculta la práctica del delito de tortura y se investiga como si fuera un abuso de autoridad. Utilizar esta última figura implica ocultar la finalidad de la tortura que es castigar u obtener información o confesión, circunstancias que no se presentan en el abuso de autoridad.

En la práctica de los tribunales, existe un arraigado criterio que tiende a descalificar alegatos de tortura si no existe evidencia física de lesiones o si existe certificado médico que indica la ausencia de éstas. De hecho, cuando una persona imputada manifiesta durante su declaración preparatoria que no ratifica su declaración ministerial por haber sido obtenida mediante tortura, tal declaración tiende a considerarse, sistemáticamente, como una estrategia defensiva y se exige que esta circunstancia se corrobore con otras pruebas que demuestren que la confesión fue forzada.

Lamentablemente también la práctica de los abogados defensores contribuye a la invisibilizacion de la tortura en los procesos penales. Estos llegan a aceptar la tortura como una práctica inherente a la detención e investigación, y aun cuando tienen conciencia de la ilicitud de la conducta consideran que su litigio constituye una actividad inoficiosa que no beneficiará la causa principal que es la liberación de la persona inculpada. Incluso tienden a condescender con las actitudes de los secretarios o secretarias de juzgado, que ante un alegato de tortura suelen decir: “pero su declaración debe centrarse en los hechos que se le imputan… lo que paso durante su detención es otra cosa…”

C. Litigio estratégico y derechos humanos

Pedro, Pablo y José[11] fueron detenidos mediante la frecuentemente utilizada "orden de presentación", misma que técnicamente no implica detención, pero ni las policías que hacen cumplir la orden de presentación ni el fiscal permiten a la persona disponer de la libertad ambulatoria. Los tres fueron involucrados en el supuesto robo de tarjetas telefónicas a la empresa donde laboraban. Previo a su presentación ante el fiscal del Ministerio Público, Pedro y Pablo fueron objeto de tortura para obligarlos a confesar su participación en el delito de robo con violencia. Al primero le fue atribuida una confesión autoinculpatoria en la que, además, implicaba la participación de los otros dos inculpados. La declaración autoinculpatoria resultó cubierta de legitimidad con la supuesta asistencia de un abogado particular designado por el fiscal. Este abogado firmó la declaración como si hubiera estado presente y se asentaron algunos alegatos para dotar de mayor legitimidad la diligencia. Aunque Pablo también fue objeto de tortura, la misma no logró su objetivo y se respetó su declaración ministerial.

Ambos fueron torturados dentro del edificio de la Fiscalía General del Estado de Chiapas, utilizando bolsas de plástico para provocar su asfixia y contando con el conocimiento de la fiscal del Ministerio Público. El siguiente es un extracto de la denuncia por tortura presentada por Pedro:

> entonces ellos me decían: piensa las cosas, ellos tienen dinero pueden salir, pero tú no tienes dinero. A lo que yo respondía: "si pero no puedo culpar a inocentes." Entonces el judicial les dijo: rómpanle toda su madre para que por algo se queje con derechos humanos fue que se vendaron la mano para golpearme en el pecho, la cabeza, la espalda, y el estomago, me pusieron bolsa de plástico hasta casi asfixiarme, luego me quitaron la bolsa y me preguntaron: ¿vas a declarar como te dijo el licenciado?, a lo que yo contestaba: no voy a declarar nada porque no somos culpables. Luego me volvieron a golpear, fue cuando me llevaron al medico y la doctora me encontró en el pecho unas partes rojas, en la espalda, en el cuello, me pregunto que me paso, es donde me han golpeado les dije, luego llamo a otra doctora para que me checara, después me bajaron y me volvieron a llevar para el cuarto […]

Aunque Pedro refiere haber sido revisado por una doctora después de que lo torturaron, no se integró a este dictamen médico. Previo a la tortura fueron examinados por un médico, quien dictaminó que los dos se encon-

11. Aunque las víctimas han autorizado la publicidad de la información relacionada con su caso, no se utilizan los nombres reales para proteger su integridad e identidad.

traban en buen estado físico. Este fue el dictamen médico que se incorporó a la averiguación previa. Posteriormente fueron llevados ante el fiscal del Ministerio Público para las declaraciones ministeriales.

Una vez practicadas estas diligencias, fueron consignados ante el juez penal competente del Distrito Judicial de Tuxtla Gutiérrez, por el delito de robo con violencia.

1. Al rendir su declaración preparatoria ante el Juez, y con la asistencia de la defensa de oficio, Pedro rechazó el contenido de su declaración ministerial y Pablo la ratificó. Sin embargo, ambos manifestaron haber sido objeto de presión y tortura para declarar, narrando brevemente las conductas de que fueron objeto. Pese a esta circunstancia, el juez dictó Auto de Formal Prisión en su contra, sin hacer ninguna referencia a los alegatos antes mencionados.

2. Iniciado el proceso penal, y una vez que la Red de Defensores Comunitarios asumió la defensa, se presentó un Incidente no especificado de nulidad de declaración ministerial, mismo que fue valorado improcedente por el Juez. Al resolver el incidente, el Juez señaló que las pruebas serían valoradas al resolver en definitiva y que no correspondía a esta etapa procesal hacerlo. Además, añadió: En el "…oficio... cabe destacar que no obra indicio alguno que el informe proporcionado por dicho agente aprehensor, le fuera arrancado por medio de la coacción física o moral…" Al presentar el incidente de nulidad de declaración ministerial, Pedro manifestó:

> Existe en autos de la causa penal ... radicada ante el Juez ... un dictamen médico [solicitado por uno de los policías torturadores] que señala haber sido revisado a las 15:35 horas del día 13 de Julio del presente año. En el mismo dictamen se concluye que no presento huellas de lesiones. Dos horas y media después de haber sido revisado por el medico, y luego de haber sido torturado, fui puesto a disposición del Ministerio Publico, como se puede apreciar también en autos. Al ponerme a disposición se acompaña el informe de una "entrevista" en que consta mi confesión y el involucramiento de los señores […]

3. Contra la resolución del Incidente de Nulidad de Declaración Ministerial, se interpuso el recurso de apelación. Al resolver el mismo, la Sala del Tribunal de Justicia del Estado concedió la razón al juzgador de primera instancia en el sentido de que las pruebas deben ser valoradas al dictar sentencia definitiva. El argumento fundamental para sostener que la prueba confe-

sional obtenida mediante tortura no puede ser considerada como prueba para iniciar un proceso, fue el contenido del artículo 20 constitucional y las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La disposición constitucional establece en la fracción octava que ninguna persona puede ser obligada a declarar; mientras que el ordenamiento internacional, ratificado por México con fecha 22 de Junio de 1987, señala que "Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso…"

4. En contra del Auto de Formal Prisión se interpuso el recurso de amparo indirecto, enfatizando la nulidad de la confesión al haberse obtenido mediante tortura, por lo que no debería ser considerada como tal para valorar si se iniciaba el proceso. El Juez de Distrito negó el amparo, y al abordar la tortura, señaló:

> al manifestar que la confesión que obra en autos de Pedro N. estuvo sujeta a presión física y tortura resultan infundados, toda vez que no existe prueba alguna que lleve a concluir que hubiera sido golpeado para que declarara […] máxime que este al rendir la citada declaración ministerial estuvo asistido de persona de su confianza,; así también obra el dictamen medico y la fe ministerial de integridad física practicada por el representante social en la cual se hace constar que no presenta lesiones…lo que lleva a concluir que no existe constancia que lleve a demostrar que haya sido objeto de azotes, tormentos […] circunstancia que el amparista estaba constreñido a demostrar, máxime que dicha confesión (calificada divisible) se encuentra corroborada por otros medios probatorios […]

5. Dada la negación del amparo, se interpuso el recurso de revisión, mismo que fue resuelto un año y cinco meses después, cuando ya los procesados esperaban el dictado de la sentencia definitiva. La misma, omite referirse a los agravios expresados en relación con la tortura, y opta por conceder el amparo para efectos de dictar uno nuevo, debido a que no se analizaron debidamente las pruebas.

6. A la par de los recursos jurídicos en las instancias judiciales, también se interpuso queja ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Chiapas, misma que resolvió no haber encontrado violación a los derechos humanos, dado que no existían evidencias de que hubieran sido objeto de tortura. Prueba de ello era la asistencia de su abogado particular durante

la declaración ministerial y el hecho de que no hubieran manifestado tal circunstancia durante la misma declaración. Tanto en este recurso como en los anteriores, se insistió en que la persona que fungió como defensor durante la declaración ministerial de Pedro no fue nombrado por él, sino por el Ministerio Público, por ello no se hace constar ningún dato de identificación del abogado. Adicionalmente, los argumentos de defensa que expresa el abogado constituyen los que cualquier persona, con cédula o no, realizaría al final de una diligencia, y sin necesidad de participar en el desarrollo de la misma. Quien fungió como defensor se concretó a pedir la libertad equivocando los nombres de los implicados, confundiendo las disposiciones legales (invoca el artículo 20 fracción primera de la Constitución federal), y diciendo que actuó "sin ninguna voluntad". Tales argumentos del defensor no revelan que quien los expresa participó en cada momento de la declaración ministerial, sino una participación cómplice y necesaria para dar legitimidad a una declaración que de otro modo resultaría nula.

7. En contra de la resolución de la CDH se interpuso el recurso de impugnación ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), misma que dio la razón a la CDH. La resolución de esta instancia es lamentable. Esperábamos que realizara una investigación seria, que incluyera entrevistar a las víctimas, practicar su propio estudio psicológico, etcétera. No obstante que los familiares de las víctimas insistieron en que acudieran al reclusorio para entrevistarlas, y que aceptaran un dictamen practicado de conformidad con el Protocolo de Estambul, la CNDH sólo se concretó a revisar el expediente y con base en ello resolvió.

8. De igual manera, se presentó la denuncia correspondiente ante el fiscal del Ministerio Público por los delitos de tortura, abuso de autoridad y encubrimiento, iniciándose la averiguación previa. En 2006 posterior a la resolución de la CNDH, esta autoridad determinó el no ejercicio de la acción penal al no encontrar evidencia de los delitos denunciados. Las resoluciones, tanto de la CDH como de la CNDH, fueron utilizadas por el agente del Ministerio Público a cargo de la denuncia por tortura, para fortalecer la decisión de la ausencia del delito de tortura.

9. En contra de la determinación de no ejercitar acción penal, se interpuso el recurso de reconsideración, mismo que fue resuelto concediendo la razón al fiscal del Ministerio Público y ratificando el no ejercicio de la acción

penal. Esta determinación se dio, pese a que la averiguación previa solo abarcó el delito de abuso de autoridad y no el de tortura, que también fue denunciado. Además, tampoco consideró el peritaje en materia psicológica elaborado de conformidad con el Protocolo de Estambul por una experta independiente.

10. Contra la resolución que autoriza el no ejercicio de la acción penal se interpuso el recurso de amparo indirecto, mismo que se encuentra en proceso a la publicación de este artículo, ante el Juez de Distrito. Durante el desarrollo de este proceso de amparo, ha sido imposible localizar a los policías y a la agente del Ministerio Público implicados en la tortura, por lo que la notificación se ha llevado a cabo por medio de edictos. Sin embargo, la publicación de los mismos ha requerido, nuevamente, la participación conciente de las víctimas y la familia, pues las publicaciones en diarios de circulación local y en el Diario Oficial de la Federación han alcanzado un costo cercano a los veinte mil pesos.

11. Como ya se ha dicho, en el transcurso del proceso de defensa se demostró mediante un peritaje en materia psicológica, elaborado conforme el Protocolo de Estambul, que los imputados presentaban secuelas psicológicas como resultado de la tortura aplicada. Al valorar las pruebas y dictar sentencia absolutoria, el Juez resolvió que en el caso "la retractación de la confesión se había soportado en pruebas", y no hizo mayor referencia a la presunción de haberse practicado la tortura. Es evidente que el Juez continuó asumiendo que se dio la confesión pero que Pedro se retractó de la misma. Habría sido diferente que el Juez hubiera razonado que con las pruebas aportadas se demostró que la confesión no fue vertida voluntaria y espontáneamente, sino por el producto de la coerción que se ejerció sobre Pedro. Ello, además de reconocer la actualidad de la práctica de la tortura, habría sentado un precedente importante cuyo mensaje para los agentes del Ministerio Público y las policías sería la posibilidad de que las confesiones que obtienen mediante tortura pueden no ser reconocidas. Lamentablemente, el Juez optó por la tangente y no afrontó el problema.

Que los quejosos tengan que demostrar que fueron objeto de tortura, como sucedió en este caso, resulta ser un criterio muy extendido al atender estos reclamos, y representa el incentivo perfecto para promover la práctica de la tortura. Quienes la practican, máxime si son servidores públicos al servicio de la procuración de justica, están conscientes de la naturaleza ilícita

de tal práctica, por lo que evitan dejar evidencias. Ante tal circunstancia, las autoridades encargadas de vigilar la observancia de los derechos humanos no pueden soslayar una queja por tortura trasladando la carga de la prueba al quejoso. Lamentablemente, este criterio también es observado en ciertos organismos que defienden los derechos humanos, como ha quedado claro en este caso.

Ante esta realidad, es necesario no sólo establecer reglas especiales de procedimento en la investigación de tortura, sino también capacitar a los encargados de procurar e impartir justicia, así como a quienes defienden los derechos humanos, para desarrollar una investigación que vaya más allá de las constancias documentales. Las entrevistas con las víctimas resultan fundamentales en esta estrategia, si pueden acompañarse de estudios psicológicos, los resultados son mejores. Los organismos autónomos que defienden los derechos humanos no deben limitarse a investigar las violaciones a los derechos humanos bajo reglas de investigación para delitos; deben considerar procesos de investigación más amplios que incluyan las circunstancias en que una persona es detenida, el espacio físico en que se le ubicó, el tiempo que permaneció con la policía o el Ministerio Público, etcétera. Todo ello debe ser considerado al resolver la existencia de violaciones a la integridad física y no sólo la existencia o no de dictámenes médicos o el cumplimiento formal de la ley.

Al revisar las quejas por prácticas de tortura, los tribunales suelen ignorar, también, que en muchos casos se encuentran involucrados no sólo los policías que la practican directamente, sino, como en este caso, los agentes del Ministerio Público, médicos, legistas y abogados que las toleran, dado que están al tanto de su práctica, participando directamente o legitimándola firmando actuaciones que aparentan haberse desarrollado con legalidad.

Está claro que la tortura como medio de obtención de confesiones sólo desaparecerá cuando deje de reconocérseles el valor de prueba en los procesos penales. Sin embargo, mientras eso no suceda, valdría la pena insistir en dejar constancia cronológica de cada una de las actuaciones. En el caso que nos ocupa, el hecho de que el dictamen médico cuente con la hora en que se practicó la revisión, demuestra que la misma se llevó a cabo antes de que Pedro fuera torturado y dos horas y media antes de su puesta a disposición ante el Ministerio Público. Sin embargo, no siempre en las diligencias se anota la hora, o la hora real en que se practican y ello dificulta

probar la tortura. En cuanto a la participación de abogados particulares designados por el Ministerio Público, es importante impugnarlos cuando no han sido nombrados por la persona inculpada. Se ha convertido en práctica común que abogados o abogadas vinculadas al Ministerio Público aportan su cédula para fungir como defensores particulares aun cuando la persona inculpada no los designa, y su única función es legitimar una diligencia que de otro modo sería nula. A veces, la defensa de oficio también juega ese rol y no tiene ningún papel activo en la defensa de los intereses de la persona que representa. Para estos casos, es importante tener en cuenta que existen tesis de jurisprudencia en materia de defensa inadecuada que pueden ser útiles para impugnar declaraciones autoinculpatorias o reponer procesos.

Triste es reconocerlo, pero la práctica de la tortura se encuentra bastante extendida en el espectro mexicano, y cada vez más tiende a suplir las investigaciones policiales y a constituir la prueba sobre la que se basan los procesos penales.

D. Objetivos del litigio estratégico

En el caso que se ha descrito se planteó como objetivo principal lograr la liberación de los implicados, evidenciando la práctica de tortura como base de la investigación ministerial y del proceso penal. A la vez, se pretendió confirmar que las instancias de impartición de justicia, tanto estatales como federales, evitan el análisis de prácticas de tortura, resolviendo con base en elementos jurídicos diferentes. El caso también reveló que los organismos autónomos que defienden los derechos humanos (CDH y CNDH) tienden a desconocer la práctica de la tortura cuando ésta no muestra evidencias físicas. Estos objetivos alcanzados nos permitirán la construcción de una petición ante un organismo internacional de protección de los derechos humanos que plantee la violación del derecho en sí, la ineficacia de los recursos internos para la investigación adecuada de la tortura y la existencia de una práctica judicial que la favorece.

Resulta significativo en este caso que el juzgador de primera instancia señalara al resolver el incidente, que analizaría las pruebas impugnadas al dictar la sentencia definitiva. Este criterio fue respaldado por la segunda instancia al resolver el recurso de apelación en contra de resolución incidental. Sin embargo, al dictar la sentencia definitiva, el juez de primera instancia omitió el estudio de la tortura alegada y de manera tangencial señaló que la

retractación de la confesión se había soportado en pruebas. Desde luego, se estaba refiriendo a que se había demostrado con un peritaje psicológico que la confesión había sido extraída mediante tortura.

Las instancias de justicia federal (Juzgado de Distrito y Tribual Colegiado) siguieron el mismo criterio que las estatales. El juzgado de distrito desdeñó el alegato sobre la práctica de la tortura y transfirió la carga de la prueba a las víctimas, quienes debieron haber demostrado que tal práctica se llevó a cabo. Mientras que el Tribunal Colegiado omitió totalmente el análisis de la tortura, optando por conceder el amparo para efectos de dictar un nuevo auto de formal prisión por no haber relacionado debidamente las pruebas que motivaron el auto constitucional.

Lo anterior conduce a concluir que la tortura se encuentra soportada por una práctica jurisdiccional que la favorece y estimula al obviar manifestarse cuando se le presentan casos.

Adicionalmente, el objetivo trazado en función de la actividad de la CDH y la CNDH también se cumplió, en términos de que estas dos instancias coincideron en señalar la ausencia de evidencia física que revelaran la práctica de la tortura. El anterior razonamiento conlleva la conclusión de que sólo en aquellos casos en que se presentan las evidencias físicas se establece la práctica de la tortura. Ninguna de las dos instancias realizó estudios psicológicos o entrevistas a las víctimas para soportar su resolución. Ambas se basaron única y exclusivamente en la queja presentada y en la revisión de la causa penal.

E. Elementos para el desarrollo de un litigio estratégico

Es importante partir de la toma de conciencia de la víctima y sus familiares en el sentido de haber sido víctima de la violación a un derecho humano, y como tal, el proceso trasciende la defensa jurídica de un imputado, ya que busca, además, evidenciar la violación del derecho, la participación de las instancias involucradas y los funcionarios que las practican.

La víctima debe estar consciente de su situación y debe contar con toda la información relacionada con su proceso. Solo en esa medida, podrá participar activamente y además comprender que el procedimiento implica

mayor lentitud debido a que la estrategia de defensa requiere agotar cada uno de los recursos legales previstos. En la medida en que la víctima está informada y colabora, los efectos de los recursos negados o las resoluciones desfavorables tendrán un menor efecto en su ánimo y valorará que aun con resultados negativos se avanza hacia el objetivo estratégico. Desde luego que la implementación del litigio estratégico no puede implicar la desatención de aquellas pruebas dirigidas a conseguir la libertad de las personas inculpadas. En el presente caso, a la par del litigio en materia de tortura, la defensa aportó testimoniales, documentales, análisis periciales, entre otros, que revelaban la ausencia de responsabilidad de los inculpados.

La familia también juega un rol importante en este proceso, auxiliando en la presentación de pruebas, acompañando y animando a la víctima, entrevistándose con funcionarios de justicia y de los organismos autónomos que defienden los derechos humanos para sensibilizarles y colaborar en la investigación, etc.

Parte de la estrategia de litigio debe ser también la sensibilización del juzgador y secretarios (as) de estudio y cuenta. En este caso, aquellas pruebas dirigidas a demostrar la tortura fueron acompañadas de entrevistas con el Juez para hacerle notar que el medio de prueba, o bien la disposición invocada, encuentran sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, etcétera. Si bien parece ser que esta labor de sensibilización no tuvo efecto sobre el caso en concreto de la tortura, creemos que sí ayudó en la consideración de los inculpados como inocentes de los cargos.

F. Resultados del litigio estratégico

Llevar a cabo una defensa bajo el esquema del "litigio estratégico" plantea retos difíciles cuando la víctima se encuentra en prisión. Ambos intereses, el del litigio estratégico y la libertad de la víctima, deben coincidir y uno no debe dimensionarse sobre el otro, es decir, no se puede, por ejemplo, desarrollar litigio estratégico a costa de mayor tiempo en la cárcel para la víctima. En el caso que se describe, las víctimas aportaron concientemente tiempo adicional en prisión para esperar la evaluación que el Tribunal Colegiado haría sobre la tortura alegada.

Actualmente y aun cuando gozan de su libertad, las víctimas persisten en su empeño por conseguir se les haga justicia por la tortura de que fueron objeto. Incluso han cubierto los casi veinte mil pesos del costo de los edictos para emplazar a los servidores públicos al juicio de garantías promovido en contra de la resolución del no ejercicio de la acción penal.

Esta participación consciente y sacrificada constituye condición indispensable en el desarrollo del litigio estratégico, pues la falta de la misma habría frenado la continuación del proceso una vez que las víctimas obtuvieron su libertad.

El litigio estratégico del caso consiguió la libertad de las víctimas de tortura, sin embargo, aun no se consigue que la tortura sufrida sea investigada y se haga justicia. Estamos en el proceso, pero aun cuando no se consiguiera la investigación en el ámbito estatal, un resultado adicional del litigio lo constituye el agotar los recursos legales nacionales que permitirían acudir a una instancia internacional de protección de los derechos humanos.

Este caso ha revelado la actitud jurídica de las autoridades federales y estatales de procuración y administración de justicia, así como de las instancias autónomas de protección de los derechos humanos frente a la tortura. Estamos conscientes de que el caso no revela nada nuevo, pero sí de que el mismo concentra:

- la actitud sistemática de negación de la tortura si ésta no muestra evidencias físicas;
- se evita su análisis y se opta por resolver con base en criterios jurídicos diferentes;
- se omite la investigación de la tortura aun cuando se haya denunciado;
- las instancias de protección de los derechos humanos no investigan, o lo hacen deficientemente, las quejas por torturar;
- la persistencia de un marco legal y una práctica judicial ineficaces en la atención de casos de tortura, lo que promueve su práctica.

El acceso a la información como herramienta para el litigio estratégico. Experiencia de la Clínica Legal de Interés Público del ITAM

*Andrea Meraz**

1. La Clínica Legal de Interés Público del ITAM y su acercamiento al litigio estratégico

La Clínica Legal de Interés Público (CLIP), perteneciente al Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), es un proyecto de formación de abogados con responsabilidad social y educación en derechos humanos. El objetivo del proyecto es vincular la enseñanza clínica del derecho, los derechos humanos, la investigación aplicada, la interacción academia-sociedad civil y el compromiso con el ejercicio del derecho en beneficio del interés público.

Entre las actividades que desarrolla la CLIP se encuentran las de investigación, difusión de los derechos humanos, diseño de estrategias, cabildeo y, en especial, el litigio de impacto. Cabe destacar que recientemente la Clínica ha tenido un importante desarrollo como centro de derecho de interés público a través de los casos de litigio estratégico.

El trabajo de la CLIP se realiza de forma paralela en dos vertientes que contemplan distintas perspectivas del litigio estratégico:

a) La *educación clínica* para la formación integral de abogados por el interés público, que necesariamente requiere la participación de los estudiantes de derecho en actividades de litigio de impacto. Los estudiantes adquieren habilidades y destrezas profesionales para llevar casos de litigio estratégico con un enfoque de interés público; participan en el proceso de selección de casos y diseño de estrategias de litigio de impacto, y activamente, bajo la dirección del coordinador de la CLIP, en la realización de acciones encaminadas a apoyar una estrategia de interés público.

b) El *Centro de Derecho de Interés Público*, que se concentra en actividades docentes, académicas, de investigación aplicada y vinculación, con un

* Clínica Legal de Interés Público del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Agradezco a Marta Villarreal por su ayuda en la elaboración de este texto.

> corte de interés público, así como prestar servicios directos. Su aproximación al derecho de interés público consiste en la realización de acciones estratégicas para lograr cambios en cuestiones que van desde el acceso a la justicia para grupos vulnerables o históricamente marginados, hasta propuestas y participación en reformas legislativas, cambios en las políticas públicas u otras formas de interacción en la esfera pública.

Para llevar a cabo las acciones de litigio estratégico, la CLIP parte de las necesidades detectadas por sus miembros, ya que, generalmente, los temas o acciones de interés público son propuestos o surgen de su actividad. La Clínica mantiene relación constante con otros actores involucrados en cuestiones de interés público como organismos de la sociedad civil, proyectos o instituciones de interés público, centros de acceso a la justicia, asociaciones de abogados, entre otros, lo cual posibilita obtener información sobre potenciales asuntos para litigar estratégicamente. Los miembros de la CLIP analizan y deciden en forma conjunta, bajo la guía del coordinador, los asuntos que quieren convertir en un caso de litigio estratégico, dependiendo de las características de cada uno.

La generación de estrategias y la determinación de las acciones a seguir también se deciden conjuntamente por los miembros de la Clínica, siempre bajo la guía y supervisión del coordinador. La CLIP promueve el uso de diversas herramientas tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales con el fin de plantear estrategias y acciones alternativas para el litigio, la difusión de los derechos humanos y la investigación.

Para la promoción de las distintas herramientas, la CLIP capacita inicialmente a sus miembros para que las conozcan y aprendan a utilizarlas. Posteriormente, se trabaja en su aplicación a un caso práctico. De esta manera, los miembros se involucran activamente con su funcionamiento y observan qué efectos pueden alcanzarse a través de su uso.

Una vez concluidos los casos que se litigaron estratégicamente, los miembros de la CLIP realizan un análisis del proceso que se llevó a cabo desde la elección del tema hasta su final. En dicho análisis, reflexionan sobre las herramientas utilizadas, los éxitos y fallas que se experimentaron durante el proceso, así como los resultados finales del litigio estratégico. Tal reflexión se documenta como información que puede ser de utilidad para futuros casos y se difunde entre distintos actores interesados en el tema.

2. El acceso a la información como herramienta para el litigio estratégico

Una de las herramientas que la Clínica promueve para litigar estratégicamente es el acceso a la información. El derecho a la información se ha convertido en fechas recientes en uno de los ámbitos centrales de la discusión en torno a la relación del Estado con la sociedad civil.[1] Uno de los objetivos del acceso a la información es contribuir a la democratización y vigencia del Estado de Derecho.[2]

La CLIP, como varias organizaciones de la sociedad civil, está convencida de que el acceso a la información, como derecho humano, es un principio básico para la democracia. "Uno de los principios rectores de cualquier Estado democrático de derecho es el acceso a la información pública."[3] La Clínica considera que uno de los aspectos más relevantes para la construcción de la democracia es el compromiso ciudadano para hacer efectivo el derecho de acceso a la información.

- Las personas requieren de información generada por los entes públicos y el derecho a ella se encuentra garantizado por el Estado, en términos del artículo 6 constitucional, por lo tanto, el derecho de acceso a la información conlleva una seguridad jurídica para los individuos miembros de un sistema de derecho.

- El acceso a la información representa un método de observación, por parte de la sociedad, de las actividades que desempeñan el gobierno y sus miembros, obligándolos a apegarse a las normas que los regulan y procurando que hagan bien su trabajo.

- La información es fundamental para la toma de decisiones de las personas, es decir, permite conocer los factores que pueden influenciar para elegir una u otra opción, dando más seguridad y haciendo más libres a los individuos.

- La información permite y fomenta la actuación de las personas en la vida pública de cada país, así como el ejercicio de sus derechos políticos.

---

1. Ver Becerra, Ricardo y López, Sergio, "El derecho de acceso a la información y la transparencia", en *Manual de acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas para el fortalecimiento de las organizaciones civiles*, México, IFAI, 2005, p. 15.
2. Artículo 4 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
3. Solana Martínez, Javier, *Derecho de acceso a la información. Reflexiones y propuestas*, México, ITAM, 2000, p. 10.

- Es necesario crear conciencia de las garantías individuales que otorga la Constitución y, a partir de ésta, ejercer los derechos subjetivos que emanan de ella.[4]

Por lo tanto, la Clínica, comprometida con la promoción de los derechos humanos, intenta hacer efectivo el derecho de acceso a la información. Creemos que una de las formas de hacerlo es mediante su ejercicio a través de lo establecido en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), aprobada en 2002 como resultado de la participación de grupos de la sociedad que llevaron una iniciativa propia al Congreso.[5]

Según el artículo 1° de la citada ley, ésta tiene como finalidad "proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal." Conocer y saber cómo se aplica la LFTAIPG es una manera de ejercer y promover la efectividad del derecho de acceso a la información.

Además del interés de la CLIP por promover la efectividad del derecho de acceso a la información como algo necesario para el fortalecimiento de la cultura democrática, el mismo se visualiza como un instrumento para llevar a cabo acciones de protección de otros derechos humanos. La Clínica utiliza el derecho de acceso a la información como una herramienta de apoyo para su trabajo cotidiano de investigación, difusión de los derechos humanos, diseño de estrategias, cabildeo y, en especial, para el litigio estratégico.

En el entendido de que el derecho de acceso a la información garantiza conocer aquella información generada, recibida y/o conservada por instituciones estatales,[6] dicha información puede ser de gran utilidad para la toma de decisiones relacionadas con el conocimiento, ejercicio y exigencia de otros derechos.

El derecho de acceso a la información se encuentra estrechamente vinculado a otros derechos ya que, antes de poder ejercitar cualquiera, se debe contar con toda la información necesaria para hacerlo.[7] En los apartados siguientes se hará una descripción de las experiencias de la CLIP en cuanto al uso del acceso a la información como herramienta para realizar acciones de litigio estratégico.

---

4. *Ibid*, p. 12.
5. Instituto Federal de Acceso a la Información: Transparencia, acceso a la información y datos personales. Marco normativo, México, 2005, p. 7.
6. Becerra, Ricardo y López, Sergio, op. cit., p. 15.
7. Solana, Luis Javier, op. cit., p. 13.

2.1 El alcance del acceso a la información en un procedimiento de asilo

El procedimiento para reconocer la condición de refugiado en México no garantiza el principio de legalidad ni el derecho a la certeza jurídica, ya que la legislación que lo regula no es clara al establecer quiénes son los órganos facultados para calificar la condición de refugiado; tampoco es clara al establecer qué procedimiento se debe seguir para solicitar el reconocimiento de dicha condición; y en la práctica se opera de forma muy distinta a lo que se establece en la escasa legislación.

Esta falta de certeza jurídica, así como el distanciamiento entre la ley y la práctica, causan que los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado se enfrenten a serias dificultades durante el procedimiento, especialmente si intentan recurrir, administrativa o judicialmente, las determinaciones negativas al reconocimiento de su condición. Por tal motivo, la Clínica decidió participar en el litigio estratégico de un caso de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, junto con otras organizaciones de la sociedad civil.

Los objetivos de las acciones realizadas fueron, en términos generales:

1. Que se llevaran a cabo las reformas legales y reglamentarias necesarias para que el marco normativo del procedimiento de reconocimiento de condición de refugio establezca términos precisos, reales y, sobre todo, determine claramente las facultades de cada una de las dependencias y se eviten lagunas durante el procedimiento;

2. Que como consecuencia de lo anterior, se eliminen los procedimientos *ad hoc*; y

3. Que se garantice el derecho a la certeza jurídica que devenga del establecimiento previo de leyes sustanciales y procedimentales.

En el caso referido, el refugiado presentó la solicitud de reconocimiento de su condición en enero de 2005, y no fue sino hasta agosto del mismo año cuando, mediante escrito sin validez oficial por carecer de firma y sello, se le informó que no reunía los requisitos para obtener tal reconocimiento. Además, en dicho escrito no se expresaron los motivos ni fundamentos de tal decisión.

Cabe destacar que, según el derecho internacional, una de las medidas de protección básica a los refugiados es el derecho de petición, que permite acceso individual de los solicitantes de asilo a un procedimiento reconocido para determinar su condición, e incluye la posibilidad de apelación en caso de una decisión negativa.[8]

La falta de un procedimiento reconocido para determinar la condición de refugiado en México y el desconocimiento de los motivos y fundamentos del rechazo de la solicitud, imposibilitaron al solicitante presentar una defensa adecuada para que su solicitud fuera debidamente reconsiderada. Si el procedimiento no es claro y el solicitante desconocía los motivos del rechazo de su solicitud, era prácticamente imposible presentar una adecuada defensa contra la negativa de la autoridad. Por tanto, se pidió a la autoridad correspondiente que realizara la notificación de manera adecuada y expresara las razones por las que se rechazó la solicitud, sin embargo, la autoridad no dio respuesta.

Debido a la falta de acceso a la información sobre el procedimiento y sobre los motivos del rechazo de la solicitud de reconocimiento, se pidio a la autoridad copias del expediente del caso. No obstante, éstas tampoco le fueron otorgadas. Fue entonces cuando se decidió acudir al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) para que, por medio del ejercicio del derecho de acceso a la información, se obtuvieran respuestas sobre el procedimiento instaurado y acceso al expediente que se había formado en ocasión del estudio y análisis del caso en cuestión.

El objetivo de la solicitud ante el IFAI era, por una parte, aclarar el procedimiento de reconocimiento de refugio o, en todo caso, probar que la normatividad presenta lagunas y, por lo tanto, los procedimientos que se siguen en la práctica son *ad hoc* y distanciados de las normas aplicables. Por otra, se pretendía conocer los motivos por los que fue rechazada la solicitud, y si fuera posible, presentar una adecuada defensa para la reconsideración del caso.

Los datos y documentos que se solicitaron a las distintas dependencias, y subsidiariamente al IFAI, a nombre del solicitante, son los siguientes:

8. Ver Principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos, Tomo 1, CNDH–ACNUR – UIA, México, 2002; también ver Conclusión núm. 8 (XXVIII), Determinación de la condición de refugiado, 1977.

1. ¿Cómo intervienen todas y cada una de las dependencias o instituciones de la Administración Pública Federal que conocen del procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado?

2. ¿Quiénes integran el Comité de Elegibilidad que me negó el reconocimiento de la condición de refugiado y con qué fundamento legal desempeñan sus funciones?

3. ¿Cuál es la participación del Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN) en el procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado?

4. Todos los documentos y datos que contiene el expediente 541-4-1766/05 con relación a mi solicitud de refugio.

5. Copia de la totalidad de los documentos y constancias que integran el expediente que con motivo del análisis, evaluación y estudio de mi solicitud de refugio en México se inició dentro de la Comisión de Ayuda a los Refugiados (COMAR).

De los distintos cuestionamientos hechos sobre la intervención y facultades de las dependencias de la Administración Pública Federal se identificó que, efectivamente, no existía fundamento legal alguno que diera soporte al Grupo de Trabajo del Comité de Elegibilidad. Por otra parte, se identificó que la COMAR no encuentra mayor sustento legal en su actuar que lo que vagamente establecen dos artículos de la Ley General de Población.

Finalmente, respecto de la solicitud hecha a la COMAR sobre la totalidad del expediente que se inició con motivo del análisis y estudio del caso, se logró tener acceso a parte importante del mismo. Sin embargo, ciertos documentos clave fueron clasificados como reservados por distintos motivos, entre otros: cuestiones de seguridad nacional, resolución pendiente de un proceso deliberativo, y revelación de política migratoria.

La Clínica presentó argumentos en contra de clasificar la documentación con carácter de reservada, pues consideramos que: la información solicitada no es asunto de seguridad nacional; el reconocimiento de refugiado no es un proceso deliberativo, por lo que no es relevante si está pendiente de resolución; y no está relacionado con asuntos de política migratoria, pues los refugiados no son migrantes.

Una vez emitida la resolución del IFAI –en la que se ordenaba acceso a la versión completa de ciertos documentos y a las versiones testadas de otros–, el solicitante se enfrentó a un nuevo problema: en la COMAR le negaron el otorgamiento de las copias solicitadas debido a que para ello era necesario presentar algún documento de identificación oficial. Este requisito es un grave inconveniente para los solicitantes de refugio ya que, por su situación, la mayoría de las veces no cuentan con documentos que los identifiquen. Además, es una incongruencia que el solicitante haya realizado un procedimiento ante la COMAR y después esta misma dependencia le niegue el reconocimiento de su identidad.

Por lo anterior, miembros de la CLIP sostuvimos una charla con los consejeros del IFAI para exponerles el problema. Ellos comprendieron que la exigencia de mostrar un documento de identificación oficial coartaba el derecho de acceso a la información de refugiados y migrantes. Por lo tanto, a petición de la Clínica, los consejeros del IFAI decidieron solucionar este problema no sólo para el caso en cuestión, sino para todas las personas que se encontraran en una situación similar. Consideramos que tal solución es un logro de litigio estratégico llevado a cabo por la CLIP, ya que fue posible realizar una modificación en las prácticas de las autoridades que beneficiará a cualquier persona migrante o refugiada que no cuente con identificación oficial.

Gracias a ello, para el caso concreto, la COMAR y demás dependencias entregaron la información solicitada. Así fue posible comprobar algunas lagunas y fallas en el procedimiento. Con dicha información se realizaron más acciones de litigio estratégico, como la interposición de amparos contra la COMAR, la Coordinación General de la COMAR, y el Instituto Nacional de Migración, así como la presentación de una queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Todo ello con el propósito de que las autoridades correspondientes —el Legislativo en cuanto a la ley y el Ejecutivo en cuanto al reglamento— elaboren un marco normativo que proteja el derecho para reconocer en México la condición de refugiado mediante un procedimiento establecido adecuadamente.

2.2 El acceso a la información como herramienta para realizar propuestas de reforma legislativa

Otra de las acciones de la CLIP se sitúa en el ámbito de propuestas de reforma legislativa. Como caso concreto, figura una acción que tiene como objetivo promover la eliminación de sanciones penales establecidas en los artículos 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 127 de la Ley General de Población (LGP), ya que éstos criminalizan la migración indocumentada bajo los supuestos y penalidades que se indican a continuación:

a) Hasta diez años de prisión:

- Al extranjero que habiendo sido expulsado se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido acuerdo de readmisión.
- Al extranjero que no exprese u oculte su condición de expulsado para que se le autorice y obtenga nuevo permiso de internación.

b) Hasta seis años de prisión:

- Al extranjero que habiendo obtenido legalmente autorización para internarse al país, por incumplimiento o violación de las disposiciones administrativas o legales a que se condicionó su estancia, se encentre ilegalmente en el mismo.

c) Hasta cinco años de prisión:

- Al mexicano que contraiga matrimonio con extranjero sólo con el objeto de que éste pueda radicar en el país, acogiéndose a los beneficios que la Ley establece para estos casos.
- Al extranjero que contraiga matrimonio con mexicano sólo con el objeto de radicar en el país, acogiéndose a los beneficios que la Ley establece para estos casos.
- Al extranjero que dolosamente haga uso o se ostente como poseedor de una calidad migratoria distinta de la que la Secretaría de Gobernación le haya otorgado.

d) Hasta dos años de prisión:

- Al extranjero que se interne ilegalmente al país.

- Al extranjero que, por la realización de actividades ilícitas o deshonestas, viola los supuestos a que está condicionada su estancia en el país.

e) Hasta dieciocho meses de prisión:

- Al extranjero que realice actividades para las cuales no esté autorizado conforme a esta Ley o al permiso de internación que la Secretaría de Gobernación le haya otorgado.

Los miembros de la CLIP consideramos que tales penalizaciones vulneran los derechos humanos de los migrantes; criminalizan la pobreza y la búsqueda de oportunidades; se basan en una política criminal contraria al derecho penal mínimo y a los principios básicos del derecho penal democrático, ya que no respetan los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y lesividad; y se suman a una pluralidad de sanciones previstas para las mismas conductas.

El gobierno mexicano ha manifestado en repetidas ocasiones que, a pesar de la existencia de los mencionados tipos penales, éstos no son aplicados en la práctica. En este sentido, los miembros de la CLIP, mediante una solicitud de información, preguntamos a la Procuraduría General de la República (PGR) el número de personas indiciadas, consignadas, procesadas y sentenciadas por tales delitos.

Dicha solicitud se llevó a cabo con la triple finalidad de conocer el fondo de las declaraciones del gobierno mexicano; realizar una investigación que nos permitiera esgrimir más argumentos a favor de la despenalización de la migración indocumentada; y promover el derecho de acceso a la información por sí mismo.

La primera respuesta que obtuvimos de la PGR fue que la información solicitada no era de su competencia. No obstante, inconformes con esa respuesta y en busca de una mayor promoción del derecho de acceso a la información, interpusimos un recurso de revisión ante el IFAI. En tal recurso solicitamos la revocación de la respuesta de la PGR y el otorgamiento de la información solicitada mediante el argumento general de que los delitos previstos en la LGP son federales y es competencia de la PGR perseguir los delitos de orden federal, por lo tanto, la información solicitada sí es competencia de la PGR.

En la resolución del IFAI al recurso de revisión interpuesto se establece que la PGR debe proporcionar la información solicitada por la Clínica. De manera tal que, por un lado, logramos hacer efectivo el derecho de acceso a la información; y por otro, con base en los datos proporcionados por la PGR, tuvimos un mayor conocimiento sobre la aplicación de los tipos penales que criminalizan la migración indocumentada, con lo que pudimos proponer más argumentos para solicitar su derogación.

El sistema de acceso a la información es una herramienta que nos permitió confirmar que son realmente pocos los casos de migrantes indocumentados iniciados, consignados, procesados y sentenciados por delitos de la LGP que establecen pena de prisión y multas. Esta información nos fue útil para argumentar que, aunque sean escasamente aplicados, los tipos penales de la LGP tienen consecuencias perjudiciales, pues constituyen una expresión de derecho penal simbólico que las autoridades utilizan para intimidar, amenazar o extorsionar a los migrantes que se encuentran en alguno de los supuestos señalados. Esto se debe a que, al ser delitos querellables por el Instituto Nacional de Migración, se deja un amplio margen para que las autoridades actúen discrecional y arbitrariamente, cometiendo violaciones a los derechos humanos de los migrantes.

3. Conclusión

La experiencia de la Clínica Legal de Interés Público del ITAM en el uso del acceso a la información como herramienta para el litigio estratégico ha sido favorable. Si bien los miembros de la CLIP nos hemos percatado de que el acceso a la información no es un procedimiento rápido ni sencillo, como se propone en la ley que lo regula, sino una labor que requiere constancia y paciencia, los resultados han sido satisfactorios.

En el primer caso descrito se logró obtener informacón que sirvió como pruebas y argumentos tanto para resolver la solicitud de condición de refugiado, como para que mediante dicho caso fuera posible realizar más acciones para ampliar los efectos hacia la propuesta de elaboración de una normatividad que regule de manera protectora el derecho al refugio.

Además, se logró que el IFAI fuera consciente de la problemática que implica solicitar documentos de identificación a refugiados, migrantes y demás personas que, por su situación, no cuentan con ellos, como requisito

para la entrega de información, y girara sus instrucciones para solucionar este inconveniente que menoscaba su derecho.

En el segundo caso, la información que se obtuvo sirvió para comprobar la veracidad de las declaraciones del gobierno mexicano e investigar más a fondo sobre el tema de las sanciones penales que establece la Ley General de Población para los migrantes indocumentados. Con dicha información se respaldan los argumentos para solicitar una propuesta de reforma legislativa que despenalice la migración indocumentada.

Creemos que con cierta imaginación, habilidades argumentativas y paciencia es posible obtener logros considerables tanto para el fortalecimiento y ampliación del derecho de acceso a la información como para la protección de otros derechos humanos, gracias al uso de los sistemas de acceso a la información como herramienta para realizar acciones de impacto.

Fuentes jurídicas referidas:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.
Ley General de Población.
Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
Reglamento de la Ley General de Población.

Del litigio estratégico como experiencia democrática

*Luis Miguel Cano López y Graciela Rodríguez Manzo**

Acuerdos iniciales

Para asegurar que el debate sobre las implicaciones del litigio estratégico sea fructífero, previamente se requiere acordar los alcances de los términos a emplear en los discursos involucrados. En ese entendido, el presente ensayo concibe al litigio estratégico como una especie del género que conforma la defensa paradigmática de los derechos humanos. La extensión de la última es mayor, toda vez que incluye la protección de los derechos fundamentales que puede lograrse por vías distintas a las jurisdiccionales.[1]

Con independencia de la aclaración anterior, de mayor trascendencia resulta precisar bajo qué perspectiva es conveniente emprender todo litigio de derechos humanos, pues es sencillo suponer que cualquier esfuerzo por proteger derechos que sea percibido como un ejercicio que se soporta en estrategias que acuden a fuentes externas al derecho positivo, no será recibido con el mismo ánimo ni contará con iguales oportunidades de éxito que aquel otro que sea presentado y apreciado como una crítica interna a los ordenamientos positivos.

En ese tenor, al menos es indispensable que las personas que llevan a cabo litigio estratégico en defensa de derechos humanos tomen conciencia de que su actividad queda comprendida como parte de una ciencia jurídica no contemplativa sino crítica,[2] pero en todo caso acorde a una teoría positivista del derecho.[3] Eso sí, un positivismo situado en un Estado Constitucional de Derecho, aunque sea uno en ciernes como acontece en nuestro país.

---

* Coordinadores del proyecto de litigio estratégico de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

1. Es posible apreciar desde ahora que se emplean como sinónimos las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales. Ello, dado que no obstante que en el lenguaje judicial y académico va ganando terreno el uso del segundo término, no debe pasar desapercibido que en las fuentes internacionales se continúa recurriendo al primero, así como que en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales el listado de derechos fundamentales no abarca la totalidad de los derechos humanos.

2. Ferrajoli es uno de los autores que con mayor lucidez advierte la insuficiencia de las visiones del derecho que bajo el pretexto de ser meramente descriptivas, no sólo no cumplen tal encomienda, sino que además tienden a justificar cualesquiera desarrollos normativos. De todo esto, mucho se puede aprender con la lectura del artículo "Más allá de una ciencia jurídica contemplativa", de Santiago Sastre Ariza, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 285-292, y sobre todo con la respuesta más reciente de Luigi Ferrajoli: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

3. En esencia, una teoría que rechaza que el derecho pueda identificarse y aplicarse con base en elementos extrajurídicos, tales como los provenientes de una moral. Esta cuestión es bastante más compleja, así que de momento basta con remitir, entre otros, a Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral,* Civitas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.

De ese modo, quien emprende litigio estratégico debe ser capaz de identificar las antinomias y lagunas al interior del ordenamiento jurídico que conllevan una afectación de derechos fundamentales, pero sobre todo, debe ser capaz de encontrar soluciones que no rebasen las fronteras del derecho positivo. En caso contrario, su actividad, aunque valiosa, formará parte de una defensa paradigmática que pugne por las reformas que estén ausentes.

Si se incluyen estas advertencias, no es tanto por un excesivo afán académico, sino porque se estiman de gran utilidad en la vida diaria. Esto es así de no olvidarse que entre los objetivos que comúnmente se persigen con el litigio estratégico se encuentran la transformación de las prácticas administrativas ampliamente difundidas, así como la modificación en la interpretación y la aplicación de disposiciones generales hasta ese momento consideradas adecuadas. Prácticas y disposiciones que fácilmente pueden hacer creer que el derecho positivo está reflejado en ellas, cuando en realidad encubren violaciones sistemáticas a diversos derechos fundamentales que demandan ser corregidas.

A todo ello obedece que en el ámbito concerniente al litigio estratégico, tal vez con mayor frecuencia y énfasis que en cualquier otro escenario, sea posible observar el contraste existente entre normas constitucionales e internacionales protectoras de derechos humanos, por una parte, y disposiciones y actuaciones provenientes de todo tipo de autoridades ordinarias, por la otra, dando por resultado un claro punto de encuentros y desencuentros entre los parámetros de validez, vigencia y efectividad a partir de los cuales puede calificarse a las normas y actos participantes. Y ello sin abandonar el derecho positivo.[4]

Ahora bien, la importancia del litigio estratégico no se agota en el servicio que como laboratorio práctico puede proporcionar a la teoría jurídica y demás discursos referentes al fenómeno del derecho. Así, quizá resulte más sugerente apreciar los alcances democráticos que aquella actividad conlleva, por lo menos en una sociedad como la nuestra que se ubica en una etapa incipiente de transición. Sobre el particular, es pertinente preguntarse si existe alguna conexión entre democracia y litigio en defensa de derechos humanos fundamentales.

En este trabajo no cabe más que responder en forma afirmativa. Sin embargo, si se opta por esta alternativa es a causa de que no se comparte que la democracia exclusivamente englobe un procedimiento formal de toma de

4. No constituye ningún secreto la influencia que en los autores de estas líneas tiene la visión garantista del derecho expuesta por Ferrajoli, razón por la cual el lenguaje empleado debe entenderse desde esa perspectiva.

decisiones regido ilimitadamente por el principio de mayoría. La democracia es mucho más, es al menos participación informada en un proceso deliberativo transparente que se encomienda no sólo a representantes políticos sino a la totalidad de los integrantes de la sociedad que habrá de ser regida por las decisiones públicas de ese modo adoptadas.[5] Decisiones que requieren ser consistentes con el respeto por los derechos humanos de todas las personas para seguir siendo democráticas.

Una democracia así entendida ofrece a sus usuarios diversos cauces de participación y no todos ellos transitan por instancias supuestamente representativas. En una sociedad en la cual el sistema partidista haya podido mermar la confianza en las instituciones democráticas más comunes, la vía abierta por el litigio estratégico como mecanismo para obtener el cumplimiento de los compromisos en materia de derechos humanos previstos a nivel constitucional e internacional adquiere un papel básico, ya que si fallan las sedes de poder político a las que en principio se encomienda su cuidado, aún quedan las jurisdiccionales para enderezar el camino, incluso, de forma más accesible a las personas.

Cada vez que se inicia un litigio estratégico en defensa de derechos humanos, una persona común y corriente tiene la posibilidad de convertirse en un factor real de poder,[6] precisamente al usar el poder que el derecho y los derechos le confieren para limitar a los poderes públicos y/o privados que atentan contra esos mínimos que cualquier régimen democrático debe salvaguardar. Para decirlo coloquialmente, en esta órbita no hace falta dirigir un grupo de presión, pues basta con conocer el derecho y emplearlo creativamente.

En la medida que ello sea posible, además de asumir las responsabilidades republicanas que son necesarias entre todas las personas que pretenden vivir en una democracia,[7] se tiene ocasión de conocer el compromiso que con este régimen guardan órganos no electos, pero no por ello con una menor vocación democrática, la cual pueden demostrar siempre que asuman la defensa de los derechos humanos desde la legitimidad que les provee conducirse en estricto apego a una argumentación jurídica. Por ello, no ha de extrañar que sea el litigio un medio de fomentar una conciencia indispensable para erigir una cultura democrática.

---

5. Interesa tener presente a Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002, a fin de apreciar de forma sencilla estos alcances de la democracia.
6. Vale la pena aprovechar una expresión tan conocida y dotarla de sentido democrático, pues lamentablemente no suele leerse así a Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, 7a. edición, Colofón, México, 1996.
7. Sobre la actitud cívica aludida, y aunque las ideas no sean tan recientes como presume el título de este libro, se profundiza en AA. VV., *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad,* Paidós, Barcelona, 2004.

Con este contexto advertido, parece prudente dar paso a la reseña de algunos litigios en defensa de derechos humanos que se piensan merecedores del calificativo de estratégicos. La razón de su exposición, aparte del interés que en lo particular pudieran suscitar de menos en algún lector, estriba en dejar constancia de que en la construcción o preparación de una defensa paradigmática de derechos, con la debida argumentación y bien meditados los diversos planes de acción, cualquier caso puede convertirse en una causa emblemática.[8]

Todos los litigios que se presentan a la fecha en que se escriben estas líneas –febrero de 2007–, permanecen en curso de resolución, sea ante una instancia internacional o bien nacional. Los primeros tres se promovieron en defensa de derechos que tradicionalmente se pueden calificar de políticos, pero que ni duda cabe son derechos fundamentales. Dos más están vinculados a la protección del derecho a la información. El último, aunque no se minimiza su cercanía con el respeto a las libertades de comunicación, se formuló preponderantemente a fin de salvaguardar el derecho humano a la igualdad.

La experiencia obtenida y las expectativas que perduran incólumes a este día, conforman una de las más satisfactorias enseñanzas de derecho recibidas por quienes esto escriben. Asimismo, hoy sabemos que la preparación y presentación de todos esos litigios mejoraría significativamente a partir del camino recorrido. Sobre todo, somos conscientes de que con su debate será todavía mayor nuestro aprendizaje. Esa es la razón de iniciar este diálogo.

Una causa por la democracia

Los litigios que se comentan en este apartado surgen a partir de reflexionar acerca de la existencia o no de una forma de controlar al Senado de la República en el nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En este escenario, desde un primer instante resulta claro que la respuesta adecuada supone enfrentar el problema de hacer justiciables decisiones que en nuestro contexto invariablemente se conciben como políticas.

Ante ello, importa estar convencido de que es posible alterar la percepción generalizada de que los nombramientos de funcionarios públicos pertenecen al ámbito exclusivo de la política y los políticos, en el que las personas

8. Expuestas algunas implicaciones teóricas y la perspectiva política desde la que se emprende este artículo, el último señalamiento previo a la exposición de los litigios reales que a continuación se relatan, consiste en advertir que los mismos fueron imaginados primordialmente y planteados puntualmente con estrategias que acentúan temas de derecho, y que por consecuencia, no se enfrentan ni de momento afrontan problemas de prueba, órbita que requiere un diseño y configuración bastante exigente pero que a la vez posee un gran potencial, y de la que mucho se puede aprender al consultar, entre otros, a Andrés Ibáñez, Perfecto, «La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia», *en Jueces y ponderación argumentativa,* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, 19-52.

comunes no participan, pues sin eso en mente no vale la pena emprender cualquier otra acción posterior. Tema que abiertamente demanda una visión de la democracia que no se contente con su aspecto representativo.

De igual manera, meditar en torno a los derechos humanos implicados deviene elemental, pues todo cambia si en el caso se ve involucrado algún derecho fundamental, razón por la que no sobra reiterar que en no pocas ocaciones descubrir la presencia de uno de estos derechos depende básicamente de la visión que se tenga sobre el derecho positivo en general, dado que si ésta es garantista y crítica, las posibilidades tienden a incrementarse.

Asumidas estas ideas, desde ahora conviene resaltar que en la preparación de un litigio estratégico es indispensable identificar tanto los derechos fundamentales comprometidos como los principales obstáculos que pudieran afectar a los medios para hacerlos exigibles, y que obviamente ambas búsquedas deben iniciarse en los preceptos que regulan el caso. De entrada, aparecen como relevantes tanto el apartado B del artículo 102 constitucional como ciertas disposiciones de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.[9]

Su simple lectura muestra que en la primer disposición el legislador constitucional faculta a la Cámara de Senadores para efectuar la elección del *ombudsman* federal a la par que remite a la ley para el desarrollo del procedimiento correspondiente, mientras que en las segundas se detalla tal procedimiento al incluir como uno de sus requisitos la realización de una previa auscultación entre organizaciones civiles representativas de los diversos sectores de la sociedad y dedicadas a la promoción y protección de los derechos humanos, toda vez que es "con base" en ella que el Senado de la República debe concluir ese nombramiento.

Por otra parte, con relación a los obstáculos aludidos, y dando por sentado que el juicio de garantías ocupa un sitio preponderante respecto a la mayoría de los casos de defensa de derechos humanos que se pueden plantear en nues-

9. Los párrafos quinto y sexto del apartado B del artículo 102 constitucional disponen respectivamente que "La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo", y que "El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del título Cuarto de esta Constitución". Por su parte, el artículo 10 de la mencionada Ley señala en su primer párrafo que "El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, será elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. Para tales efectos, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores procederá a realizar una amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos", añadiendo en su segundo párrafo que "Con base en dicha auscultación, la comisión correspondiente de la Cámara de Senadores propondrá al pleno de la misma, una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo o, en su caso, la ratificación del titular", en tanto que el artículo 11 de ese mismo ordenamiento secundario establece que "El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos durará en su encargo cinco años, y podrá ser reelecto por una sola vez".

tro ordenamiento jurídico, sin ser los litigios que se refieren una excepción, lo aconsejable es la consulta de las disposiciones de la Ley de Amparo, en especial las que indican las causales de improcedencia de tal juicio.[10]

Pues bien, es la fracción VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo la disposición que guarda relación con la cuestión debatida, porque en ella se puntualiza que el juicio de garantías resulta improcedente "contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remosión de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente", lo que a su vez posibilita que se alegue que la decisión del Senado de la República en torno al nombramiento del titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es una relativa a la elección de un funcionario que constitucionalmente cuenta con los atributos de ser soberana o discrecional.

Hasta aquí las cosas parecen sumamente complicadas debido a que de una parte permanece ausente la presencia de algún derecho fundamental, al mismo tiempo que por el otro lado existe una disposición que desde un análisis apresurado se inclina a ver en la actuación de la Cámara de Senadores una decisión política soberana, es decir, no justiciable. Sin embargo, es en este panorama donde destaca como elemento escencial para armar un litigio estratégico una perspectiva del derecho positivo que no se conforme con puntos de vista tradicionales.

En contraste, con una formación garantista, encontrar la solución no resulta tan difícil ni tan original como se pudiera pensar.[11] Simplemente se tiene que reflexionar en torno a la previsión legal que establece una auscultación entre organismos integrantes de la sociedad, así como estar consciente de que cualquier disposición que forme parte de un ordenamiento jurídico necesariamente conlleva consecuencias de esa índole, pues de lo contrario se tendría que sostener que ciertas normas de derecho positivo en realidad no significan nada. Entonces, si el artículo 10 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ordena que se efectúe esa amplia auscultación y añade que con base en ella debe continuar el Senado de la República el analizado procedimiento de nombramiento hasta concluirlo, de ahí se derivan tanto obligaciones para esa autoridad como derechos para los particulares.

10. Una causal de improcedencia, para decirlo en una frase, impide que se estudie el fondo del asunto juzgado.
11. El calificativo garantista, desde una perspectiva jurídica, se centra, para efectos de no complicar demasiado esta exposición, en poner siempre en primer término el respeto por los derechos fundamentales.

Derechos que pueden apreciarse mejor de acudir a los tratados internacionales, que no se olvide constituyen una fuente de derecho positivo mexicano aunque su origen sea externo. En este punto, conviene recalcar que el estudio y empleo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es obligado para confeccionar cualquier litigio estratégico.[12] Es así que el derecho que surge para las organizaciones civiles a partir de la amplia auscultación es posible vincularlo con un derecho fundamental reconocido en el plano internacional, como el de participar en la decisión de asuntos públicos, inclusive directamente.[13]

Pero no es ese el único derecho humano involucrado. Otros derechos se ven envueltos en esta causa si no pasa desapercibido que las organizaciones sociales no son los únicos actores civiles participantes en el procedimiento de elección del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dado que también debe considerarse a las personas que sean propuestas como candidatos, y sobre todo, que ellas son titulares de otro derecho fundamental como lo es el derecho a tener acceso, en igualdad de condiciones, a las funciones públicas de su país, reconocido tanto a nivel constitucional como internacional.[14]

En tercer lugar, aunque no de menor importancia, es innegable que las determinaciones del Senado de la República que se adopten a lo largo de tal procedimiento de elección, como sucede respecto de cualquier otro acto de autoridad, deben acompañar las razones que sean suficientes para explicar y justificar que su sentido sea el adoptado y no cualquier otro. Esa obligación, que comúnmente se reduce a la observancia del deber de motivación, puede ser aprovechada para entablar un litigio estratégico que busque vincularla necesariamente con el derecho a la información, bajo una premisa relativamente sencilla de comprender, como es que para conocer y debatir los motivos de una decisión, los mismos deben ser públicos.

Visto así, es indiscutible la presencia de derechos fundamentales. Lamentablemente, no en todos los supuestos este aspecto facilita la defensa de derechos. Ese era el caso de los litigios comentados al momento de iniciarse y ello en razón de que tanto el derecho de participación en la dirección de asuntos públicos como el derecho de tener acceso, en igualdad de con-

---

12. Máxime si se toma en cuenta la importancia que se predica para los tratados internacionales entre el sistema de fuentes normativas de nuestro ordenamiento, acentuada en 1999 con la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 1475/98, caso Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, del cual deriva la tesis aislada de rubro *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal*. Cuestión respecto de la cual el Pleno de la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse de nueva cuenta en días tan recientes como el 12 y 13 de febrero de 2007, y en la que, si bien con otros argumentos, se va a reiterar tal preponderancia.

13. Un derecho que encuentra soporte tanto en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

14. Esta vez el fundamento se halla en el artículo 35 constitucional, fracción II, así como en el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

diciones, a las funciones públicas, se podían percibir exclusivamente como derechos políticos. Ante esa realidad, un análisis apresurado se prestaba a que no se reparara en el obstáculo que esta caracterización conlleva, sin importar que como tales sean estimados en el plano internacional. La consecuencia, sin embargo, no es menor y aparece por el lado de los instrumentos para hacerlos exigibles, en concreto el juicio de garantías.

Precisamente porque el Juicio de Amparo se ha limitado a la salvaguarda de las garantías individuales y no a la de los derechos políticos, siendo ese un punto de vista que apenas ha variado en el ámbito judicial.[15] En esa situación, no basta con dar por sentado que los derechos humanos o fundamentales funcionan como un género donde pueden tener cabida tanto las tradicionales libertades individuales, los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, los derechos políticos y los derechos político-electorales, así como que todos esos derechos son interdependientes, pues lo que resulta significativo para aumentar las probabilidades de éxito de cualquier amparo es enfocarse en que las instancias encargadas de resolverlo no puedan encuadrarlo de inicio en una de sus causales de improcedencia.

Claro está que se puede argumentar que un objetivo apreciable en un litigio estratégico lo constituye el hecho de obtener un precedente que abra al Juicio de Amparo para preservar todos los derechos fundamentales, salvo los político-electorales que actualmente encuentran salvaguarda por vía de los medios de impugnación en materia electoral y en especial por el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Sin embargo, a la hora de construir la defensa judicial de un derecho también debe tenerse en consideración un equilibrio entre lo deseable y lo asequible, entre un lenguaje garantista y uno propio del foro en que se actúa, así como ser consciente de la instancia ante la cual se comparece.[16]

Como sea, afortunadamente los juicios que sobre el tema se emprendan en lo futuro pueden resultar beneficiados de dos precedentes que ponen fuera de duda que al menos el derecho a tener acceso, en igualdad de condiciones, a las funciones públicas, es un derecho fundamental exigible por medio del Juicio de Amparo. Se trata de dos jurisprudencias emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en 2005.[17] Dar noticia de las mismas funciona como un buen pretexto para dejar constancia de un apunte ele-

15. Para corroborarlo vale la pena comparar dos tesis de la Suprema Corte, una de la quinta época, *Derechos políticos (cargos de elección popular)*, y otra de la novena época, *Reforma constitucional, Amparo contra su proceso de creación. Procede por violación a derechos políticos asociados con garantías individuales*.

16. De modo alguno esto debe ser observado como un dato que pone en evidencia cierta inclinación conservadora en los responsables de este ensayo. La verdad es que se trata de ser lo más ambicioso posible porque en materia de derechos humanos se necesita un cambio revolucionario en la cultura jurídica dominante, empezando por el lenguaje que la caracteriza, pero también es cierto que por otro lado se deben ponderar los intereses inmediatos de todos los actores involucrados en los casos que conforman estas causas.

mental en lo concerniente a la preparación de un litigio estratégico, que no es otro que estar al tanto de los criterios relevantes que día a día se originan en los casos sometidos al Poder Judicial.

Para finalizar esta serie de reflexiones, resulta aconsejable dar cuenta de una última decisión significativa relativa a estos casos. En su momento, se tuvo la necesidad de participar en el procedimiento de elección del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a pesar de no estar de acuerdo con las bases expedidas por el Senado de la República, y es evidente que esa participación no era indiferente en cuanto a lo jurídico.

La explicación del rumbo adoptado vuelve a obedecer al objetivo de sortear los posibles obstáculos para aspirar a una defensa exitosa por vía del Juicio de Amparo. Esta expresión, sortear, no resulta exagerada si se considera que las complicaciones vienen de dos situaciones enfrentadas. Por un lado, participar en el procedimiento de elección conlleva el riesgo de ser interpretado como un proceder que presupone el consentimiento de lo acontecido y, en consecuencia, la imposibilidad de impugnarlo con posterioridad. Por el otro, no participar implica que cualquier crítica jurídica que se intente se lleva a cabo tan solo por el interés simple, más no trivial, de que se respeten en el caso los derechos humanos involucrados. Sin embargo, esa crítica externa, ante la ausencia de una afectación a los derechos de personas concretas,[18] provoca una diversa improcedencia en el amparo.

Si ambos extremos posibilitan la actualización de dos diferentes causales de improcedencia del juicio de garantías, a saber, el consentimiento de los actos reclamados y la falta de interés jurídico, respectivamente, entonces es del todo pertinente preguntarse si para estos litigios desde un principio era de augurarse un rotundo fracaso.[19] Aquí, la respuesta no puede ser sino negativa, ya que la única manera de sostener que en esos dos supuestos el Juicio de Amparo deviene irremediablemente improcedente supone colocar a las personas en un escenario similar a aquel en el cual una misma acción esté prohibida y ordenada a la vez. Lo anterior es inadmisible jurídicamente. En definitiva, se debía participar activamente.

Delineado todo este marco, que a riesgo de impacientar a los lectores se ha compartido para ejemplificar algunos de los acertijos prácticos que es debido resolver con carácter previo al inicio de un litigio estratégico y que deja constancia del proceso interno necesario para determinar las tácticas

17. Los rubros correspondientes son *Acceso a empleo o comisión pública en condiciones de igualdad. La fracción IV del artículo 271 del Código Hacendario para el Municipio de Veracruz contraviene ese derecho, y Acceso a empleo o comisión pública. La fracción II del artículo 35 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que sujeta dicha prerrogativa a las calidades que establezca la ley, debe desarrollarse por el legislador de manera que no se propicien situaciones discriminatorias y se respeten los principios de eficiencia, mérito y capacidad*; criterios que se dictan con motivo de la controversia constitucional 38/2003.

18. De sobra es conocido que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden ser titulares de los derechos.

19. Causales establecidas de forma general en las fracciones V, XI y XII del artículo 73 de la Ley de Amparo.

del mismo, pero que por supuesto no se va a repetir con ese detalle para las otras causas paradigmáticas que luego se comentan, resulta conveniente centrarse en mostrar, por último, los objetivos que todavía al día de hoy persiguen estos tres casos.

En esencia, la meta principal siempre ha sido obtener el reconocimiento de un derecho humano fundamental que claramente contribuye al avance de nuestro incipiente régimen democrático y que sin duda nos acerca a una democracia más participativa. Ese derecho trae por consecuencia reconocer el carácter vinculante, y no meramente ornamental, de la amplia auscultación o consulta que se realiza entre las organizaciones y organismos dedicados a los derechos humanos. Lo que en realidad se demanda es respetar seriamente el derecho de participar directamente en la decisión de asuntos públicos, ni más ni menos.

De la mano de ese objetivo, conseguir que se reconozca como una garantía individual independiente al derecho de acceder en igualdad de condiciones a las funciones públicas,[20] y que como tal se le observe en el nombramiento del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a fin de que pueda calificar como una verdadera elección y mucho más importante, una efectiva reelección cuando así proceda. Todo ello sin olvidar como tercer propósito la afirmación del estrecho vínculo entre el deber de motivar toda decisión de autoridad y la obligación de informar públicamente sobre las razones que la sustentan.

Los tres casos que se comentan llegaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación luego de que ejerciera su facultad de atracción. Al respecto, vale la pena meditar en torno a la conveniencia que guarda para un litigio estratégico que de él conozca el máximo tribunal del país.[21] Normalmente debiera admitirse esa intervención como una situación provechosa a causa de la atención pública que pudiera derivar para un tema de derechos humanos y por la trascendencia de contar con un precedente favorable a su defensa proveniente de la más alta instancia judicial, pero esa confianza no puede presuponerse sin mayores reflexiones.

Por lo que hace a estos litigios, todos se radicaron en la Segunda Sala de la Suprema Corte,[22] la cual resolvió por unanimidad en los tres casos que la decisión del Senado de la República en cuanto a la elección del titular de

20. Circunstancia que felizmente se logró en otro caso del todo diferente durante el lapso en que estos litigios se tramitaron en instancias nacionales, pero que extrañamente no pesó en nada al momento de resolverlos.
21. Ciertamente, los particulares no cuentan con la posibilidad legal de solicitar directamente la atracción de los juicios en que participan. No obstante lo anterior, al menos se tienen dos alternativas para intentar que la Suprema Corte conozca de ellos, la primera es dar argumentos suficientes para que un tribunal colegiado de circuito eleve dicha solicitud, mientras que la segunda consiste en presentarla de todos modos ante la Corte, a sabiendas de que van a rechazarla alegando falta de legitimación para solicitarla, pero buscando dar a conocer el amparo respectivo para que sea alguno de sus integrantes quien formule el requerimiento conducente. En cualquier caso, conviene iniciar un debate sobre los alcances del derecho de petición en cuanto a este asunto.
22. Identificados en su última fase como los amparos en revisión de rubros 614/2006, 471/2006 y 1523/2006.

la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es soberana y discrecional, aunque no se le otorguen esas características de forma expresa en el texto constitucional. Consecuentemente, de momento se ha perdido una valiosa oportunidad para que en el ámbito interno se reconozca y respete el derecho de participar directamente en la decisión de tal asunto público. En estas circunstancias, se ha conseguido exactamente lo opuesto a lo perseguido en una causa de defensa de derechos, precisamente porque a raíz de esos juicios de amparo se ha emitido el siguiente criterio[23]:

> *Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En el procedimiento para la designación o ratificación de su Presidente, el Senado de la República emite actos soberanos, a los que resulta aplicable la causa de improcedencia prevista en la fracción VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo.* La causa de improcedencia que prevé el precepto citado tiene lugar cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (o la estatal relativa, en su caso) confiere al órgano legislativo la facultad de resolver soberana o discrecionalmente sobre la elección, remoción o suspensión de funcionarios. Ahora bien, la atribución que el artículo 102, apartado B, párrafos quinto y sexto, de la Constitución Federal confiere a la Cámara de Senadores (y en sus recesos a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión) para elegir mediante votación calificada al Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, reviste características que permiten clasificarla como soberana -aun cuando el texto normativo no le atribuya tal adjetivo- en la medida en que no exige que la decisión sea avalada o sometida a la aprobación, sanción o ratificación de persona u organismo alguno; lo que se corrobora con la exposición de motivos y los demás documentos integrantes del proceso legislativo que originaron el decreto que reformó el precepto constitucional mencionado, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de septiembre de 1999, pues de ellos se advierte que al sentar las bases de la actual Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se tuvo la clara intención de crear un auténtico defensor de los derechos relativos, concebido como organismo público autónomo, con independencia técnica y financiera, cuyo titular fuera designado por la Cámara de Senadores, sin obedecer a proposiciones de otra índole que pudieran afectar su autonomía de gestión. Además, la circunstancia de que los artículos tercero transitorio del decreto referido y 10 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos establezcan que la comisión correspondiente del Senado debe realizar una auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad y entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos, así

23. Se trata de la tesis aislada 2a. LXXXIX/2006, de la novena época, proveniente de la aludida Segunda Sala y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, diciembre de 2006, página 230, que se origina a propósito de los amparos en revisión 614/2006 y 471/2006, promovidos por Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. y otros, fallados el 2 de junio de 2006, por cinco votos, siendo ponentes el ministro Genaro David Góngora Pimentel y la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, respectivamente.

> como que con base en su resultado dicho órgano podrá proponer al Senado la ratificación del titular para un segundo periodo o una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo, no menoscaba la soberanía de la facultad del órgano legislativo, dado que no condiciona su fallo a la aprobación, sanción o ratificación de persona, asociación u organismo alguno, pues no atribuye fuerza vinculatoria a la opinión vertida por los sectores consultados; es más, este sistema tiende a optimizar el funcionamiento de la Cámara de Senadores, para que sus miembros puedan votar por alguna de las opciones que, en número reducido, se sometan a su decisión, de manera que alguna de ellas, en su caso, alcance la votación calificada requerida para su aprobación. En consecuencia, cuando se reclame la decisión final o cualquier acto emitido en el procedimiento de elección o ratificación del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el juicio de garantías será improcedente con fundamento en el artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo.

En definitiva, con un precedente judicial de esta índole se justifica continuar la lucha por los derechos fundamentales involucrados en sede internacional, estando en presencia de una situación que ilustra a la perfección que tratándose de litigios estratégicos, sus participantes deben estar preparados para llevar su defensa ante instancias diferentes a las nacionales. Es por esa razón que los dos primeros casos al día de hoy han motivado la presentación de una denuncia de violación de derechos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[24]

Y así como la defensa de derechos humanos requiere en ciertas ocasiones traspasar fronteras, de igual manera resulta necesario que las decisiones tácticas que conforman un litigio estratégico continúen en esta nueva órbita. No es este el lugar ni el momento para adelantar y profundizar lo que se espera del procedimiento iniciado ante el sistema interamericano, pero sí parece aconsejable dejar constancia de las primeras decisiones que se estima pueden abrir temas de debate del todo interesantes para tal instancia internacional.

Dos en particular. El primero concerniente a la posibilidad de que de una vez por todas se reconozca que, respecto de los derechos de la Convención Americana en determinados casos, el titular no es exclusivamente una persona física, y que al presentarse estas situaciones no resulta adecuado negar a las personas jurídicas capacidad para formular ellas mismas denuncias de violación ante la Comisión Interamericana, sobre todo si al interior de los ordenamientos de que se trate no existe impedimento para que por

24. Denuncia de referencia Bernardo Romero Vázquez, P-1352-06, México, misma que fuera enviada el 30 de noviembre de 2006 y entregada al día siguiente según informara la compañía de mensajería contratada; recepción que ha sido confirmada por el Secretario Ejecutivo de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de enero de 2007, aunque indicando que la misma aconteció el 4 de diciembre de 2006, dato frente al cual se ha remitido la documentación suficiente para mostrar la correcta fecha de entrega.

sí solas intenten la defensa de los derechos humanos que se les otorgan a ellas y no a los individuos, y ello dado que rehusarles esa legitimación activa incluso es contrario al principio *pro homine* o *pro personae*. Segundo tema, las violaciones al derecho a contar con un recurso efectivo para proteger los derechos pueden originarse a causa de las máximas instancias judiciales.

Una causa por la transparencia

Sin importar la concepción que se tenga de democracia, no se puede negar la relevancia de que en un régimen que aspire con seriedad a ser coincidente con ella es indispensable que se cumplan y respeten los derechos humanos fundamentales, sea que se les vea como un parámetro para medir los beneficios que acarrea a las personas el instrumento democrático, en calidad de resultados de la democracia, sea que se les tome por presupuestos o requisitos previos sin cuya presencia no se está en posibilidad de conducirse democráticamente, o bien sea que se les considere elementos definitorios de lo que un tipo de democracia es.[25]

Entre esos derechos, uno de los que constituye uno de los pilares de la democracia es el derecho a la información en todas sus vertientes. Sin discusiones abiertas a la participación de las personas llevadas a cabo para intercambiar propuestas o exigir rendición de cuentas en torno a cualesquiera temas de interés público, la calidad de la democracia decae. De ahí la importancia de contar con información suficiente y oportuna que permita que toda persona intervenga en dichos debates en igualdad de condiciones. En los dos litigios que a continuación se relatan se busca salvaguardar con especial énfasis el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades estatales, para así obtener información de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que por desconcertante que pueda resultar, en estos casos en vez de figurar como instancia protectora de los derechos, los obstaculiza.

En resumidas cuentas, toda persona debiera tener a su alcance la posibilidad de hacerse de la información que le interese con tan sólo presentar una solicitud en ese sentido ante cualesquiera autoridades, evidentemente respetando ciertas pautas que delimitan su derecho, lo armonizan con los derechos de los demás y establecen los cauces para ejercerlo adecuadamente. Este derecho humano no puede ser desconocido ni entorpecido su disfrute tanto por vías directas como por medidas indirectas, y en ese

25. Inicialmente puede remitirse al diálogo entre Bovero y Ferrajoli plasmado en Bovero, Michelangelo, «Democracia y derechos fundamentales», en *Isonomía*, 16, México, 2002, 21-38, y Ferrajoli, Luigi, «Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero», en *Isonomía*, 19, México, 2003, 227-240.

entendido, el objetivo primordial de los litigios en curso es evitar que se haga ilusorio el derecho a la información a través de establecer como un requisito previo a la entrega de la información el pago de montos excesivos a favor de las instancias estatales, sea cual fuere el pretexto esgrimido.[26]

Siempre que se esté ante una solicitud de información resulta evidente que el derecho fundamental involucrado es el derecho a la información en cualquiera de sus vertientes, sea como libertad de investigación, como derecho de buscar y recibir información o como derecho de acceso a la información en poder de las autoridades estatales –todos ellos vinculados con el derecho a conocer la verdad–, y sin que trascienda si una vez obtenida la información requerida la misma se comunicará a los demás en uso del derecho a informar, sea con el objeto de fomentar la participación en los asuntos públicos, de transparentar la gestión pública o de favorecer la rendición de cuentas a fin de que se valore el desempeño de las autoridades estatales, buscando así contribuir a la democratización de la sociedad.

Al tratarse del derecho a la información es claro que de menos se debe considerar lo dispuesto en los artículos sexto de nuestra Constitución, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sexto de la de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, precepto que impone a todas las autoridades favorecer en sus actuaciones el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en su custodia e interpretar el derecho de acceso a la información pública conforme a las disposiciones referidas, así como de conformidad con la interpretación que de las normas internacionales efectúen los órganos especializados.[27]

Además, el planteamiento de estos casos no estaría completo de pasar por alto las interpretaciones que han expresado tanto el Comité de Derechos Humanos, órgano especializado en la aplicación del Pacto Internacional aludido, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, órganos especializados en la aplicación de la Convención Americana, e incluso la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, establecida por tal Comisión, de nueva cuenta en aras del mandato del artículo sexto de la referida Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

26. En estos casos la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aduce que el cobro exorbitante obedece a los trabajos que le es debido realizar para proteger los datos personales contenidos en los documentos solicitados y en última cuenta el derecho a la intimidad de las personas. Sin embargo, hay que advertir que el respeto que ese otro derecho humano demanda no puede cobrarse a los titulares del derecho a la información.
27. Es así que debe interpretarse de acuerdo con la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 periodo ordinario de sesiones, por ser ella un instrumento en el que se plasma una interpretación del artículo 13 de la Convención.

Por el otro lado, el fundamento que se ha construido para exigir el pago de un monto desproporcionado como requisito previo a la entrega de la información solicitada se pretende sustentar en el artículo 5 de la Ley Federal de *Derechos* y en un Acuerdo General expedido por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por el que se establecen los costos y condiciones a que se sujetará el acceso a la información de quienes soliciten la expedición de copias simples, certificadas o cualquier otro medio, de los documentos que estén en posesión de las unidades administrativas y/o áreas responsables de tal Comisión, acorde a lo establecido en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y en la citada Ley Federal de *Derechos*.[28]

De entre todas estas disposiciones vale la pena destacar que en el artículo 5 de la Ley Federal de *Derechos* se establece que tratándose de los servicios que sean prestados por cualquiera de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República, se pagarán *derechos* conforme a las cuotas que para cada caso se indican, y en concreto dispone su fracción VI que de actualizarse el supuesto en ella regulado, se pagarán 93 pesos –que es lo que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pretende cobrar por hoja–, en tanto que el artículo 27 de la Ley Federal de Transparencia se debe interpretar para apreciar que el monto de la cuota oportuna que guarda congruencia razonable con el costo que para el Estado tiene la realización del servicio prestado no puede exceder a la suma del costo de los materiales utilizados en la reproducción de la información y su costo de envío.

Con eso avanzado, una vez ubicadas las disposiciones en disputa, lo siguiente es compartir que lo que resulta determinante para delinear la estrategia asumida en este tipo de litigios emprendidos en defensa del derecho a la información es evitar que el problema sea observado exclusivamente como un asunto propio de la materia fiscal.[29] Ello porque de tenerse éxito en situar estos casos en la órbita de los derechos humanos se facilita sortear uno de los obstáculos del juicio de garantías más comunes de presentarse en la práctica.

Se trata de nueva cuenta de la causal de improcedencia del amparo que se actualiza ante la falta de interés jurídico. En el ámbito del derecho fiscal suele acontecer que como requisito para impugnar algún cobro de esa índole, como el que se origina por el pago de *derechos* por servicios, se necesita

---

28. También se ha buscado fundar este cobro en el artículo 3 del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, aprobado por su Consejo Consultivo, el cual dispone que tan sólo podrá cobrarse la expedición de copias acorde con las tarifas que al efecto publique tal Comisión, e inclusive, por paradójico que resulte, en el artículo 27 de dicha Ley Federal de Transparencia.

29. El término *derechos* es usado en esta rama de la ciencia jurídica para indicar una especie del género contribuciones, consistente en el pago de una cantidad que se origina en razón de que las autoridades gubernamentales prestan un servicio y que se exige a fin de cubrir los costos en los que incurre el Estado a causa de tal actividad. En nuestro supuesto concreto, la obtención de copias de los documentos solicitados.

previamente haber cubierto la cantidad correspondiente, pues de lo contrario se carecerá de interés jurídico al no verse afectada la persona involucrada.

Sin embargo, la exigencia del pago de cantidades exorbitantes como requisito previo a la entrega de la información solicitada bastaría para impedir el pleno disfrute del derecho a la información a buena parte de sus titulares,[30] con el riesgo de convertir este derecho humano en un privilegio solamente al alcance de las personas con mayores recursos materiales, lo que de paso nos pondría en presencia de una discriminación por motivos económicos.[31]

En contrapartida, apreciado como un tema de derechos fundamentales y acudiendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la trayectoria de estos litigios estratégicos varía en ciento ochenta grados. Esto porque en términos del párrafo 3 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es posible a las autoridades gubernamentales restringir el derecho a la información a través de medidas indirectas.[32] Así, de argumentarse que el cobro desproporcionado que se impone como presupuesto de la entrega requerida en ejercicio del derecho a la información constituye una de esas vías indirectas, la consecuencia práctica que puede obtenerse es que la afectación a ese derecho se aprecie desde que se exige tal pago, por lo que desde ahí se cuenta con interés jurídico.

Asentada esta argumentación, a ella puede añadirse para completar la defensa de los casos de que se trate, todo lo que se guste en cuanto a la materia fiscal, justamente porque no deben menospreciarse las consideraciones más habituales en el foro en el que se trabaja. En ese tenor, el conocimiento de los precedentes judiciales como herramienta que no puede estar ausente en la construcción de litigios estratégicos se ha podido ratificar felizmente a propósito de este par de juicios de amparo, pues semanas antes de iniciarlos la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición muy parecida a la impugnada.

De recordarse que el principal fundamento legal para intentar el cobro de *derechos* como requisito previo a la entrega de información lo encuentra la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en la fracción VI del artículo 5 de la Ley Federal de *Derechos*, no existirá problema en prever que una declaración de inconstitucionalidad de una fracción diferente que establece un monto menor es un dato que resulta de gran utilidad al momento de plantear la defensa judicial de estos casos. Sobre todo a causa del argumen-

30. En los litigios que se relatan, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pretende el pago de 579,297.00 pesos y de 89,652.00 pesos, a razón de cobrar 93 pesos por hoja, para entregar la información.
31. Situación jurídicamente vedada por resultar contraria al mandato establecido en el tercer párrafo del artículo primero de nuestra Constitución, en el que se prohíbe toda discriminación motivada por la condición social.
32. Es aconsejable distinguir entre libertad de expresión y derecho a la información, a pesar de que en la órbita internacional se les equipare, pero ello no impide entender que el precepto aludido aplica a ambos derechos.

to empleado por la Suprema Corte para llegar a esa conclusión, a saber, que la disposición conducente viola la garantía de equidad en materia tributaria; defecto extensible a dicha fracción VI.[33]

Los dos juicios de amparo que se analizan aguardan su resolución, uno en segunda instancia ante el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el otro en primera instancia en el Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.[34] En estas circunstancias, lo que de momento puede afirmarse es que en la sentencia recaída al primero de esos litigios, el Juzgado Decimosegundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal concedió el amparo a la parte quejosa pero tan sólo en consideración de la violación a la garantía de equidad en materia tributaria.[35]

Una causa por la igualdad

El relato de este tercer caso pretende dejar anunciados dos temas adicionales que se estiman vinculados con la configuración de un litigio estratégico. Por un lado, estar conscientes de que la labor de los juristas en no pocas ocasiones implica poder ubicar los puntos neurálgicos sobre derechos humanos en los planteamientos prácticos que se nos presentan. En segundo lugar, destacar que en la preparación de juicios paradigmáticos no es trivial prever el momento adecuado para iniciar la defensa de los derechos humanos en disputa.

Para dejar esto en mente importa entonces recordar que el presente litigio inicia a partir del cuestionamiento de las reformas y adiciones a la Ley Federal de Radio y Televisión y a la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 11 de abril de 2006, las que comúnmente se han conocido como la *Ley Televisa*. Cuestionamiento realizado por el sector de las radios comunitarias agrupadas en la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC-México), radios que a su vez se catalogan, en términos del primer ordenamiento indicado, como permisionarias privadas.

Empero, cualquiera que lleve a cabo el análisis de las reformas y adiciones mencionadas desde un principio puede percatarse que el mismo rebasa

33. La razón que explica esta inconstitucionalidad se advierte a raíz de que en el penúltimo párrafo del artículo 5 de la Ley Federal de *Derechos* se dispone que no se pagará el *derecho* a que se refiere dicho precepto por los servicios solicitados por los partidos políticos legalmente constituidos, así como cuando se soliciten constancias u otros documentos a alguna de las dependencias a que se refiere esta disposición, si es con motivo de la relación laboral entre el solicitante y la dependencia, situación que pone de manifiesto un trato diferenciado irrazonable entre estos sujetos y el resto de las personas a las que se cobra por idéntico servicio.

34. En ese orden, que obedece al de las fechas de presentación de las demandas respectivas, el primer caso se identifica como el amparo en revisión 466/2006, mientras que el segundo es el amparo indirecto 882/2006.

35. Aunque el recuento del amparo indirecto 973/2006, que es el decidido por este Juzgado Decimosegundo, no estaría completo de no agregarse que en el fallo conducente también se da la razón a la parte quejosa en lo concerniente al reconocimiento del derecho de las personas solicitantes de información a optar por la modalidad de entrega de tal información y la correlativa obligación a cargo de las autoridades de atender en sus términos tal petición, derecho y obligación negadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

por mucho el ámbito estrictamente jurídico y demanda de los particulares o autoridades que deseen impugnarlas conocimientos técnicos importantes, sin pasar por alto que esas mismas modificaciones legales se han intentado justificar como marco para enfrentar el denominado fenómeno de la convergencia digital. Ante ese contexto, la primera tarea por afrontar consiste en situar dentro de los problemas posibles de suscitarse a causa de dichos cambios legales los que atañen exclusivamente a la defensa de diversos derechos humanos fundamentales.

A partir de ahí no sería extraño intuir que se ven involucradas la libertad de expresión, el derecho a la información, la libertad de trabajo y la libre concurrencia, derechos humanos establecidos en los artículos 5, 6, 7 y 28 constitucionales, aparte de su reconocimiento en textos internacionales. Como sea, conformarse con enfocar el problema solamente con base en estos derechos puede complicar la defensa, dado que abre la posibilidad de que ante las impugnaciones concretas provenientes del sector de los permisionarios privados, se refute, no sin cierto cinismo, que beneficiar a otros particulares como los concesionarios en nada afecta a los primeros. Alegato que por supuesto evade un argumento de suma-cero.[36]

Sea como fuere, este tipo de casos dejan entrever que la creatividad jurídica es vital para entablar litigios estratégicos. Es así que desde un segundo repaso tampoco resultaría extraño que se arribara a la conclusión de que en este escenario también se ve comprometido un derecho fundamental diverso a los anticipados, como lo es el derecho a la igualdad, el cual es necesario que impere entre permisionarios y concesionarios privados.[37]

Bajo esta segunda óptica, de entre todas las modificaciones realizadas a la Ley Federal de Radio y Televisión, y haciendo de lado en esta ocasión lo sucedido en torno a la Ley Federal de Telecomunicaciones, pueden destacarse sus artículos 28, 72-A y 79-A. Preceptos que, en ese orden, solamente a los concesionarios permiten prestar servicios adicionales de telecomunicaciones, incrementar la publicidad en sus transmisiones siempre que cuenten con un porcentaje de producción nacional independiente, así como difundir propaganda electoral, provocando que únicamente ellos puedan obtener los recursos indispensables para la operación de sus estaciones de radio y televisión, en tanto que a los permisionarios se les priva de toda posibilidad de allegarse recursos para mantenerse al aire a fin de encarar los cambios tecnológicos necesarios para no dejar de ejercer efectivamente sus derechos.

36. Básicamente consistente en que lo que se otorga a unos necesariamente se sustrae a otros involucrados.
37. Son concesionarias, con base en la distinción introducida en el artículo 13 de la Ley Federal de Radio y Televisión, las estaciones comerciales. En contraste, son permisionarias tanto las estaciones oficiales como las estaciones culturales, de experimentación, las escuelas radiofónicas o las demás de cualquier otra índole.

En otras palabras, las disposiciones de la Ley Federal de Radio y Televisión resultan inconstitucionales dado que realizan una distinción injustificada entre concesionarios y permisionarios, en contravención al derecho a la igualdad sin discriminaciones establecido en el artículo primero constitucional, repercutiendo de ese modo en el goce real de su libre expresión, su derecho a la información, su libertad de trabajo y su libre concurrencia.[38]

Por lo anterior, se cuenta con elementos más que suficientes para iniciar un litigio estratégico en defensa de la igualdad y en contra de los artículos 28, 72-A y 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión.[39] Con este objetivo delimitado, y tomando en cuenta los precedentes judiciales en la materia, lo que debe resolverse es si estas disposiciones establecen una distinción irrazonable, para lo cual antes que todo deben identificarse los términos de comparación adecuados entre las situaciones o los sujetos involucrados. Ello, en razón de que entre dos situaciones o sujetos siempre es posible hallar semejanzas y diferencias, pero para determinar si existe una indebida discriminación deben apreciarse sólo las relevantes.

En esa lógica, entre concesionarios y permisionarios privados existen diferencias innegables, siendo la principal que los primeros, en perfecto uso de sus derechos, operan estaciones comerciales y dirigen sus actividades a la obtención de un lucro, mientras que los segundos operan estaciones culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o algunas otras de similar índole, además de que se conducen sin lucro. Asimismo, entre esos concesionarios y permisionarios prevalecen semejanzas inobjetables, pues ambos son particulares, gozan de los derechos humanos reconocidos en

---

38. Para internarse en el tema de la igualdad es recomendable leer, entre otros, a Carbonell, Miguel, *Igualdad y constitución*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004, y a Ferrajoli, Luigi, «Igualdad y diferencia», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. edición, Trotta, Madrid, 2001.

39. Estos preceptos se transcriben para facilitar su consulta, artículo 28: "Los concesionarios que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión a través de las bandas de frecuencias concesionadas deberán presentar solicitud a la Secretaría. / Para tal efecto, la Secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico en la que se prestarán los servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión, la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares, en los términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones. / En el mismo acto administrativo por el que la Secretaría autorice los servicios de telecomunicaciones, otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, a que se refieren las fracciones I y II, respectivamente, del artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Estos títulos sustituirán la concesión a que se refiere el artículo 21 de la presente Ley. / Los concesionarios a quienes se hubiese otorgado la autorización a que se refiere este artículo deberán observar lo siguiente: / I. Las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y los servicios de telecomunicaciones que se presten en ellas, se regirán por las disposiciones aplicables en materia de telecomunicaciones; / II. El servicio de radiodifusión se regirá por las disposiciones de la presente ley, en lo que no se oponga a la Ley Federal de Telecomunicaciones", artículo 72-A: "Los concesionarios que cubran con producción nacional independiente cuando menos un veinte por ciento de su programación, podrán incrementar el porcentaje de tiempo de publicidad a que se refiere el Reglamento de esta ley, hasta en un cinco por ciento. / Este incentivo se aplicará de manera directamente proporcional al porcentaje de producción nacional independiente con el que se dé cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior", y artículo 79-A: "En cumplimiento de la función social de la radiodifusión a que se refiere el artículo 5 de esta ley, en la difusión de propaganda electoral, los concesionarios observarán las siguientes disposiciones: / I. Tratándose de elecciones federales, deberán informar al Instituto Federal Electoral sobre la propaganda que hubiese sido contratada por los partidos políticos o por los candidatos a cualquier puesto de elección, así como los ingresos derivados de dicha contratación, conforme a la metodología y formatos que al efecto emita ese Instituto en el Reglamento de Fiscalización respectivo; / II. Atenderán los requerimientos de información en la materia que les formule el Instituto Federal Electoral; / III. Tratándose de concesionarios, éstos ofrecerán tarifas equivalentes a la publicidad comercial, y / IV. El Instituto Federal Electoral, durante los procesos electorales federales, será la instancia encargada de pagar la publicidad electoral de los partidos políticos con cargo a sus prerrogativas, y dictará las medidas necesarias para ello".

las disposiciones supremas, y operan estaciones de radio y televisión en ejercicio de su libertad de expresión, su derecho a la información, su libertad ocupacional y su garantía individual a la libre concurrencia.

Evidenciada la presencia de derechos humanos, el escrutinio al legislador ordinario debe ser estricto. No obstante, si el análisis constitucional se limitara a corroborar que entre concesionarios y permisionarios privados existen diferencias manifiestas, sin reparar en sus semejanzas, apresuradamente se podría concluir que cualquier distinción resulta razonable porque el legislador secundario ha optado por tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En contra, una argumentación adecuada debe orientarse para que el peso de las semejanzas entre concesionarios y permisionarios sea ponderado con mayor detenimiento.

En fin, que lo primordial es centrar el debate en si la prohibición impuesta a los permisionarios privados en los artículos 28, 72-A y 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, al impedirles prestar servicios adicionales de telecomunicaciones, incrementar la publicidad no comercial en sus transmisiones y difundir propaganda electoral, todo ello sin fines de lucro, sino tan sólo orientado a la obtención de los recursos indispensables para su operación, constituye o no una obstaculización o menoscabo de sus derechos humanos.

De actualizarse esas violaciones a derechos humanos, lo conducente es intentar remediar esta situación inconstitucional planteando la interpretación de los artículos 28, 72-A y 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, de conformidad con los mandatos supremos,[40] a efecto de posibilitar que se considere que los permisionarios cuentan con iguales derechos que los concesionarios, es decir, que no se les prohíben las mismas acciones que los concesionarios tienen permitidas, salvando en todo momento que actúen sin fines de lucro.

Fijado el punto central de debate en lo concerniente al derecho a la igualdad, el reto subsecuente lo representó la determinación del momento preciso para impugnar las disposiciones legales referidas. Como es conocido entre los litigantes de amparo, las leyes que se consideren inconstitucionales pueden combatirse desde su entrada en vigor o esperar a que las mismas sean aplicadas en concreto por alguna autoridad. Esta distinción resulta pertinente a la hora de construir la defensa judicial de un caso como el que aquí se expone.

40. La interpretación conforme conlleva una técnica argumentativa que se puede sintetizar diciendo que entre dos significados posibles para una disposición jurídica, siempre deberá optarse por el que sea consistente con otros preceptos de mayor jerarquía, sean estos de origen constitucional o provengan de fuente internacional.

Admitido que los artículos 28, 72-A y 79-A de la Ley Federal de Radio y Televisión privan de ciertos derechos legales a las permisionarias privadas, lo que siguió fue decidir cómo resaltar la afectación sufrida y elegir el mejor escenario. Tres alternativas se presentaron. Una, tratar de llevar a cabo las actividades que dichas disposiciones sólo permiten a los concesionarios, bajo el riesgo de enfrentar las repercusiones legalmente previstas para el caso de que un titular de un permiso actúe fuera de los límites concedidos.[41]

Dos, solicitar autorización de las autoridades conducentes para realizar tales actividades y ante la previsible negativa impugnar los artículos que la sustentan. Tres, combatir desde un inicio los citados preceptos aduciendo que al establecer una prohibición a partir de que entran en vigor producen contravenciones a los derechos fundamentales de todas las permisionarias.

Las razones para transitar por la tercera vía obedecieron a decisiones tácticas. De entrada, evidentemente para evitar poner en peligro los intereses de la parte representada en este asunto. Segundo, porque ante cualquier complicación advertida en este primer juicio de garantías la estrategia del litigio puede variar en amparos futuros promovidos a raíz de los primeros actos de aplicación de las disposiciones en comento, siguiendo la opción dos. Adicionalmente, presentar con rapidez una demanda de amparo abría la posibilidad de que a la larga fuera atraída por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer la acción de inconstitucionalidad 26/2006 que formularan una minoría de los legisladores en contra de las modificaciones a las leyes federales de Telecomunicaciones y Radio y Televisión.[42]

Posibilidad que se ha visto comprometida debido al retraso para conformar el expediente a propósito del recurso que se promoviera en contra del fallo del Juzgado Décimo de Distrito en el Estado de Sonora, dado que esa instancia negó la protección a los derechos humanos involucrados, y que apenas ahora se encuentra ante el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito como amparo en revisión 63/2007.

41. La principal consecuencia no es menor, toda vez que en términos de la fracción III del artículo 37 de la Ley Federal de Radio y Televisión, a un particular puede revocarse su permiso para operar, entre otras causales, por "transmitir anuncios comerciales o asuntos ajenos a aquellos para los que se concedió el permiso".
42. Obvio, parte de la estrategia de un litigio paradigmático es lograr que se ejerza dicha facultad de atracción.

Discusiones pendientes

Con base en la experiencia acumulada en los litigios que se han examinado, se está en posibilidad de compartir las ideas que a continuación se enlistan sin orden de importancia:

- Una visión garantista del derecho facilita emprender la defensa judicial de los derechos.
- Se requieren conocimientos sobre argumentación jurídica para construir las demandas.
- Reconocer todas las disposiciones relevantes que regulan el caso es una tarea previa.
- Acudir a fuentes de derecho internacional de los derechos humanos es indispensable.
- Estar al tanto de los precedentes judiciales en la materia es una obligación del litigante.
- Enfrentar en lugar de evadir los obstáculos procesales resulta altamente recomendable.
- Preparar la materia probatoria de los casos, cuando sea necesario, es fundamental.
- Escoger el momento adecuado para iniciar los litigios estratégicos no es indiferente.
- Se debe estar dispuesto a llevar hasta las últimas instancias todo litigio estratégico.
- Cuando falla el litigio estratégico se debe acudir a otras vías de defensa paradigmática.
- El litigio estratégico deviene un método magnífico de enseñanza práctica del derecho.

- Nunca se deben comprometer los intereses de la parte representada al preparar el caso.

- A veces puede ser conveniente atraer reflectores públicos sobre el litigio de un caso.

- Siempre se debe ubicar el derecho afligido y verse el tema como de derechos humanos.

En conclusión, plantear los litigios siempre como un medio para la defensa de un derecho humano es lo que permite separarlos de simples disputas por intereses concretos hasta convertirlos en causas paradigmáticas. Siendo así, no se debe optar solamente por construir los casos en óptimas condiciones de laboratorio, sino que se debe asumir el reto de preparar un litigio estratégico en cualquier momento en que se presente la oportunidad. Porque en definitiva, cada vez que se pone en práctica uno de estos ejercicios se colabora en el mejoramiento de nuestra democracia, una democracia participativa, razonada y sustantiva.

Las estrategias de litigio en el combate a la criminalización de los migrantes en la Frontera Sur de México

*Ricardo Lagunes Gasca**

I. Introducción

El Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova A.C. (CDH Fray Matías), organismo civil de derechos humanos que trabaja en la región del Soconusco, desde la ciudad de Tapachula, Chiapas, ha recorrido durante diez años un camino de lucha y crecimiento en la defensa y promoción de los derechos humanos.

La labor del CDH Fray Matías comprende a todos los sectores vulnerables de la población nacional o extranjera, que acuden en busca de una orientación jurídica sobre alguna problemática en particular en el área penal, laboral, civil, familiar o migratoria. Ante la demanda de nuestros servicios, nos avocamos por garantizar que las personas que los requieran sean beneficiadas con una adecuada orientación y defensa que les permita el acceso a la justicia.

Por su ubicación estratégica –en el camino de paso de los migrantes sin documentos y a unos escasos kilómetros de la frontera internacional entre México y Guatemala–, el fenómeno de la migración es parte de los pilares fundamentales de acción del CDH Fray Matías.

En el desarrollo del presente artículo, haremos un análisis de cada uno de los problemas estructurales que dan pie a la criminalización de los migrantes, asimismo, se mencionarán las estrategias que se han implementado ante la detección y documentación de las violaciones a sus derechos humanos. También, señalaremos algunas dificultades o limitaciones que se presentan durante la implementación de las estrategias de litigio ante dichas violaciones.

Es importante destacar que el CDH Fray Matías aún no ha incorporado el litigio estratégico en su mecanismo de defensa de los derechos humanos, por lo que ha abordado las violaciones sistemáticas de forma particular, conforme son detectados los casos de violaciones en los diferentes centros de refugio para migrantes o en las mismas oficinas del Centro.

* Nacido en México, D.F., el 14 de diciembre de 1981. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Master en Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá, España. Abogado del Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova, A.C. Tapachula, Chiapas.

Por ello, realizaremos a manera de conclusión una reflexión acerca de cómo implementar el litigio estratégico para combatir alguno de los problemas estructurales de la región, con la finalidad de incidir en el actuar de las autoridades migratorias y policíacas, así como en los operadores de justicia que intervienen en el contexto de criminalización de los migrantes en la Frontera Sur de México. En el entendido de que al implementarse esta técnica de protección y defensa de los derechos humanos, se busca que el reconocimiento y el beneficio en el goce y disfrute de los mismos, tenga una mayor cobertura en el sector vulnerable con el cual se está trabajando, consiguiéndose un cambio estructural en las instituciones, en los procedimientos y en los servidores públicos que las conforman y que aplican éstos últimos.

II. Contexto regional

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la situación más grave en materia de migración se presenta en la Frontera Sur, donde hay importantes movimientos transfronterizos de personas, sobre todo en esta región del Soconusco que divide a México y Guatemala. Según el Consejo Nacional de Población, hay entre 50 mil y 75 mil ingresos anuales documentados (que pueden incluir entradas múltiples), y un número indefinido de ingresos no documentados, pero que puede llegar a constituir un total de entre 100 mil y 250 mil trabajadores.[1]

El tema migratorio conlleva un entramado de problemáticas sociales, económicas, políticas, de seguridad jurídica, de debido proceso legal y de falta de acceso a la justicia para todos los extranjeros que deciden internarse en territorio mexicano.

La población migrante en estas latitudes se ve envuelta en una inseguridad y vulnerabilidad jurídica ante la discriminación y xenofobia desplegada no solamente por los delincuentes locales o las pandillas, sino también por el despliegue del uso excesivo de la fuerza, el abuso de autoridad y la corrupción de los servidores públicos de todos los niveles, encargados de velar por la seguridad pública y fronteriza.

El tipo de abusos más recurrentes que enfrentan los migrantes son la extorsión, el robo, la agresión física, la intimidación y las amenazas, el abuso sexual, la destrucción de documentos y la detención sin información sobre sus derechos. La impunidad y el encubrimiento de estos abusos son

1. Cfr. "Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México." Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, México 2003, p. 174.

permanentes, pues la mayoría de los migrantes desconocen sus derechos y enfrentan grandes dificultades, riesgos y costos administrativos para hacer una denuncia. No existen datos precisos sobre el número de muertes ni la cantidad de abusos cometidos en la zona de la Frontera Sur.[2]

Con relación a lo anterior, el Subsecretario de Población, Migración y Asuntos Religiosos de la Secretaría de Gobernación, Florencio Salazar Adame, el día 12 de febrero de este año, en conferencia de prensa y en respuesta a la pregunta de si consideraría que la Frontera Sur es un foco rojo para el Gobierno Federal, aseveró que:

> Sí, por supuesto. Es un enorme foco rojo porque tenemos una frontera sur porosa con un poco control de acceso de quienes vienen de Centroamérica y otras regiones por esa parte del país para acceder al nuestro.
>
> Hay violación a los derechos humanos del migrante, hay actos de corrupción y bandas organizadas que se dedican a delinquir, a asaltar a los migrantes, recientemente los mismos medios han informado como polleros pelean con otros polleros por las personas que tratan de trasladar de manera ilegal hacia los Estados Unidos, por eso el presidente Calderón nos ordenó que le presentáramos y sobre eso estamos trabajando desde diciembre pasado en el programa "Frontera Sur Segura" con respeto a los derechos humanos.

Es paradójico que a pesar de la existencia de tantos cuerpos de "seguridad" del ámbito federal, estatal y municipal, la situación de inseguridad sea mayor tanto para los migrantes que cruzan la frontera sin documentos como para la población mexicana de la región.

La violencia y la criminalización de los migrantes en la Frontera Sur de México se han visto recrudecidas a consecuencia del "efecto" del muro de la frontera norte con los Estados Unidos de América, ya que el cierre de su frontera ha traído aparejada la implementación de la política de mano dura y militarización de la zona con la finalidad de contener a la migración proveniente principalmente de Centro América, que genera, más que una labor de prevención, acciones de represión.

Otro factor que incide para la persecución de los migrantes en el sur de México, es la presencia de las pandillas Mara Salvatrucha (MS 13) y Barrio 18. Esto ha originado que los diversos cuerpos de seguridad en Chiapas (Policía

2. Cfr. Ibidem.

sectorial y municipal principalmente), detengan arbitrariamente a personas que portan algún tatuaje en su cuerpo, sin muchas veces fundar y motivar que dichas personas realmente estén asociadas a una pandilla y representen un peligro para la sociedad.

En este tenor, es ejemplificativo observar cómo a través de la legislación penal vigente en el Estado de Chiapas, se ha incorporado como agravante a la conducta típica de pandillerismo, el hecho de *mostrar tatuajes* o el de *hacer señas con las manos.*

De esta manera, el artículo 238 Quater del Código Penal del Estado de Chiapas, dentro del capítulo de Delincuencia Organizada, Asociación Delictuosa y Pandillerismo, contempla que aquellos grupos de dos o más personas que soliciten dinero o dádiva en forma intimidatoria en vehículos del transporte público, en la vía pública o en cualquier sitio abierto al público, serán sancionados con prisión de dos a tres años. La pena se incrementa de dos a cuatro años, en el supuesto de que las personas que lleven a cabo la conducta antes mencionada *muestren tatuajes*, hagan señas *con las manos*, porten objetos como cadenas, piedras, palos o cualquier otro que pudiera dañar la integridad de las personas.

De la experiencia en el litigio desarrollado con este tipo de casos de detención arbitraria, nos hemos percatado de que la mayoría de los jóvenes centroamericanos o mexicanos que están recluidos en el centro de readaptación social de la ciudad de Tapachula, sujetos de un proceso penal por alguno de los delitos antes mencionados, pertenecieron a alguna pandilla, sin embargo, su situación actual es de "tranquilo", es decir, retirado de la misma. Desafortunadamente, el estigma de los tatuajes es un elemento para que sigan siendo víctimas de la persecución y de la exclusión social.

Asimismo, otro elemento que contribuye a la vulnerabilidad de los migrantes en situación indocumentada en la Frontera Sur de México, es la presencia de un sinnúmero de cuerpos de seguridad federal, estatal y municipal, que fuera del marco de la ley realizan procedimientos de verificación y vigilancia previstos en la Ley General de Población y su Reglamento, los cuales sólo pueden ser ejecutados por los agentes del Instituto Nacional de Migración y la Policía Federal Preventiva, de acuerdo con los artículos 156 de la Ley General de Población y 196 de su Reglamento. Sin embargo, corporaciones como la Agencia Federal de Investigaciones, Ejército

Mexicano, Policía Sectorial del Estado de Chiapas, Policía Estatal Fronteriza (que se sumó recientemente a las 35 corporaciones policíacas ya existentes[3]) y las diversas policías municipales de la región, realizan aseguramientos *motu proprio* y ponen a los migrantes a disposición del Instituto Nacional de Migración en la Estación Migratoria de la ciudad de Tapachula, en la completa impunidad para las autoridades que practican estos aseguramientos que se encuentran al margen de la ley, ya que ante la deportación se impide la presentación de denuncia o queja administrativa.

Esta situación dio origen a una Recomendación[4] de carácter general emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sobre "La práctica de verificaciones migratorias ilegales", dirigida a los Secretarios de Gobernación, de la Defensa Nacional y de Marina, al Procurador General de la República, a los Gobernadores de las Entidades Federativas y al Jefe de Gobierno del Distrito Federal. En su parte medular, la misma recomienda que los cuerpos de seguridad federales, estatales y municipales se deben abstener de realizar actos ilegales de verificación de documentos migratorios a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional. Asimismo, recomendó al Instituto Nacional de Migración instruir al personal responsable de recibir a los migrantes que son puestos a disposición por autoridades federales, estatales o municipales, tener conocimientos de que el aseguramiento es consecuencia de un acto de verificación migratoria ilegal, y dar vista a las autoridades competentes para deslindar la responsabilidad penal o administrativa en que se haya incurrido.

Es importante destacar que este contexto de criminalización y discriminación hacia los migrantes indocumentados provenientes de Centro América se ve reflejado, también, en los medios de comunicación escrita. En el monitoreo de los diarios locales de la ciudad de Tapachula y de circulación estatal, hemos detectado que hay una tendencia en las notas informativas que buscan generar el temor y rechazo a los migrantes indocumentados, ubicando en la sección policíaca todo lo que hace alusión a algún incidente en el que esté involucrado un migrante. Aunado a que el término por excelencia utilizado por los periodistas para referirse a los migrantes es el de "ilegal".

Por lo tanto, el panorama social y jurídico se percibe bastante complejo, puesto que en el mismo existe una diversidad de realidades adversas respecto de las cuales se deben de implementar estrategias de litigio que permitan la visibilización de estos problemas estructurales, y simultáneamente que

3. www.jornada.unam.mx, edición del 07 de febrero de 2007, Sección Política, "Guatemala pedirá información a México sobre la 'Policía Fronteriza': embajador."
4. Recomendación General 13 de la CNDH, 15 noviembre 2006. http://www.cndh.org.mx/recomen/recomegr.asp

hagan presente en los operadores de justicia la obligación de observancia y aplicación de los derechos humanos de los migrantes, reconocidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por México.

III. Problemas estructurales y estrategias de litigio

III.1 Falta de Acceso a la Justicia y recursos efectivos

El derecho de acceso a la justicia que asiste a los habitantes de América Latina para la protección, prevención y reparación de las violaciones a sus derechos humanos, se ve seriamente limitado tanto por las condiciones económicas que han sumido en la pobreza a un sector mayoritario incapaz de sufragar los costos de la justicia, como por el fenómeno de impunidad y corrupción presente en las distintas instancias de la administración y la procuración de justicia.[5] Aunado a este aspecto económico, por lo que toca a los migrantes, la discriminación y la criminalización juegan un papel determinante para negar el acceso a la justicia a aquellos que ingresan a territorio mexicano de forma indocumentada.

Nuestra Constitución, en su artículo primero, reconoce que todos los individuos que se encuentren en territorio mexicano gozarán de las garantías y derechos que se consagran en ella. Además prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Sin embargo, en la praxis encontramos que los extranjeros indocumentados poseen un mínimo de posibilidades de acceder a las instancias competentes para exigir el reconocimiento de un derecho o la reparación de algún daño cometido en su agravio.

Cabe destacar que en la Constitución mexicana y en el derecho internacional se establece el acceso a la justicia y al debido proceso como un derecho humano que no debería restringirse por motivos del estatus migratorio de una persona.[6]

---

5. Cfr. "Democracia, Derechos Humanos y la Administración de justicia en la Región Andina", Comisión Andina de Juristas, Perú, 1994. p. 69.
6. "Informe Alternativo México" ForoMigraciones, presentado ante el Comité de Derechos de Trabajadores Migratorios de las Naciones Unidas, 2005, p. 32

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin ningún tipo de discriminación.

Asimismo y en caso de que los Estados partes no tuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter los derechos y libertades mencionados en el párrafo anterior, deben comprometerse a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos (artículo 2 Convención Americana).

El derecho de acceso a la justicia va ligado al derecho a un recurso efectivo, puesto que de la existencia de recursos efectivos depende fundamentalmente el que una persona pueda acceder al reconocimiento de un derecho. Tal y como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no basta con la existencia formal de los recursos, sino que es necesario que estos sean idóneos y efectivos para el reconocimiento de un derecho o para su reparación en caso de ser violado.[7]

Además, para satisfacer el derecho a la justicia, no es suficiente que en el respectivo recurso se emita una decisión definitiva en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas; es preciso que también existan mecanismos efectivos para ejecutar esas decisiones o sentencias, para así proteger de manera efectiva los derechos declarados.[8]

Dentro de este marco jurídico nacional e internacional, se obliga al Estado mexicano a garantizar el acceso a la justicia a través de recursos que sean efectivos e idóneos para cualquier persona que se ubique en su jurisdicción. De contravenir dichas disposiciones, el Estado mexicano incurre en una responsabilidad internacional.

Recientemente, el Comisionado del Instituto Nacional de Migración emitió una circular[9] que permite a los migrantes indocumentados que han sido víctimas de algún delito o violación a sus derechos humanos en territorio nacional, acceder a regularizar su situación migratoria para que de esta manera puedan permanecer en el país hasta en tanto se resuelva el procedimiento legal mediante el cual les sea reparado el daño cometido. Esto es un

7. *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia 1 de febrero 2006, Serie C Núm. 141, párrafo 139; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia 22 de noviembre 2005, Serie C Núm. 135, párrafo 184; *Caso Palmeras vs. Colombia*, Sentencia 6 de diciembre 2001, Serie C Núm. 90, párrafo 58.
8. Cfr. Faúndez Ledesma, H. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos institucionales y procesales", 3 ed., San José de Costa Rica, 2004. p. 310.
9. Circular 08/2006 Agosto de 2006, Instituto Nacional de Migración.

criterio progresivo indudablemente para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, sin embargo, este documento no se difunde ampliamente por las autoridades de migración y solamente las personas que reciben la asistencia de los organismos de derechos humanos llegan a conocerlo.

Incluso las mismas autoridades de procuración y administración de justicia desconocen el contenido de esta circular en comento, por lo que continúan conduciéndose en la lógica de que cualquier persona que desee hacer valer un derecho ante ellas, primero debe acreditar su legal estancia en el país, sin importar el delito o daño que hayan sufrido.

Cabe destacar que la Ley General de Población establece en su artículo 67 la obligación para las autoridades federales, locales o municipales, así como los notarios públicos de exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país y den aviso a la Secretaría de Gobernación acerca de los y las migrantes irregulares de quienes tengan conocimiento. Esto claramente representa un obstáculo al acceso a la justicia y al debido proceso. Un migrante víctima de un delito suele no acudir a denunciarlo por miedo a que el Ministerio Público lo detenga y entregue a las autoridades migratorias, quienes le asegurarán y deportarán sin darle la oportunidad de defender sus derechos violentados.[10]

En este orden de ideas, la experiencia que hemos tenido como organización no-gubernamental de derechos humanos enfrentando la falta de acceso a la justicia para los migrantes indocumentados, es que las autoridades de procuración de justicia solamente permiten el acceso a la misma cuando existe una presión mediática por parte de la sociedad civil organizada para el inicio y resolución del procedimiento legal que repare los daños ocasionados en agravio del migrante. Ya sea a través del acompañamiento de la víctima en la presentación de la denuncia o en la interlocución con los superiores jerárquicos de las autoridades que obstruyen el acceso a la justicia. Dramáticamente, para aquellos casos en los que no tenga conocimiento alguna organización de derechos humanos, el migrante tendrá que enfrentar el aparato de "justicia" totalmente solo y vulnerable, haciendo frente a la discriminación institucional, legal y social.

Mediante interpretación jurisprudencial[11] se ha determinado que los trabajadores extranjeros están legitimados para comparecer a juicio aún cuando no tuvieran acreditada su legal estancia en el país: "tomando en

10. "Informe Alternativo México", *op. cit.*, p. 15.
11. Tesis jurisprudencial del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, febrero de 1995, Tesis VIII, 2º.36 L. Página 222.

consideración que la legitimación activa o pasiva es la posibilidad, aptitud, o facultad que tiene el sujeto para desempeñarse por sí mismo dentro de un juicio determinado a fin de defender los derechos de que es titular, ya sea como actor o demandado, el sólo hecho de que el trabajador haya comparecido al juicio laboral por su propio derecho, lo legitima para tal efecto, no obstante que sea extranjero y no tuviere acreditada su legal estancia en el país, pues de no reconocerle tal legitimación se le violarían las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 constitucional".

Por otro lado, si el migrante pudo ejercer su derecho de acceso a la justicia, quizá a través de la presentación de una querella o denuncia penal, queja administrativa, demanda laboral, etc., existe la posibilidad que decida abandonar el trámite del recurso, debido al retardo injustificado que caracteriza al sistema de procuración y administración de justicia. Podemos destacar que no siempre los recursos legales disponibles son eficaces para la reparación del daño de la violación a los derechos humanos del migrante.

III.2 Detenciones Arbitrarias

En Tapachula, Chiapas, a partir de la segunda quincena de noviembre de 2004, se desencadenaron operativos para combatir el fenómeno de las *maras*. Con ello, se ha enfatizado la detención de migrantes extranjeros, pues tanto las autoridades como la sociedad en general especulan y actúan partiendo de la premisa de que todo extranjero joven y tatuado es miembro de la *mara*.[12]

En el marco de los operativos anti-maras, en la zona de Tapachula, se destinaron 1,221 hombres de distintas corporaciones policíacas, 600 vehículos y 3 helicópteros. Las autoridades mencionaron que detrás de estos operativos había una investigación que procedía de años, mediante la cual se localizaron diversos puntos de reunión de la Mara Salvatrucha, personajes que controlan el narco-menudeo, organizaciones de tráfico ilícito de migrantes y lugares en los que mujeres indocumentadas y menores de edad son víctimas de la trata de personas con fines de explotación sexual. El fenómeno de las *maras* se ha abordado únicamente desde una perspectiva de seguridad pública, en vez promover simultáneamente políticas de solución estructurales que incorporen elementos de políticas educativas y de empleo para la juventud. La implementación de las leyes y operaciones anti-maras no responden a ese enfoque integral, y más bien en la práctica se han traducido en violaciones generalizadas a los derechos humanos de sectores juveniles.[13]

12. "Informe Alternativo México", *op. cit*., p. 13
13. "México y su Frontera Sur", Sin Fronteras I.A.P., México, 2005, pp. 26-27.

Caso de detención arbitraria.

> José Santos Melgar Reyes aprehendido en Tapachula, Chiapas, por la policía pública mientras realizaban el operativo Acero III anti-mara, diciéndole que iría solamente para tomarle una declaración. Fue engañado y consignado ante el Juez, acusado de pandillerismo y portación de arma prohibida. Motivo por lo cual se presentó un amparo indirecto en el Juzgado de Distrito por privación ilegal de la libertad, el cual fue desechado. Después, fue presentado ante el Juez penal un recurso de causa de excluyente del delito, el cual fue desechado. Se volvió a presentar un amparo indirecto en contra de la resolución dictada; el amparo fue concedido y el Juez de Distrito advirtió además en su resolución final que claramente fueron violadas las garantías individuales a José Santos. El Juez de Distrito ordenó al Juez Penal que lo pusiera en inmediata libertad a disposición del Instituto Nacional de Migración. Y toda vez que tiene un hijo nacido en territorio mexicano y con fundamento en el artículo 39 de la Ley General de Población, se solicitó que fuera puesto en libertad para iniciar su regularización migratoria.[14]

La imputación de delitos como el de Portación de Arma Prohibida y/o Pandillerismo, es muy frecuente en la Frontera Sur de México respecto de los jóvenes que portan algún tatuaje y que son asociados automáticamente a las *maras*. Esta imputación de delitos se origina a raíz de una detención que es fundamentada en conceptos muy ambiguos como el de "escandalizar" o "mostrar actitud sospechosa" como elementos para ejecutar la misma.

Por otro lado, el sistema de administración de justicia en Chiapas, específicamente en la ciudad de Tapachula, no es garante de los derechos fundamentales de estas personas detenidas de forma arbitraria. En numerosos casos, los jueces penales tienden a ratificar las detenciones efectuadas por las autoridades ministeriales, sin que se encuentren acreditados los elementos del delito y la responsabilidad penal, por lo que el juez forzadamente dicta el auto de formal prisión como un medio de escarmiento para el procesado. En el intento por visibilizar este tipo de actos violatorios de las garantías individuales y los derechos humanos, hemos presentado amparos indirectos que permitan el estudio de fondo de estos.

Desafortunadamente, en uno de los amparos en el que estaba por celebrarse la audiencia constitucional y violando flagrantemente la Ley de Amparo, la autoridad demandada, es decir el juez penal, haciendo caso omiso de que el proceso estaba suspendido por determinación del juez de amparo,

14. "Informe Alternativo México", *op. cit.*, p. 14.

emitió sentencia absolutoria de nuestro representado. Si bien la sentencia no le causó perjuicio en su esfera jurídica, el juez de amparo sobreseyó el juicio de garantías sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, y sin que impusiera sanción alguna a la autoridad responsable por el desacato cometido.

La figura de "flagrancia" es muy recurrida por las autoridades para efectos de justificar las detenciones arbitrarias. Se han presentado varios casos en los que jóvenes extranjeros que portan tatuajes y que se encuentran reunidos en grupos de dos o más personas en la vía pública, son detenidos por alguno de los diversos cuerpos policíacos existentes en Tapachula, por estar supuestamente escandalizando en la vía pública, amenazando a los transeúntes de manera verbal o con algún arma prohibida. El elemento de prueba que prevalece en el trámite del procedimiento penal y con el cual la autoridad ministerial y jurisdiccional basa sus determinaciones, es la tarjeta informativa de los agentes aprehensores, sin respetar el principio de presunción de inocencia. Además, de que no se practican otras diligencias en los casos de portación de arma prohibida, como por ejemplo, el peritaje de huellas dactilares para determinar que efectivamente el cuchillo lo portaba la persona inculpada o procesada. De lo contrario, se concede demasiado poder a la tarjeta informativa de los agentes, y como sucede frecuentemente, hacen uso indebido de sus facultades mediante la imputación de delitos que no se cometieron. Para aclarar la idea anterior, figura la defensa de un joven procesado por Portación de Arma Prohibida, quien fue detenido porque según la información de los policías, presentaba "actitud sospechosa" y huyó al momento de notar su presencia. Al ser detenido, fue registrado y se le encontró un cuchillo en su mochila. En este caso se argumentó que la detención había sido arbitraria porque no se motivó en qué consistió esa "actitud sospechosa" o conducta típica para que fuera detenido. Además de que no se practicaron los peritajes correspondientes para probar que portaba el arma, y en todo caso que la portara, cuál era el riesgo que implicaba para la sociedad si el cuchillo lo guardaba en su mochila.

Otra estrategia de defensa en estos casos es la solicitud de careos entre los agentes aprehensores y el procesado, conjuntamente con el interrogatorio que tiende a aclarar los hechos y encontrar las contradicciones en el dicho de los agentes para beneficio de nuestro defendido. En el caso de un nacional guatemalteco detenido en la ciudad fronteriza de Talismán, por estar presuntamente escandalizando en la vía pública y por amenazar con un cuchillo a los dos agentes que lo aprehendieron, durante la práctica de los

careos cada agente negó haber detenido y desarmado al procesado, manifestando que había sido su compañero el que lo hizo. A pesar de esta contradicción el juez dictó sentencia condenatoria con derecho a fianza por no ser considerada grave esta conducta típica.

III.3 Verificaciones migratorias ilegales y abuso de autoridad

Como se señaló al inicio del presente artículo, las acciones de control y verificación migratoria son procedimientos administrativos exclusivamente a cargo del Instituto Nacional de Migración y de la Policía Federal Preventiva, conforme a lo dispuesto por los artículos 56 del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, 7, 64, 151 y 156 de la Ley General de Población y 196 de su Reglamento. Estos servidores públicos pueden realizar la detención flagrante de los extranjeros en caso de que no acrediten su legal estancia en el país. Acto seguido, son asegurados para su posterior expulsión. Dicho procedimiento debe cumplir con las garantías del debido proceso –como todo procedimiento llevado a cabo por autoridad– y en el que exista de por medio alguna afectación a la esfera jurídica de la persona.[15]

Ninguna otra institución federal, estatal o municipal está facultada por la ley para realizar acciones de verificación migratoria, y para que puedan participar en la ejecución de operativos de esa naturaleza se requiere que así les sea solicitado por el propio Instituto Nacional de Migración, siempre y cuando ese Instituto se encuentre al mando del mismo.

Sin embargo, persiste la arbitrariedad de las autoridades que no están facultadas para realizar procedimientos de verificación y vigilancia, como la Agencia Federal de Investigaciones, Ejército Mexicano, Policía Sectorial de Chiapas, Policías Municipales de la Frontera Sur de Chiapas, y que sin mediar solicitud del Instituto Nacional de Migración, practican aseguramientos de extranjeros que no acreditaron su legal estancia en el país y los trasladan a las autoridades de migración. Esta hipótesis es en el mejor de los casos, porque estas autoridades suelen también extorsionar a los migrantes o desposeerlos de su dinero para después dejarlos a la deriva en su camino por terrenos inhóspitos. En el caso de la señora Leticia de El Salvador, al cruzar de forma indocumentada la frontera de Tecún-Uman y Ciudad Hidalgo para ir en busca de su esposo que se encontraba internado de gravedad en un hospital de Tapachula, fue detenida por elementos del Ejército Mexicano y

15. Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

le solicitaron identificarse. Al no poder acreditar su legal estancia en el país, la llevaron a un lugar apartado para poder registrarla en busca de dinero. Cuando llegó a Tapachula, la asistimos en la presentación de la denuncia penal en la Fiscalía Especializada en Delitos de Violencia contra la Mujer y en la presentación de la queja ante la oficina regional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En la Fiscalía continúan las investigaciones y la CNDH aún no emite recomendación alguna.

Estas autoridades policíacas y cuerpos armados, durante el desarrollo de los rondines de vigilancia y operativos de seguridad pública en las inmediaciones de instalaciones ferroviarias o en la vía pública, argumentan que al detectar a personas en actitud sospechosa o marcado nerviosismo, les solicitan que se identifiquen y acrediten su legal estancia en el país, y que, al no contar con documentos migratorios, son puestos a disposición del Instituto Nacional de Migración.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la Recomendación General Número 2, emitida el 19 de junio de 2001, se pronunció en el sentido de que, jurídicamente, las detenciones que tienen su origen en la presencia o actitud sospechosa o en un marcado nerviosismo del sujeto, no encuentran sustento legal, porque son contrarias al principio de inocencia, pues tanto en esos supuestos como en los hechos señalados en la Recomendación General número 13, el acto de molestia se ha realizado para confirmar una sospecha, lo que trae como consecuencia que tales conductas resulten ilegales, y con ello se vulneren los Derechos Humanos de los extranjeros, relativos a la legalidad y a la seguridad jurídica.[16]

Al respecto, en 2003 la Relatora Especial de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, hizo una recomendación al gobierno mexicano en el sentido de:

> […] limitar la intervención de otras fuerzas armadas o de seguridad pública, en actividades de control migratorio […]

Asimismo recomendó:

> […] que también sería importante lanzar una campaña contra la extorsión y el abuso de migrantes indocumentados, con una penalización efectiva de los funcionarios implicados.[17]

16. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General número 13, 15 noviembre de 2006. Apartado III. Observaciones.
17. Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, en su Visita a México, E/CN.4/2003/85/Add.2, 30 de Octubre de 2002, párrafo 51.

Si como resultado de una verificación migratoria ilegal el extranjero es puesto a disposición del Instituto Nacional de Migración y asegurado, la autoridad migratoria incurre en responsabilidad en caso de no hacer del conocimiento de las autoridades competentes ese acto para que se deslinde la responsabilidad administrativa en que se haya incurrido. Además de que, si en la comisión de ese acto de verificación migratoria ilegal se cometió algún delito en agravio del extranjero, el Instituto Nacional de Migración debe hacer del conocimiento de los extranjeros que tienen el derecho de presentar una denuncia ante el Ministerio Público competente.[18]

Los abusos de autoridad de los cuales son víctimas los migrantes, frecuentemente son consecuencia de la verificación migratoria ilegal practicada por alguna de las distintas corporaciones ya mencionadas anteriormente. Estos casos han sido documentados por el CDH Fray Matías, ya sea por la canalización del caso por parte de algún albergue de atención a migrantes o por la solicitud voluntaria de la víctima en las oficinas del Centro.

Como primer paso, se toman los datos generales de la víctima y la narración de los hechos. Posteriormente, se le hace una explicación sencilla de sus derechos y las alternativas legales para ejercerlos y denunciar el incidente. En la mayoría de los casos deciden que sólo nos autorizan para presentar una queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o la Comisión Estatal de Derechos Humanos (dependiendo si los que cometieron las agresiones son servidores públicos federales o estatales), puesto que su prioridad es continuar el camino hacia el norte del país, dejando así detrás las violaciones cometidas en su persona.

En el supuesto de que decidan permanecer en la ciudad de Tapachula para continuar con la denuncia o querella interpuesta en contra de sus agresores, la estrategia legal del Centro comprende tanto el aspecto del procedimiento de regulación migratoria, con base en la Circular 08/2006 del Instituto Nacional de Migración y también el de la representación legal de la víctima como coadyuvante del Ministerio Público (federal o estatal) que esté tramitando la averiguación previa correspondiente. Asimismo, se le ayuda en la presentación de la queja administrativa en el órgano interno de control de la dependencia a la cual esté adscrito el servidor público responsable de la violación cometida.

18. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General número 13, 15 noviembre 2006. Primera Recomendación.

III.4 Operativos de aseguramiento

Si bien los Estados tienen el derecho de mantener un control y orden en los flujos migratorios dentro de su territorio, también existe la obligación de que se lleve a cabo dentro del marco del respeto a los derechos humanos. El CDH Fray Matías ha documentado que los operativos de aseguramiento de los extranjeros con situación migratoria irregular, son la máxima expresión de la criminalización de los migrantes y la violación a sus derechos humanos como la vida y la integridad personal.

Los mismos son organizados y encabezados por el Instituto Nacional de Migración con el apoyo de la Policía Federal Preventiva, Agencia Federal de Investigaciones, Policías Estatales y/o Policías Municipales.

Estos operativos se desarrollan como una auténtica cacería de personas al estilo de los Estados Unidos de Norteamérica (ya sea por la Border Patrol o los miembros de Minute Man Project). Los cuales se caracterizan por el uso excesivo de la fuerza desplegado por los cuerpos policíacos y agentes migratorios, utilizando toletes, varas con ganchos en la punta y armas largas para amedrentar a los extranjeros que pretendan darse a la fuga. Además de las agresiones físicas, los servidores públicos que participan en los operativos, sin ningún tipo de ética ni capacitación en derechos humanos, agraden verbal y psicológicamente a los migrantes, lo cual se traduce en malos tratos, inhumanos y degradantes que atentan contra su derecho a la vida y a su integridad personal. El Albergue Belén de Tapachula reportó que durante el primer semestre de 2004 había detectado cerca de 2,000 violaciones a los derechos humanos de los migrantes, entre las que se encuentran: detención irregular, tratos crueles, inhumanos y degradantes, cohecho pasivo, robo agravado, estafa, extorsiones, agresión y abuso por parte de las autoridades federales, estatales y municipales.[19]

El contexto de los operativos se produce siempre en lugares inhóspitos en determinados tramos de las vías del tren cuando el mismo transporta una gran cantidad de personas (mujeres, niños, niñas, jóvenes, hombres adultos) y en altas horas de la noche para aprovechar la complicidad de la oscuridad que genera miedo, confusión, persecución y abusos en los migrantes. Estas condiciones bajo las que se realizan los operativos, permiten que los agentes aprehensores se mantengan en el anonimato y en la impunidad, puesto que los migrantes no logran identificar de manera clara y directa,

19. "México y su Frontera Sur", *op. cit*., p. 30.

en la mayoría de los casos, a los servidores públicos que los agredieron o si logran identificarlos no los denuncian por miedo a las represalias.

Todo esto da como resultado un auténtico drama en el que definitivamente la impunidad se distingue por su presencia. Una vez asegurados (en el mejor de los casos), las autoridades migratorias procuran de la forma más expedita expulsar o deportar a los extranjeros (que en su mayoría son originarios de los países de Centro América), lo cual impide que tanto los organismos públicos como las organizaciones civiles de derechos humanos logremos documentar las violaciones cometidas.

Sin embargo, los extranjeros que logran escapar de los operativos y encuentran refugio en algún albergue para migrantes son testigos presenciales de estos hechos, y con su testimonio, las organizaciones iniciamos la documentación e identificación de los agentes involucrados en los actos de malos tratos e inhumanos que atentan contra el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica de los migrantes.

Pero existen otras experiencias mucho más trágicas, por ejemplo, aquellas en las que el migrante, intentando en su desesperación y miedo abordar el tren en movimiento, pierde algún miembro de su cuerpo. Respecto a esto, las autoridades señalan que no es responsabilidad de ningún servidor público que participó en el operativo, sino que fue un accidente y que es algo lamentable. De acuerdo con el artículo 2 del Código de Conducta para Funcionarios encargados de Hacer Cumplir la Ley[20], los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el desempeño de sus tareas, deberán respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas. Asimismo, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas. Este uso de la fuerza será solamente excepcional y no podrá usarse en la medida que exceda los límites de razonabilidad y proporcionalidad.

A raíz de un operativo que se llevó a cabo en el municipio de Arriaga, Chiapas, el 17 de noviembre de 2006, el CDH Fray Matías emitió una acción urgente que fue enviada a diversas organizaciones civiles de derechos humanos, entre ellas, a todas las que conforman la Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos "Todos los Derechos para Todos y Todas", en la que se solicitaba se hiciera llegar el contenido de la misma a diversas auto-

20. "Código de Conducta para Funcionarios encargados de Hacer Cumplir la Ley". Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de depositario: ONU. Lugar de adopción: Nueva York, EUA. Fecha de adopción: 17 diciembre 1979.

ridades federales para denunciar el abuso de autoridad y los malos tratos cometidos en este operativo.

En respuesta a la acción urgente, la Delegación Regional Sur de la Fiscalía Especializada en delitos cometidos en contra de la Mujer e Intrafamiliares (FEVIM, de reciente creación), con sede en Tapachula, inició de oficio averiguación previa en contra de miembros del Instituto Nacional de Migración que participaron en el operativo del 17 de noviembre y que son probables responsables de abuso de autoridad y lesiones en contra de una mujer de nacionalidad hondureña, la cual los identificó plenamente.

Asimismo, la Oficina Regional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en Tapachula, inició las investigaciones sobre malos tratos, crueles e inhumanos denunciados por el sacerdote que está a cargo del albergue para el migrante en Arriaga, Chiapas. Hasta el momento, este organismo no ha emitido ningún tipo de pronunciamiento al respecto.

Cabe señalar que uno de los migrantes hondureños que fue gravemente golpeado en este operativo, estuvo alojado en la casa del migrante de Arriaga y tenía la plena intención de presentar su denuncia ante el Ministerio Público del fuero común. Sin embargo, al presentarse en las oficinas de esa representación social, le dijeron que no podían recibir su denuncia puesto que no conocía el nombre de los servidores públicos que lo habían agredido. Días después, este migrante originario de honduras desapareció después de que salió caminando hacia el centro de la ciudad, para comprar algunos productos de uso personal. Se sabe por el dicho de los miembros del albergue, que él tenía pensado permanecer más tiempo en este lugar para denunciar los hechos del operativo. El CDH Fray Matías solicitó al Instituto Nacional de Migración algún antecedente migratorio de esta persona, con base en el artículo 8 de la Constitución, asimismo, hizo del conocimiento de esta petición al Consulado de Honduras en la ciudad de Tapachula, para la indagación de su situación. Sin embargo, el Instituto no ha dado una respuesta en tiempo razonable, por lo que se ha interpuesto un amparo indirecto en materia administrativa ante la falta de contestación.

Recientemente, el viernes 9 de febrero de 2007, alrededor de las 10 de la noche, se llevó a cabo otro operativo orquestado por miembros del Instituto Nacional de Migración, de la Agencia Federal de Investigaciones y de la Policía Federal Preventiva, en el municipio de Arriaga, a unos 10 kilómetros

de la estación del tren en el tramo de la comunidad "El Paraíso". Abordo de la "bestia de acero" (sobrenombre despectivo adjudicado por los migrantes al tren), viajaban alrededor de 115 migrantes irregulares, entre niños, niñas y mujeres, en su mayoría guatemaltecos, salvadoreños y hondureños. De nueva cuenta, el operativo se destacó por el despliegue del uso excesivo de la fuerza y los abusos físicos y verbales.

Del testimonio documentado por el CDH Fray Matías de dos migrantes (uno de El Salvador y otro de Honduras de la comunidad Garífona), alojados en el albergue de Arriaga y que lograron escapar de los agentes aprehensores, de acuerdo con lo que observaron, dijeron que varios migrantes varones fueron golpeados con toletes y patadas en las costillas y que algunas mujeres que llevaban a sus hijos tomados de las manos fueron desnudadas. Desafortunadamente, esto no se logró comprobar.

Una ciudadana guatemalteca, por el miedo a ser detenida en el operativo, intentó abordar de nueva cuenta el tren y una rueda le cercenó el pié izquierdo. Pernoctó a la orilla de las vías del ferrocarril en compañía de su esposo, sin que recibiera la asistencia médica inmediata. Por la mañana, fue transportada a un hospital público en Tapanatepec, Oaxaca, y posteriormente al Hospital Regional de Arriaga donde fue sometida a cirugía por la lesión traumática.

Como respuesta a las violaciones de los derechos humanos cometidas dentro de este operativo, presentamos una queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en la oficina regional de Tapachula. Asimismo, se intentó que la Fiscalía Especializada en delitos de Violencia contra la Mujer (FEVIM) iniciara las investigaciones sobre este operativo en el que hubo mujeres victimadas. Sin embargo, después de una especie de litigio con uno de los agentes del Ministerio Público adscrito a la FEVIM, para que la averiguación correspondiente fuera iniciada, el operativo, de acuerdo con el criterio del agente, no era competencia directa de la Fiscalía, por lo que él sugería ir directamente a la sede de la Procuraduría General de la República en Arriaga para dar mayor celeridad al asunto.

Ante esta actitud del servidor público, nos dirigimos directamente a las oficinas de la Fiscalía en la Ciudad de México. De esta forma, los superiores jerárquicos del agente mencionado lo instruyeron para que se constituyera en el municipio de Arriaga para realizar las investigaciones correspondientes.

Cabe mencionar que previamente a su llegada, el CDH Fray Matías ya había presentado escrito de denuncia ante la sede de la Procuraduría General de la República en Arriaga.

Los casos tipo o paradigmáticos existen en este tipo de situaciones, sin embargo, la voluntad de la víctima para continuar un procedimiento en contra de sus agresores no siempre favorece el seguimiento del litigio. Es frecuente que prefiera regresar a su país de origen o continuar su camino hacia el norte del territorio mexicano. En los casos en los que hemos logrado que la víctima denuncie las violaciones cometidas en su agravio, los procedimientos están en trámite y no se ha deslindado por el momento la responsabilidad penal o administrativa.

La situación tanto personal como jurídica de los migrantes en los operativos que se realizan en la Frontera Sur de México, así como en otras tantas partes de la República Mexicana, es dramática e indignante. En primer lugar, como ya se ha señalado, en la ejecución de los mismos son vejados, maltratados y humillados por los agentes de migración y por las corporaciones federales, estatales y/o municipales. Y por otro lado, si alguno de los migrantes decide hacer valer sus derechos ante las autoridades competentes, éstas obstruyen su acceso a la justicia, su derecho a denunciar las violaciones cometidas en su persona y en suma, su derecho al goce y disfrute de las garantías individuales que otorga la Carta Magna y los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por México.

La corrupción y el contubernio enraizado en las diversas autoridades de procuración y administración de justicia en la Frontera Sur de México implican una lucha constante de cada día para las organizaciones de derechos humanos en la tarea de promoción, protección y defensa de los derechos humanos en la región.

III.5 Deportaciones sin debido proceso legal

La deportación es una de las posibles determinaciones en la que puede finalizar el procedimiento administrativo migratorio, el cual deber ser, ante todo, un procedimiento respetuoso de las garantías individuales, es decir, de los principios de legalidad, defensa y gratuidad.[21]

21. Cfr. Victal Adame O., "Derecho Migratorio Mexicano", Cuarta Edición, Ed. Porrúa *et al*, México, 2004, p. 114.

El procedimiento administrativo migratorio, bajo el cual está sujeto un extranjero asegurado o no, debe regirse por las garantías del debido proceso de la forma en que son observadas en el ámbito penal. Es decir, el principio de defensa o de debido proceso que integra el derecho de audiencia, comprende los derechos de ser oído, de ofrecer pruebas para su desahogo y valoración; obtener una resolución fundada y motivada y; tener la posibilidad de impugnar dicha resolución cuando se considere que afecta o causa agravio al particular.[22]

Estos principios del debido proceso legal no son observados tratándose del procedimiento administrativo migratorio de los extranjeros indocumentados, provenientes de Centro América. La práctica de las autoridades migratorias es la de un procedimiento sumarísimo en el cual las personas no tienen acceso a la asistencia consular[23] y demás garantías de debido proceso legal. Es alarmante conocer estas situaciones que visibilizan el trato discriminatorio de las autoridades mexicanas hacia los nacionales de Guatemala, El Salvador y Honduras.

Como resultado de esta práctica sistemática de inobservancia del debido proceso en el procedimiento administrativo migratorio que finaliza con la deportación, se presentan violaciones graves a los derechos humanos de los migrantes a la libertad y al debido proceso legal. En el Quinto informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias[24], ésta última señaló que las personas aprehendidas por las autoridades migratorias no son objeto de un procedimiento individualizado. Además, que no se profieren resoluciones para cada persona, ni se levanta un acta de las respuestas de la persona a las preguntas formuladas. La Relatoría observó que no existe una resolución donde se sancione a cada persona por su ingreso no autorizado y que por tanto el procedimiento administrativo migratorio no incluye ni respeta las garantías mínimas del debido proceso.

Es ejemplificativo el caso de una niña guatemalteca que viajaba en compañía de su padre y su hermano hacia la ciudad de Huehuetán, Chiapas, puesto que su padre y su hermano se dedican a trabajar la carpintería en esa localidad. Como un viaje más de los que estaba acostumbrada esta familia a realizar, un día partieron muy temprano de Guatemala para llegar a esa ciudad chiapaneca. Sin embargo, esta vez fueron asegurados por agentes del Instituto Nacional de Migración y trasladados a la estación migratoria de Tapachula.

22. Cfr. Ibid. p. 115.
23. Artículo 36, párrafo 1, incisos a, b y c de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de septiembre de 1968.
24. Quinto informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. OEA/Ser.L/V/II.118.Doc. 70 rev. 2.29 diciembre 2003.

La niña manifestó a las autoridades de migración que viajaba acompañada pero nunca se registró esta información en su expediente. Tampoco se notificó inmediatamente al consulado de Guatemala en Tapachula el aseguramiento de esta familia, por lo que no tuvo acceso a la asistencia consular que hubiera permitido en su momento confirmar los lazos de parentesco entre los tres miembros de la familia.

Finalmente, fueron deportados cada uno en un día distinto. La niña guatemalteca fue deportada hasta el final. Además de que se violentó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el gobierno mexicano no observó las normas del Acuerdo Bilateral de México-Guatemala para la Repatriación ordenada, segura y digna de menores de edad.

Se presentó la queja correspondiente ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y se dirigió un extrañamiento a diversas autoridades federales mexicanas, así como un exhorto a organismos internacionales en materia de derechos humanos de los niños y al Ministerio de Relaciones Exteriores guatemalteco para que se pronunciaran al respecto. Lamentablemente, la cotidianeidad de estos casos en la frontera sur ha insensibilizado a las representaciones consulares de los países centroamericanos y a los organismos públicos de derechos humanos para denunciar las violaciones al debido proceso en el procedimiento migratorio administrativo.

IV. Implementación del Litigio Estratégico

El litigio estratégico se concibe como una técnica legal en el área de defensa de los derechos humanos, que pretende incidir en los problemas estructurales de una realidad social, política y jurídica. Incidencia que permita una mayor observancia y aplicación de los derechos humanos por parte de los operadores de justicia y promoviendo con actos de apoyo al litigio estratégico la sensibilización y concientización de los medios de comunicación y de la sociedad.

Ante esta realidad tan compleja de la Frontera Sur de México, que se ha pretendido desarrollar en este artículo (no de forma exhaustiva), con la manifestación de las problemáticas sociales, de la descripción de los obstáculos que se presentan ante las diversas autoridades de procuración y administración de justicia o en los procedimientos legales para el resarcimiento de las violaciones, se presenta como un gran reto necesario para las organizaciones de derechos humanos de esta región, el implementar el

litigio estratégico. Consideramos que uno de los problemas más graves que hay que atender y combatir en nuestro contexto del sur, es el abuso de los cuerpos policíacos federales, estatales y municipales hacia los migrantes irregulares principalmente. Asimismo, los criterios de los operadores de justicia que ratifican o confirman las determinaciones y actos indebidamente fundados y motivados por la autoridad ministerial y los cuerpos policíacos.

Se debe destacar que una pieza fundamental para la implementación del litigio estratégico, es la detección de un caso *paradigmático* o *caso tipo*, que nos permita hacer visible a través de su defensa las violaciones a los derechos humanos que se cometen sistemáticamente. Ahora bien, consideramos que el litigio estratégico que se desarrolle tendrá dos enfoques, dependiendo de la situación en que se encuentre el migrante respecto de quienes activemos los mecanismos de protección y defensa de sus derechos humanos.

En cuanto al primer enfoque, la situación versará cuando el migrante es víctima de una violación a sus derechos humanos como resultado de una agresión física, verbal y/o sexual por parte de un servidor público, la detención ilegal y/o la deportación sin el debido proceso legal.

Las acciones correspondientes para este tipo de casos consistirán en la presentación de una denuncia penal ante el fuero local o federal, dependiendo de la naturaleza jurídica de los autores de la violación. Asimismo, la presentación de la queja administrativa en su contra, ante la contraloría interna del organismo al que pertenecen los agentes estatales. Como tercer mecanismo a activar, tenemos el procedimiento de queja ante la Comisión Nacional o Estatal de Derechos Humanos.

En este primer enfoque, tratándose del migrante víctima de una violación a sus derechos humanos, deben existir serias probabilidades de que permanezca localizable para cualquier citación o diligencia que deba desahogarse con su presencia. De lo contrario, las acciones emprendidas quedarán con la calidad de mero precedente y no se podrá fincar de manera contundente la responsabilidad de los agresores. Por lo que a través de convenios de colaboración con alguno o algunos de los albergues de la ciudad, se puede ofrecer alojamiento a la víctima y su familia por el tiempo que se requiera para el desahogo de las diligencias.

A manera de ejemplo, está el caso de la niña guatemalteca mencionado anteriormente. Este caso puede ser tomado como *paradigmático o tipo*, para hacer visible las violaciones a los derechos humanos que se cometen frecuentemente con los niños y niñas migrantes originarios de Guatemala. Su deportación sin el debido proceso legal fue documentada ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su oficina regional en Tapachula. Lamentablemente, no existen los recursos judiciales adecuados y efectivos para la reparación de la violación cometida en agravio de la niña y de su familia, sin embargo, es muy viable la presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos para que se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado mexicano. Como una acción de apoyo a la estrategia de litigio local intentada en este caso, se envió una comunicación a la relatoría especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes.

El segundo enfoque se refiere a cuando el migrante es inculpado o procesado por un delito de los que por la práctica se conoce que son "fabricados" (Portación de Arma Prohibida y/o Pandillerismo). Y en consecuencia, debe enfrentarse a todo el aparato de procuración y administración de justicia, que hace caso omiso del principio de presunción de inocencia.

Respecto de esta situación, se ha tratado de localizar un caso paradigmático que nos permita beneficiar a un mayor número de personas procesadas sin las garantías de un debido proceso. En el supuesto de un joven procesado por pandillerismo, se le proporciona la defensa adecuada mediante la interposición de los recursos oportunos, como el amparo indirecto respecto del auto de formal prisión, dado que es muy frecuente la indebida motivación y fundamentación del mismo. Así como el ofrecimiento de pruebas y diligencias que no serían ofrecidas en caso de ser representados por la defensoría social. Asimismo, como parte fundamental del litigio estratégico para el caso paradigmático que se logre identificar, será el de solicitar el amparo respecto de la inconstitucionalidad del párrafo referente a tatuajes y señas que hace referencia el tipo penal de pandillerismo en la ley adjetiva penal del Estado de Chiapas.

Conseguir un pronunciamiento del Poder Judicial de la Federación respecto de la constitucional del artículo 238 Quater del Código Penal del Estado de Chiapas, contribuiría a la disminución de los abusos de autoridad en la detención y procesamiento de los jóvenes con algún tipo de tatuaje.

En este panorama de criminalización de la migración, alimentado por los abusos cometidos tanto en operativos, detenciones arbitrarias y verificaciones migratorias ilegales, se debe incidir con un litigio estratégico que permita visibilizar las violaciones. Para esto, el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia es imprescindible para el desarrollo de un litigio estratégico que trate de incidir en la problemática de las violaciones al derecho a la vida, integridad personal y debido proceso legal.

Esto implica generar los espacios de capacitación y diálogo con los operadores de justicia a través de acciones de apoyo al litigio estratégico, como la implementación de talleres y conferencias para que comprendan que los extranjeros indocumentados tienen derechos, que pueden ejercerlos en territorio mexicano, que tienen derecho a acceder a los tribunales para hacerlos valer y que en caso de ser sujetos de un proceso penal tienen derecho a la presunción de inocencia, así como a un debido proceso legal.

Litigio estratégico en derecho ambiental

*Priscila Rodríguez Bribiesca**

¿Realmente podemos, mediante el ejercicio de los derechos,
defender lo que es nuestro y lo que nos es común,
nuestro patrimonio común, la tierra y sus recursos?

El centro mexicano de derecho ambiental (CEMDA)

En 1993 fue fundado CEMDA como una organización sin fines de lucro y con la misión de lograr un mundo más justo y ambientalmente sustentable. Nuestra organización se compone de diferentes programas enfocados en los siguientes temas: Aire y Energía, Agua, Comercio y Medio Ambiente, Biodiversidad, Transparencia y Defensa Legal. Nuestra visión es realizar acciones concretas que fortalezcan las bases de una cultura a favor de la sustentabilidad y la aplicación del marco jurídico que coadyuve a tal fin.

Desde su creación hemos colaborado con los tres órdenes de gobierno en el desarrollo e implementación de instrumentos de política pública como el Ordenamiento Ecológico Territorial, Evaluaciones de Impacto Ambiental, Normas Oficiales Mexicanas y Áreas Naturales Protegidas. Particularmente trabajamos mediante los espacios de participación social que los propios instrumentos conciben, asesorando a comunidades rurales y urbanas para su involucramiento en dichos espacios de participación.

En el plano legislativo trabajamos en la elaboración de iniciativas de reforma a diferentes leyes, reglamentos e incluso a la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al haber integrado a su texto, mediante el artículo 4º, el Derecho Fundamental al Medio Ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar del hombre. De la misma manera, colaboramos con el grupo de trabajo encargado de la reforma integral a nuestra ley marco, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), asimismo, hemos trabajado en diferentes leyes especiales como la Ley General de Vida Silvestre.

* Coordinadora del Programa de Defensa Legal del Centro Mexicano de Derecho Ambiental.

La labor del área de Defensa Legal del CEMDA se divide en dos ejes. El primero lo constituye la asesoría y defensa legal de poblaciones vulnerables, pueblos indígenas y sociedad civil en general, en contra de megaproyectos[1] que impliquen afectación de ecosistemas importantes –Áreas Naturales Protegidas, zonas boscosas, mantos acuíferos, ríos y biodiversidad en general– y que, a consecuencia de esas afectaciones, se viole directamente su derecho fundamental de gozar de un medio ambiente adecuado, o se transgredan o violen otros derechos sociales como la calidad de vida de los pueblos, el derecho a la alimentación, a la salud o a la libre determinación. El segundo eje se refiere a impulsar y ejercer la participación pública en los diferentes instrumentos de la política ambiental, asesorar legalmente a diferentes sectores de la sociedad civil y comunidades para que puedan participar en la elaboración de instrumentos que determinan el rumbo de nuestra gestión ambiental, como la Evaluación de Impacto Ambiental, la elaboración o modificación de Normas Oficiales Mexicanas (NOM´s), la elaboración de Planes y Programas de Desarrollo Urbano y Ecológicos (PDU o POET´s, respectivamente), entre otros.

Lo novedoso de la materia y su reglamentación nos ha inclinado hacia el trabajo de defensa legal de casos concretos, pues a pesar de que nuestro país ha evolucionado en el aspecto normativo con la creación de las normas e instrumentos, este proceso debe estar acompañado del cumplimiento de los mismos, los que muchas veces no son observados por ignorancia o mala fe o por ambas razones. A lo largo de nuestra trayectoria, hemos percibido que existe, incluso entre los abogados, jueces y autoridades, amplio desconocimiento sobre la materia ambiental, que de suyo es compleja, al ser, como mencionamos, nueva y multidisciplinaría. Esta circunstancia vuelve aún más difícil el planteamiento de casos de defensa, aunado por supuesto a la falta de espacios procesales adecuados para la defensa legal de estos derechos recientes.

A pesar de que hemos avanzado en el desarrollo de tecnología, ciencia y derecho que se reflejan en la toma de decisiones y en la política pública en general, México es uno de los países mas atrasados en el continente en la tutela de derechos ambientales. En efecto, los mexicanos contamos con la tutela constitucional de vivir en un medio ambiente adecuado, sin embargo, en la práctica este derecho no es justiciable ante los órganos del Estado (Poder Judicial) encargados específicamente de velar por que la garantía del hombre sea respetada por el Estado. Los instrumentos de defensa ambiental más inspeccionados son los que residen en el Poder Ejecutivo, cuya imparcialidad de

1. Nos referimos a proyectos de infraestructura como carreteras, proyectos hidroeléctricos, gasoductos, rellenos sanitarios, incineradores, actividades de descarga o emisiones a la atmósfera de sustancias contaminantes de industrias, entre otros. Obras que, entre otras afectaciones, causan un grave impacto ambiental, en ocasiones irreversible, si no se realizan con las sujeciones que determina la normatividad, provocando en la totalidad de los casos afectaciones directas a las poblaciones locales y al medio ambiente.

sus fallos en las controversias ambientales ha sido cuestionada, debido a que en muchas ocasiones la contraparte es alguna entidad gubernamental del propio Poder Ejecutivo.

Otro asunto importante a considerar en este diagnóstico es la inequidad de fuerzas en las batallas legales, al resultar nuestras contrapartes o abogados del poder público con toda su estructura y recursos o contra empresas privadas de enorme capital, que por lo menos numéricamente rebasan nuestra capacidad de respuesta. Esta circunstancia nos ha obligado a ser selectivos en torno a los casos que aceptemos defender.

La defensa de un caso puede ser llevada por diversas vías, sin embargo, las más necesarias como el Juicio de Amparo o una acción especifica para demandar la Responsabilidad civil por daño ambiental, no han sido reglamentadas aún, salvo el en el Estado de Tabasco[2], lo que constituye otro obstáculo para la defensa.

Aunado a todo lo anterior, las problemáticas de los casos de defensa[3] tienen diferentes características, lo que impide seguir un patrón de respuesta, además, muchos de ellos presentan alto grado de complejidad técnica y resulta muy costoso obtener pruebas idóneas para daños futuros.[4] Por otra parte, nos ha resultado igualmente difícil probar daños a la salud, a la calidad de vida e incluso a la vida misma de las personas, provocados por la contaminación, esto es, el famoso "nexo causal" que requiere toda acción legal que se precie de serlo.

Quizá por todas estas razones, nuestro país cuenta con un número muy reducido de abogados especializados en la materia ambiental, particularmente en la defensa de grupos vulnerables, razón por la que carecemos de vías legales experimentadas e inspeccionadas, así como precedentes para utilizar, y en general, todo lo que implica el conocimiento, uso y tradición de la legalidad ambiental.

Bajo este escenario, los abogados tenemos múltiples retos, los más sobresalientes son plantear casos en los que consigamos interpretaciones en el ámbito judicial y administrativo que constituyan precedentes positivos para ser usados en otros casos y se traduzcan en adiciones o reformas legales, e ir construyendo las normas requeridas como las de responsabilidad civil, principio precautorio y otras necesarias.

---

2. El Estado de Tabasco publicó el 29 de diciembre del 2004, en su Periódico Oficial, la Ley de Responsabilidad Civil por Daño y Deterioro al Ambiente del Estado de Tabasco.
3. Descargas de aguas residuales clandestinas, contaminación por tiraderos a cielo abierto, construcción de carreteras, hidroeléctricas, confinamientos de residuos peligrosos, destrucción de zonas boscosas, todos estos proyectos con afectación a la salud, desarrollo e incluso vida de personas y colectivos.
4. Mediante el uso de precedentes negativos en casos similares, peritajes especiales.

La justiciabilidad de las causas ambientales

El Derecho Ambiental

El derecho ambiental tiene que ver con la continuidad de la vida sobre la tierra. La continuidad de la vida en la tierra tiene que ver, a su vez, con el mantenimiento de las condiciones que la hicieron posible.
R. Brañes

La regulación ambiental intenta propiciar que el desarrollo de la nación sea sustentable, esto es, planear las políticas públicas considerando la pervivencia de los recursos naturales para las generaciones futuras, ordenando mediante leyes especiales las relaciones sociales, el desarrollo económico y el aprovechamiento de los recursos naturales.

Por esta razón resulta relevante conocer la naturaleza jurídica de los bienes y recursos sujetos de aprovechamiento y protección. México ha determinado que la propiedad de la tierra, agua y todos los recursos naturales comprendidos dentro del territorio nacional corresponden originalmente a la nación, de acuerdo con el artículo 27 de nuestra Carta Magna. Asimismo, se establece en favor de la nación el derecho de regular su aprovechamiento en beneficio de la sociedad, así como de realizar las acciones necesarias para su preservación, restauración y aprovechamiento sustentable. La LGEEPA, por su parte, determina las competencias que les corresponden a los tres diferentes órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal) de acuerdo a las materias objeto de la gestión ambiental. Además, la referida ley otorga los parámetros generales para cada una de las materias sujetas a regulación, como los bosques, el manejo costero, el manejo hídrico, vida silvestre, manejo de residuos sólidos y peligrosos, entre otras. Posteriormente cada ley especial ha ido regulando, de acuerdo con estos principios rectores, los rubros respectivos.

Cada una de las leyes sectoriales y sus reglamentos imponen condiciones, especificaciones y requerimientos técnicos y legales a los particulares, a las empresas y al gobierno para realizar obras o actividades de extracción, aprovechamiento o cualquiera otra que pudiera ocasionar impacto a los recursos, y su incumplimiento supone un procedimiento y una sanción por parte de las autoridades competentes en la materia.

Aunado a la regulación de la gestión ambiental, nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental de las personas a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, por lo que es obligación de las autoridades gubernamentales el otorgamiento de las condiciones necesarias para lograr el ejercicio del referido derecho. Esta obligación a cargo del Estado de tutelar la protección del medio ambiente y velar por el respeto del derecho fundamental, ha posibilitado desde el año 1999 entrar en un escenario de defensa más fuerte en el ámbito judicial.

Los instrumentos de defensa ambiental

El objeto de este apartado es exponer de manera general las vías e instancias con las que se cuenta para exigir el cumplimiento de la normatividad ambiental y los derechos ambientales, así como algunos obstáculos o impedimentos que los litigantes hemos ido superando mediante el litigio estratégico y otros que constituyen aún tareas pendientes.

El recurso de Revisión

La normatividad aplicable, dentro de sus procesos y procedimientos de defensa ambiental, reconoció a partir de 1996 el derecho de los miembros de comunidades afectadas de solicitar la revocación de actos de autoridad que violen la ley en detrimento del medio ambiente y/o de la salud pública.[5] Esta disposición otorga a grupos vulnerables legitimación procesal para la defensa de su medio ambiente. Sin embargo, al tener que acudir mediante este recurso ante el superior jerárquico de la misma dependencia que emitió el acto que se reclama como ilegal, el recurrente enfrenta en ocasiones un criterio sesgado o una predisposición de la autoridad, la que en ocasiones no evalúa con objetividad los argumentos y pruebas planteadas. No hay que olvidar que este recurso es un procedimiento administrativo que se rige bajo las reglas propias de este tipo de procedimientos, diferentes a las que rigen los procesos.[6] Una de las desventajas más claras de este procedimiento es que al no ser un proceso, la autoridad que evalúa y juzga no es del todo imparcial y objetiva, ya que es la misma dependencia la que emitió el acto sujeto a revisión, por ello, el recurrente se encuentra ante una desventaja procesal.

En el ejercicio de este tipo de recursos, los abogados representantes de comunidades afectadas nos encontramos con serias dificultades para

5. Artículo 180 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
6. Miguel Acosta Romero diferencia Procedimiento de Proceso, determinando que el primero es el "conjunto de actos realizados conforme a ciertas normas para producir un acto", mientras que Proceso es el "conjunto de actos realizados conforme a determinados normas, que tienen unidad entre si y buscan una finalidad que es la resolución de un conflicto"

acreditar el daño sufrido por la comunidad ante una obra o actividad previamente autorizada por la dependencia ambiental, lo que hasta hace poco provocaba el desechamiento de los recursos, sin embargo, a través de la perseverancia, conseguimos resoluciones favorables que nos han permitido sobrepasar este impedimento. Asimismo, hemos obtenido de la autoridad sentencias favorables que resuelven una laguna legal sobre la legitimación de las comunidades para acceder a este recurso.[7]

Para poder acceder a este recurso mediante el uso de la prerrogativa de reconsideración, debemos obtener algunas definiciones o interpretaciones de la autoridad administrativa sobre las suspensiones de obras cuya autorización está sometida a su revisión (mediante el recurso), pues ha sido recurrente el obtener un fallo favorable de la autoridad pero sin efectos, al haberse concluido la construcción o ejecución de la obra impugnada, por no obtener durante el procedimiento dicha suspensión, debido a la falta de recursos económicos para el pago de la fianza impuesta por ley.

Otro de los retos que presenta este recurso, es el obtener resolución favorable que determine la obligación de los responsables de la obra causante del daño de probar que su desempeño se encuentra dentro de los límites permisibles por la ley, revirtiendo la carga de la prueba en razón del Principio Precautorio, criterio fundamental del derecho ambiental.

Denuncia Popular

Es una acción prevista también en la LGEEPA, por medio de la cual se permite a cualquier persona acudir ante la autoridad ambiental con atribuciones de inspección y vigilancia –que en el caso concreto es la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA)–, para hacer del conocimiento de ésta la realización de una obra ilegal con o sin permiso en perjuicio del medio ambiente, la calidad de vida o la salud pública, con miras a lograr que la autoridad realice una inspección, inicie un procedimiento en contra del infractor e imponga las sanciones correspondientes.

Uno de los problemas de esta acción es la falta de cumplimiento de la autoridad sobre el derecho del denunciante de coadyuvar en el procedimiento, otorgándole pruebas y elementos de convencimiento que le permitan aducir que la obra denunciada ha violado la norma. A pesar de que el derecho de coadyuvancia del denunciante está dispuesto por la LGEEPA, en

7. A mayor abundamiento, ver en páginas subsecuentes experiencias en los casos "Mayan Palace"y "Casino de la Selva",

la práctica, las autoridades lo rechazan de manera formal, aduciendo que el procedimiento abierto con motivo de la denuncia popular, denominado procedimiento administrativo de inspección y vigilancia, es un procedimiento diferente a la denuncia popular.[8]

Otro elemento que muestra la ineficacia de estas acciones de denuncia, es el relativo a la falta de fuerza vinculante de las "recomendaciones" que emite la PROFEPA hacia poderes legalmente constituidos como los municipios, paraestatales u otras dependencias de la administración pública federal, cuando en virtud de este procedimiento de inspección y vigilancia, la autoridad federal se percata de la falta o violación de alguno de estos entes de gobierno.

La PROFEPA, además, tiende a no cumplir con obligaciones expresas que la ley en la materia le confiere, como la relativa a denunciar ante la autoridad ministerial competente, cuando tiene conocimiento de un acto que puede ser constitutivo de un delito. Es práctica común que esta obligación no sea cumplida por la autoridad, lo que obliga a los ciudadanos o grupos organizados a iniciar las acciones de denuncia penal respectivas, con las implicaciones de riesgo y complejidad técnica que conllevan.

Otro de los cuestionamientos hacia la PROFEPA es la falta de capacidad técnica y económica para enfrentar los compromisos que por ley tiene, lo cual ha sido motivo, incluso, de que la dependencia evada su responsabilidad de rendir dictámenes o pruebas periciales ante ministerios públicos que tramitan una averiguación previa por delitos ambientales.

El Juicio de Nulidad

Aunado a lo anterior existe otro medio para hacer justiciables los derechos ambientales, el Juicio de Nulidad, que representa un verdadero proceso ante una autoridad jurisdiccional. Sin embargo, el mismo no cumple con las normas de cualquier proceso, como el relativo a la celeridad en los tiempos, lo que hace también poco eficaz la defensa ante esta instancia. Asimismo, nos hemos enfrentado a serios problemas al no poder obtener la suspensión de las obras impugnadas por los altos costos de las fianzas respectivas.

El procedimiento de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa presenta un gran obstáculo de difícil solución: el Tribunal cuenta con poco presupuesto para la enorme carga de trabajo que tiene,

8. Ver experiencia en caso: "Relleno Sanitario en Xalapa".

convirtiéndolo en un ente poco funcional, al grado incluso de presentarse una especie de Denegación de Justicia, por la espera de hasta seis meses para que la Sala conocedora del asunto dicte su acuerdo de admisión de demanda –el periodo normal son tres meses. Por supuesto que los tiempos están fuera de lo marcado por la ley, razón por la que los litigantes podemos presentar desde una simple queja ante el órgano interno de control hasta un amparo, sin embargo, el problema estriba en que estas acciones no resuelven el fondo del problema, que es mayor presupuesto para el Tribunal. Esta situación de lentitud y burocracia debe ser uno de los factores a considerar para el desarrollo de la estrategia de litigio, pues por lo regular se combaten proyectos que pueden ser construidos hasta en seis meses, el mismo periodo que pudiera tardarse únicamente el acuerdo de admisión en el juicio de nulidad, sin aspirar por supuesto a obtener la suspensión por las razones expuestas.

El Juicio de Amparo

Como se mencionó, nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente adecuado, sin embargo, hasta ahora el sólo reconocimiento no ha sido suficiente para que los interesados acudan al Juicio de Amparo a exigir el respeto de este derecho. Ello se debe, en gran parte, a la tradición civil de corte individualista del mencionado juicio, la que obliga a los quejosos a demostrar un daño personal y directo, en contraposición al tipo de afectación general que se produce al lesionar derechos sociales como el derecho al medio ambiente, en el que un solo acto de autoridad puede dañar bienes cuyo aprovechamiento sea incluso por actores indeterminados[9].

El interés jurídico debe demostrarse con el agravio personal y directo que el acto le produce a un individuo, situación que está vinculada con los efectos de la sentencia[10], los que deberán ser personales, es decir, una sentencia no puede proteger a un colectivo, debiendo referirse únicamente al caso concreto. Sin embargo, existe una interpretación sobre el interés jurídico y la posibilidad de que este pueda ostentarse por el representante de una comunidad[11] (este precedente se refiere a un aspecto procesal para poder acudir al amparo y no versa sobre una cuestión de fondo). La existencia de esta interpretación aislada, al no contar con fuerza vinculante para ningún tribunal, no ha logrado tener repercusiones positivas en la admisión de otros casos, por tanto, el criterio dominante de los tribunales sigue siendo la falta de interés jurídico para demandar este tipo de causas ambientales.

9. Como pueden ser integrantes de varios pueblos que dependen para su sobrevivencia del agua de un río contaminado a consecuencia de un acto u omisión de autoridad.
10. Los efectos de la sentencia deben sólo restituir al agraviado en el goce de sus garantías violadas. (Principio de Relatividad en la Sentencia), Art. 80 de la Ley de Amparo.
11. No. Registro: 198,421. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa, Común. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, junio de 1997. Tesis: P. CXI/97. Página: 156. Amparo en revisión 435/96. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, A. C. 29 de mayo de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga M. Sánchez Cordero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.)

Sin embargo, ello no significa que no podamos recurrir nuevamente a dicho juicio para modificar el criterio anterior.

Por otra parte, el principio de definitividad de las sentencias (que supone el agotamiento de recursos ordinarios antes de acudir al juicio de garantías) es otro obstáculo para acudir de manera inmediata ante los jueces de amparo, sin embargo, existen ciertos casos, como la violación a la garantía de audiencia, que posibilita acudir en primera instancia ante ellos.

Asimismo, las altas sumas de dinero fijadas para las fianzas en el otorgamiento de la suspensión se vuelven otro obstáculo a vencer. Por ejemplo, al solicitar suspensión de obras de infraestructura, que incluso pueden ser para servicios públicos, las cifras a las que ascienden las fianzas son inasequibles, pero insistimos, existen en la Ley de Amparo supuestos establecidos en donde por la importancia del bien jurídico a tutelar, por ejemplo cuando el acto reclamado ponga en peligro la vida del quejoso, el juez debe otorgar la suspensión sin el pago de las mismas.

Por todos los obstáculos descritos (la falta de reconocimiento del interés jurídico colectivo, relatividad en las sentencias, principio de definitividad y la fijación de fianzas impagables), en la actualidad no existe un amparo concedido contra actos que vulneren o restrinjan el derecho al medio ambiente de persona determinada. Por ello, no existen precedentes en la materia y de ahí el enorme reto que los litigantes enfrentamos para hacer justiciable este derecho fundamental. Sin embargo, y dadas las lamentables condiciones en las que se desarrollan los procedimientos y procesos de impartición de justicia en el nivel administrativo (Denuncia Popular, Recurso de Revisión, Juicio de Nulidad), es necesario y urgente intentar el Juicio de Amparo, siendo creativos al momento de presentar los casos para sortear positivamente los obstáculos planteados, con lo cual podríamos aspirar a mayor celeridad en el proceso, la suspensión del acto reclamado e imparcialidad en el análisis y resolución de la controversia.

El Programa de Litigio de CEMDA, como parte de su litigio estratégico, ha decidido intentar diferentes Juicios de Amparo para lograr precedentes en la materia, seleccionando con cuidado los casos que defenderemos en esta instancia. Casos idóneos ayudados de algún precedente sobre interés jurídico o representación del interés colectivo –como el citado anteriormente– para lograr, en primer término, cruzar la puerta y entrar en un juicio puramente

ambiental y obtener una resolución de fondo. Asimismo, seleccionar casos de afectación a comunidades campesinas para ayudarnos de algunas prerrogativas del Juicio de Amparo en Materia Agraria, como la exención de la fianza para obtener la suspensión.

Uno de los criterios a considerar también lo es el que la suspensión del acto no tenga un trasfondo político, social y/o económico relevante, pues eso implicaría menos posibilidades para que los jueces se atrevieran a otorgar el amparo. Lo que requerimos es lograr el primer precedente de amparo por daños al medio ambiente con suspensión del acto reclamado.

Por todas estas consideraciones, en opinión de la autora, resulta necesaria y urgente la reglamentación en la Ley de Amparo de un juicio especial para hacer defendible la garantía a vivir en un medio ambiente adecuado, que corrija las deficiencias que por técnica y por tradición jurídica han hecho difícil la defensa de esta importante garantía. Para tener una referencia que ejemplifique lo mencionado, el lector puede consultar el Libro Segundo de la Ley Agraria, que regula el Juicio de Amparo para la clase campesina, otorgando un trato más justo y asequible, con prerrogativas que lo distinguen como la exención en el otorgamiento de garantía para la suspensión, en razón de la importancia de los derechos tutelados, en este caso, el derecho de ejidos y comunidades a sus aguas, montes, pastos y tierras. Creemos que para influir en la inserción de este apartado de Juicio de Amparo Ambiental u otro que resuelva la defensa del derecho, debemos intentar más la instancia, analizar las resoluciones obtenidas y fundamentar más nuestra crítica, en aras de demostrar lo que requerimos (en regulación) con base en lo que ahora no tenemos y es un impedimiento.

Defensa Internacional

Básicamente existen dos medios de participación y defensa en el plano internacional, el primero contenido en el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, mediante su artículo 14 que determina la posibilidad de cualquier ciudadano de los Países signatarios del Tratado[12] a solicitar que la Comisión[13] investigue si el país denunciado está incurriendo en omisiones en la aplicación de su legislación. El resultado de esta investigación puede ser un Expediente de Hechos elaborado por la Comisión en donde se dé cuenta de las omisiones de la Parte denunciada. Si bien este procedimiento

12. Tratado de Libre Comercio con América del Norte firmado por Estados Unidos de Norteamérica, México y Canadá en 1993. Junto con la firma de este instrumento, los países firmaron dos acuerdos paralelos más.
13. Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA)

no constituye un juicio, los efectos políticos e internacionales de esta clase de informes son de gran relevancia.[14]

Por su parte, la defensa ambiental también puede ser llevada ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sin embargo, a la fecha son muy pocos los casos de contenido ambiental resueltos por estas instancias, por lo tanto, es parte fundamental de nuestras estrategias de litigio comenzar a presentar controversias ante el SIDH que impliquen la defensa de derechos ambientales.

A manera de ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sentencias con referencias ambientales en los casos *Awas Tingi vs Gobierno de Nicaragua y Yakye Axe vs Gobierno de Paraguay*, vinculados a problemas de deforestación, aunque el asunto central de la defensa fue la posesión de la tierra. La Comisión, por su parte, a través de su Informe de Ecuador de 1997, hace referencia a la violación de derechos humanos de los indígenas ecuatorianos a consecuencia del deterioro ambiental. Además, tanto la Comisión como la Corte han obsequiado Medidas Preventivas y Cautelares en el caso de *Sarayacu vs Gobierno de Ecuador* para que éste implementara medidas de control a las actividades petroleras, a fin de que no lesionaran el ambiente y territorio de los indígenas. De la misma manera se dictaron Medidas Cautelares en el caso *San Mateo Huanchol vs Gobierno de Perú*, recomendando la disposición adecuada de los residuos peligrosos que por el alto contenido de plomo dañaban a la salud de las personas.

Conclusión

A pesar de que existen actualmente mecanismos y procesos de defensa ambiental en el plano nacional e internacional, el conocimiento y práctica de estos instrumentos de defensa es aún incipiente, ya que existen todavía indefiniciones sobre disposiciones esenciales del marco jurídico, sobre todo en el rubro procesal, que impiden un auténtico acceso a la justicia ambiental.

Nuestro país debe construir un verdadero sistema legal de defensa ambiental con criterios uniformes en las entidades federativas, estándares unificados en las legislaciones y con visión a largo plazo, de otra manera, no lograremos hacer justiciable el derecho a un medio ambiente adecuado. Es en este escenario donde se hace indispensable la tarea de los litigantes de ser estratégicos en la definición de las batallas a plantear, maximizando recur-

14. Ver experiencia de caso: "CEMDA VS Gobierno de México"

sos, utilizando las coyunturas políticas e imponiéndonos metas sobre lo que podemos lograr con nuestras acciones. La incidencia de nuestras acciones es real, así lo hemos comprobado, pero debemos fijarnos las metas.

El litigio estratégico

¿Qué mas estratégico que defender los bienes comunes a todos, los pastos, montes y ríos, la tierra de todos los hombres, la tragedia de los comunes?

Cuando una persona acude a la organización, atemorizada porque una gran empresa o el propio gobierno pretende ejecutar un proyecto de "gran visión" dentro de sus tierras, afectándole quizá al límite de la expropiación, siempre me sorprende la siguiente pregunta: ¿Cuál es la razón para defender este caso? Inmediatamente después hago un somero análisis sobre los daños ambientales que la obra ocasionaría, las afectaciones sociales y la posible violación a la normatividad aplicable, incluidos los derechos fundamentales de los grupos localizados en el área del proyecto. Son difíciles los ejercicios de evaluación que realizamos, si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos nuestro objeto de análisis es la viabilidad de un proyecto cuya principal bandera y justificación es el otorgamiento de un servicio público por parte del Estado o la generación de empleos y divisas a cargo de particulares. Entonces nos confundimos un poco, porque además sabemos que será una lucha grande y extenuante, y que quizá no tengamos siquiera recursos humanos y económicos suficientes para plantearla como se requiere. Pensamos también en el tamaño del opositor o contraparte, sus fuerzas, habilidades y contactos. También pensamos en que no tenemos camino que seguir, que no hay precedentes que demuestren que alguien antes de nosotros obtuvo éxito en defensas de casos de esta envergadura y con este pensamiento viene un coraje de lograr algo que nadie o pocos han obtenido, y con éste una ansiedad de dejar una brecha trazada para otros y la necesidad de trabajar para que los derechos dejen de ser letra muerta y vivan y tengan fuerza y se lean en una sentencia, y si nos ponemos ambiciosos, conseguir más sentencias para dejar un camino con los jueces, sentar jurisprudencia. Finalmente, pensamos en que nuestros sentimientos se mezclaron y que por un lado deseamos contribuir con algo a la lucha de esta gente que nos pide ayuda pero también deseamos abrir la brecha o por lo menos intentarlo. Porque por desgracia o por fortuna, aunque perdamos el caso, ganamos sólo con el ejercicio de estos derechos tan nuevos, los derechos ambientales.

Si los costos que el proyecto implica resultaron en nuestro análisis más grandes que los beneficios, decidimos iniciar el caso. Este caso siempre se convierte en una causa porque al defender a un grupo de personas, estamos defiendo también recursos naturales de los que todos obtenemos beneficios y a una colectividad. También es una causa porque defendemos derechos de más materias que la estrictamente ambiental y porque en el diseño de nuestras estrategias para saber cómo vamos a abordar el asunto, valoramos si es posible dar otras batallas procesales con este mismo caso, por ejemplo, ejercitar derechos de acceso a la información del proyecto, participar activamente en la evaluación ambiental del mismo, plantear un litigio con medios probatorios no intentados anteriormente, e incluso acudir al Juicio de Amparo por la violación a derechos fundamentales que, por no estar contenidos en leyes, su violación es una práctica común en casos similares, lo que nos posibilita asimismo a solicitar el amparo contra esas leyes.

El litigio estratégico es este proceso que inicia desde la definición de acciones, incluso desde el análisis previo a éstas en el que valoramos por qué defender o no una causa, las razones que tenemos para ello. El litigio estratégico lo hacemos siempre o casi siempre mientras nuestras acciones tengan dirección, sean creativas y nuevas, mientras pensamos en ganar no sólo el caso, sino las causas similares que vengan tras de este caso.

La diferencia entre el litigio estratégico y las estrategias de litigio es que el primero requiere de las segundas siempre, pero las segundas pueden presentarse sin que necesariamente se esté efectuando un litigio estratégico, con visión a futuro, con metas claras que trascienden el caso concreto.

La documentación del caso

Cuando se ha decidido que el caso/causa tiene posibilidades de éxito, realizamos el análisis técnico-jurídico de las vías posibles de defensa y las necesidades concretas de documentación, generación de pruebas y obtención de actos reclamados. También debemos valorar las vías menos onerosas para obtener la información que se requiere para probar los hechos impugnados.[15] Cabe destacar que el éxito o fracaso depende en su mayoría de la capacidad de probar nuestras afirmaciones, lo que casi siempre se traduce en daños pasados o de futura realización, con complejidad técnica para probar, como la realización de estudios técnicos cuantiosos y complicados, para probar afectaciones puntuales a un sistema ambiental y/o a la salud propia de poblaciones.

15. No olvide el lector que el derecho de acceso a la información es gratuito, sin embargo, el pago de derechos por concepto de copias certificadas –las necesarias para generar prueba plena– es alto y en ocasiones inasequible, lo que nos conduce a idear nuevas maneras de allegarnos documentos probatorios, como por la vía de requerimiento de autoridad judicial.

En materia ambiental, un asunto trascendente en la parte probatoria es el relacionado con la inexistencia de pruebas o evidencia científica que demuestre daños concretos. A veces tenemos sólo indicios que muestran la existencia de riesgos, sin embargo, de acuerdo a un principio esencial no sólo de derecho sino de la gestión ambiental, el Principio Precautorio, son los responsables de los proyectos o actos que se asumen riesgosos, los que deberán demostrar la inocuidad de su acción, de lo contrario, la autoridad ambiental no puede autorizar los mismos.

Bajo esta lógica, que es inversa a la aplicada por nuestra legislación procesal civil[16] –que es la que rige en el fondo todo procedimiento–, la carga de la prueba será siempre para el promovente del proyecto que se asume dañino. De hecho, uno de los procedimientos más importantes de la gestión ambiental, la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), está fincado bajo esta premisa: el responsable del proyecto debe demostrar a la autoridad que los impactos ambientales ocasionados son resarcibles y mitigables, de lo contrario, la autoridad ambiental no debe autorizar la realización del mismo.

Sin embargo, en los juicios planteados no hemos conseguido instaurar esta lógica para que sean los demandados los que demuestren que su actividad no es perjudicial para el medio ambiente o para la salud de las personas. Con ello lograríamos un giro importante, pues como hemos referido, uno de los obstáculos que enfrentamos es la generación de las pruebas por el alto costo y el grado de complejidad técnica.

La selección de acciones legales

En ocasiones existe más de una acción para ejercitar, por ejemplo, podemos recurrir a diferentes instancias pidiéndole a ambas la revisión y cancelación del proyecto. Es decir, podemos acudir al Recurso de Revisión, al Juicio de Nulidad o Amparos dependiendo de nuestros actos reclamados y el nivel de afectación que podamos acreditar.

Nuestra elección sobre el particular debe ser consecuente con la experiencia que tengamos en cada instancia, pero sobre todo por la mayor eficiencia que brinde una sobre otra[17]. Uno de los elementos que tomaremos en cuenta es saber con cual de las acciones podemos obtener la suspensión de la construcción de la obra sin pagar fianza, o bien la clausura de una obra ya construida y perjudicial al medio ambiente y a comunidades.

16. La carga de la prueba es para quien afirma.
17. Véase apartado: "Denuncia Popular, Recurso de Revisión, Juicio de Nulidad"

En materia ambiental, nuestra defensa puede presentarse por la vía constitucional, reclamando el respeto de derechos fundamentales como la Salud, Medio Ambiente Adecuado, Alimentación, Vivienda, o al Debido Proceso. Esta área es de las menos intentadas en razón de que existen impedimentos procedimentales relacionados con el interés jurídico, el agravio personal y directo, y el principio de definitividad que obliga a agotar previamente las diferentes vías, lo que puede perjudicar la acción.

Una de nuestras estrategias ha sido acudir a dos o más instancias simultáneamente con el objeto de ver la eficacia que cada una de ellas tiene, solicitando en una la suspensión del acto o clausura de la obra y en otra la nulidad del acto de autoridad que lo posibilitaba legalmente. Sin embargo, antes de iniciar todas las acciones posibles, debemos valorar nuestra capacidad real para abordar el asunto por tal o cual instancia, valorando el costo, el tiempo y el grado de efectividad de cada una de las instancias posibles. Recordando, además, que no es lo mismo plantear una instancia internacional que una local, dado que cada una de ellas sirve a un objetivo diferente: la internacional tiene incidencia política pero no necesariamente jurídica, y la local necesariamente versará sobre la nulidad del acto o la defensa legal de la situación, además de que los costos y necesidades de una y otra son en extremo diferentes.

Habrá que tener cuidado con las acciones carismáticas, como las Denuncias de Responsabilidad a Funcionarios o las instancias internacionales, que si bien son necesarias en determinados casos, muchas veces no sirven para atacar el problema de fondo.

Las acciones de defensa deben definirse en base a las necesidades de los afectados y a los objetivos previamente establecidos en nuestro litigio estratégico, tratando de conjugar ambos. Sin embargo, si ello no es posible y nuestra planeación o atención de determinado caso requiere arriesgarlo para obtener determinado precedente o interpretación, siempre deberá ser con el conocimiento y consentimiento de los posibles afectados.

Las alianzas

Las alianzas con universidades o centros de especialización académica para generar pruebas periciales son parte medular en el desarrollo de la estrate-

gia, así como la vinculación con otras organizaciones y movimientos sociales para el desarrollo de sinergias.

Los medios de comunicación nacionales e internacionales son un elemento esencial para impulsar otras acciones políticas y las propiamente mediáticas, generando conciencia ciudadana, necesaria para toda causa. Por esta razón resulta indispensable que a la par de la estrategia legal se realice una estrategia de medios, que determine las acciones a seguir[18], pero sobre todo que siga su propia organización y lógica. Los abogados responsables de los casos no pueden hacerse cargo de esta gran labor, por ello, lo recomendables es que si los recursos económicos o las alianzas lo permiten, sea otra persona u organización quien se encargue de esta campaña o estrategia.

Otro vínculo necesario es con las propias autoridades administrativas o judiciales que en su momento resolverán el litigio o tendrán alguna relación o injerencia en éste. Debemos tener presente que los funcionarios que conocen nuestro caso son personas comunes y corrientes y que, al igual que cualquiera, deben comprender la trascendencia de nuestra causa y las implicaciones que conllevaría una sentencia en determinado sentido como precedente, dejándoles entrever la innovación jurídica –incluso humana– de su labor si fallan a favor de la causa que defendemos.

Aunque el desarrollo del proceso o procedimiento legal no requiera el apersonamiento de los afectados, como sucede en el caso de los juicios de amparo, debemos, en la medida de lo posible, acercarlos con los juzgadores para que con extrema libertad y desde su situación especifica expliquen cómo impacta el proyecto en sus vidas, qué daños han padecido, y en general, cualquier información relevante que haga saber a los juzgadores que atrás de sus plumas y sus escritorios hay muchas personas que pueden ser perjudicadas o beneficiadas con su laudo.

Si nuestra estrategia de litigio incluye una modificación o reforma legislativa, esta alianza será determinante para lograr dicho objetivo. El acercamiento podría hacerse primero con las Comisiones en la materia de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, solicitando previamente audiencia por escrito para exponer la causa, los obstáculos que en la práctica se presentan con la disposición jurídica o ante la falta de regulación, las necesidades de la reforma, etc. Aunque no se busque con el litigio específicamente una reforma, es necesaria la comunicación con este sector y su comprensión

18. Aunque lo deseable es que de manera anticipada exista una estrategia de medios, la propia dinámica, tiempos propios y eventualidades, complican la anticipación de acciones para difundir los posicionamientos y avances del caso, sin embargo, esta tarea debe hacerse con la anticipación y atención que sea posible y bajo el asesoramiento del abogado responsable.

sobre nuestra causa, pues siempre pueden hacer recomendaciones a favor del caso, a manera de puntos de acuerdo.

Responsabilidad de los litigantes, falta de profesionalización

Las organizaciones tendemos en ocasiones a sentir o creer que nuestro trabajo es más producto de nuestra buena voluntad y generosidad hacia las causas y la gente, que producto de una responsabilidad concreta que tenemos frente a nuestra organización, a las fundaciones o donadores que nos financian y hacia los afectados. Esta inadecuada actitud o comprensión de nuestro trabajo nos ha hecho perder tiempo, experiencia y profesionalización. Los abogados debemos asumir el papel de abogado y de tratar, en la medida de lo posible, con "clientes". Pareciera chocante el término, sin embargo, debemos intentar una relación más profesional y menos sentimental, y si ello implica no asistir a alguno o varios eventos, talleres, encuentros, etcétera, deberemos hacerlo, pues ese tiempo habrá de ser destinado al estudio, preparación, seguimiento y cabildeo de las acciones legales. Los casos y causas requieren abogados preparados, con experiencia y que muestren diligencia en todas sus actuaciones, no amigos o acompañantes.

Es necesario, además, al inicio de toda acción, formalizar nuestra relación con los afectados mediante un contrato de prestación de servicios, aunque el pago sea simbólico o no exista, en el que se determinen las obligaciones y derechos tanto de colectivos o individuos que asesoremos como de los defensores. Este simple acto otorgará formalidad a la relación, pero sobre todo certidumbre para ambas partes.

Casos concretos de Litigio Estratégico y Resultados Obtenidos

Consejo de ejidos y comunidades opositoras a la presa La Parota
vs
Comisión Federal de Electricidad
Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales
Gobierno del Estado de Guerrero

PRECEDENTE: *Recomendación internacional de cancelación definitiva del proyecto*
RESULTADO: *En los hechos, la obra está suspendida*

La Comisión Federal de Electricidad pretende construir una presa con una capacidad de generación de energía de 30 MW sobre uno de los acuíferos más importantes de la zona: el Río Papagayo. Esta obra implicaría el desplazamiento de cerca de 25,000 personas que habitan el sitio propuesto para el embalse. Además, el embalse inundaría más de 17,000 hectáreas de selva baja y mediana caducifolia, que se perdería junto con las innumerables especies de flora y fauna, muchas de ellas en alguna categoría de riesgo. El sitio propuesto tiene otra enorme debilidad: se encuentra en una zona altamente sísmica, sobre tres fallas geológicas. Por si esto fuera poco, la obra afectaría Regiones Terrestres e Hidrológicas Prioritarias.

El CEMDA, desde 2004, ha asumido la defensa ambiental y de derechos humanos, solicitando la Consulta Pública del proyecto, la Nulidad de la autorización de impacto ambiental y Denunciando ante la Procuraduría General de la República conductas constitutivas de delitos ambientales y agrarios.

En el mes de marzo se presentó este caso en Audiencia Pública ante el Tribunal Latinoamericano del Agua, obteniendo del jurado una recomendación de cancelación del proyecto derivado de los innumerables daños sociales y al ambiente, y los cuestionados beneficios del mismo.

Presentaremos Demanda de Garantías por violaciones al Derecho al Medio Ambiente, a la participación de los Pueblos Indígenas, a

la Vivienda y a la Alimentación. Asimismo, es un amparo contra las leyes que autorizaron el proyecto y que no respetan las garantías de audiencia y debido proceso, consagradas en la Constitución mexicana. La presentación del juicio de amparo es una acción sin precedentes legales en México, y esperamos con ella comenzar una nueva etapa en la defensa ambiental y en la justiciabilidad de los derechos sociales.

Asimismo, presentaremos una Petición de Medidas Cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debido a que la situación de violencia se agrava en contra de los opositores al proyecto, quienes han sufrido incriminaciones injustas, violaciones a la integridad y a la vida de algunos comuneros, y violaciones a sus derechos de participación y consulta, así como a la defensa de los recursos naturales en beneficio de las comunidades.

Comunidades de Alpuyeca y Tetlama
vs
Comisíon Estatal del Agua y Medio Ambiente

PRECEDENTE: *Investigación penal de daños a la salud por contaminación*
RESULTADO: *Clausura definitiva del tiradero de basura.*

Pobladores de las comunidades de Tetlama y Alpuyeca, en el Estado de Morelos, afectados en su salud con cáncer, leucemia, malformaciones y otras enfermedades mortales, a consecuencia de la cercanía de sus pueblos con un tiradero de basura a cielo abierto, demandaron penalmente al Gobierno del Estado y a los Municipios por los daños sufridos y por la contaminación al agua, suelo y aire provocada por el tiradero.

El tiradero fue clausurado de manera definitiva, sin embargo, aún se requiere el avance de la indagatoria para que los responsables remedien el lugar donde se encontraba el tiradero y no continúe siendo un foco de infección. Paralelo a las acciones legales, establecimos interlocución con el Gobierno Municipal de Temixco, donde se encuentra el tiradero y hemos estado trabajando con éste para lograr dicha remediación.

Mantenemos alianza con universidades de la región para obtener pruebas que demuestren fehacientemente el vínculo entre el daño ambiental y el daño a la salud de la gente de las comunidades.

Federico Juárez Pérez, Victor Moreno y Héctor Suárez
vs
Casas Ara, S.A.

PRECEDENTE: *Interés Jurídico*
RESULTADO: *Sentencia que ordena Clausura de la obra. Creación de la Comisión de Cuenca del Río Amecameca*

Casas Ara inicia construcción de desarrollo Inmobiliario en el Municipio de Chalco sin contar con las autorizaciones ambientales y urbanas necesarias, afectando una zona de captación de agua del acuífero. Residentes de Chalco denuncian la irregularidad y no obtienen respuesta de autoridades, por lo que recurren en juicio contencioso el silencio de aquellas, y obtenemos, mediante resolución, clausura definitiva de la construcción.

Este caso evidencia la importancia de la unión de los pueblos, así como la alianza con académicos y organismos especializados en el tema. En este caso, la alianza fue con Sierra Nevada, quienes paralelamente están creando la Comisión de Cuenca del Río Amecameca.

Flora Guerrero Goff
vs
Costco, Comercial Mexicana

PRECEDENTE: *Interés Jurídico*
RESULTADO: *Resolución de Amparo favorable con consideración ambiental*

En 1993, la cadena Comercial Costco, Comercial Mexicana, sin contar con los requisitos de ley, obtuvo autorización de impacto ambiental para construir una tienda comercial sobre el conocido hotel Casino de la Selva. Los ciudadanos, con nuestra asesoría, demandaron la nulidad de la autorización en razón de que la misma

implicaba el desmonte de miles de árboles de diferentes especies nativos de la región, así como la afectación a una zona arqueológica y destrucción de pinturas y murales de prestigiados artistas. Perdimos las dos instancias locales en el Tribunal Contencioso en razón de que la contraparte alegó falta de interés jurídico de la demandante, sin embargo, ganamos en Amparo el caso. El problema fue que después de tres años de litigio, sin haber logrado la suspensión de la obra, los árboles y las pinturas habían sido destruidas y con ello la materia del asunto controvertido.

Este caso es jurídicamente exitoso porque logró sentar el primer precedente en el Estado de Morelos a nivel judicial sobre la existencia de interés jurídico de las personas que habitan en un Estado para demandar actos que vulneren su derecho a un medio ambiente adecuado. Sin embargo, el resultado no fue alentador, pues la obra, después de tres años, se construyó y los bienes que intentamos tutelar fueron destruidos. Es un ejemplo de la necesidad de la obtención de las suspensiones.

Araceli Domínguez Rodríguez
vs
Hotel Mayan Palace

PRECEDENTE: *Interés jurídico*
RESULTADOS: *Inhabilitación por responsabilidad de funcionarios federales*

En Cancún, a partir del 2001, se iniciaron protestas en contra de la construcción del hotel Mayan Palace realizada sin autorizaciones legales. La SEMARNAT le negó interés jurídico a la demandante, por lo que acudimos al juicio de nulidad para la aceptación del recurso de revisión. Después de un año de juicio, el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo aceptó el interés jurídico de la actora, por lo que se le ordenó a la autoridad ambiental evaluar el asunto en el fondo, la cual alegó que en razón de que la construcción estaba concluida no quedaba mucho por hacer.

A pesar de defenderse el caso por tres vías diferentes (nulidad, denuncia popular y responsabilidad de servidores públicos), no se

logró suspender la construcción. Actualmente, analizamos la vía internacional para denunciar al Estado Mexicano por su omisión y responsabilidad en este caso que dañó irreversiblemente zonas de manglar y ecosistemas costeros.

Este caso demuestra una vez más dos problemas frecuentes en la defensa: la falta de suspensión de obras y la acreditación del interés jurídico. Sin embargo, por lo menos con el cabildeo, presión e impacto mediático que se le ha dado a la ilegalidad manifiesta y al daño permitido por el Estado, se logró la inhabilitación de los representantes de las Delegaciones de SEMARNAT y PROFEPA.

Comunidades afectadas
vs
Municipio de Xalapa

PRECEDENTES: *Consideraciones ambientales en amparo*
RESULTADOS: *Clausura de la obra por PROFEPA*

En 2003, el Municipio de Xalapa construyó sobre bosque mesófilo de montaña un Relleno Sanitario a pocos metros de un río que abastece a dos comunidades. La gente inmediatamente después comenzó a resentir en su salud los efectos negativos del relleno, sobre todo los niños. Por no contar con permisos federales, se presentó una denuncia popular, exigiendo la clausura. El Municipio se amparó en contra de esta resolución y perdió, la defensa acercó a la gente afectada ante las autoridades que resolvían el amparo y esto funcionó, ya que se negó el amparo en definitiva. Sin embargo, las autoridades municipales no acataron el fallo.

CEMDA, Grupo de los cien
vs
Gobierno de México

Nuestra organización denunció en 1996 al Gobierno Mexicano ante la Comisión de Cooperación Ambiental (CCA), por la falta de aplicación de la legislación ambiental mexicana al momento de emitir los

permisos ambientales para una central portuaria en Cozumel dentro de un Área Natural Protegida "Zona de refugio para la protección de la flora y la fauna marinas de la costa occidental de la isla Cozumel". Como resultado de esta acción se publicó el primer Informe de Hechos en donde constan las irregularidades en las que el Gobierno Mexicano incurrió al emitir las autorizaciones.

El Gobierno Mexicano decidió cancelar todo el proyecto y sólo permitir la construcción de un muelle. Con la publicación del Informe, trabajando y negociando con las autoridades, el CEMDA y otras organizaciones lograron un fideicomiso para la creación del Área Natural Protegida "Arrecifes de Cozumel y el Programa de Ordenamiento Ecológico Territorial de la Isla de Cozumel y su Área Marina de Influencia"[19], aún vigente.

Esta acción es un ejemplo de cómo la elección adecuada de una estrategia puede servir no sólo para la resolución del caso, sino también para mejorar la situación en el plano general, en este caso, con medidas concretas para salvaguardar una región ecológicamente importante.

El Expediente de Hechos[20] logró la cancelación oficial del proyecto, limitándolo a un muelle, gracias al efecto político y mediático de la acción internacional obtenida por la participación de la coalición y acompañamiento de otros organismos defensores del medio ambiente. Estos resultados quizá no se hubieran obtenido, si la defensa legal se lleva únicamente en el plano nacional.

Las circunstancias de este caso hicieron posible esta vía internacional; un caso carismático (la defensa de un Área Natural Protegida), unión de esfuerzos con otras organizaciones para lograr mayores insumos y la violación tan evidente del marco normativo ambiental.

19. Publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Quintana Roo el 21 de mayo del 2002.
20. Narración sucinta por parte del Secretariado de la CCA, en la que constan paso a paso las diligencias que realizó en la investigación del caso. Sin efectos jurídicos vinculantes.

Clínica de litigio de interés público CIDE-ODI: Colaboración estratégica para educar y transformar

Guadalupe Barrena *

El Estado de Derecho es un vehículo exitoso para lograr el cambio social. Esta convicción sustenta el trabajo de la Clínica de Litigio de Interés Público CIDE-ODI, que desde 2004 forma a estudiantes de derecho para lograr el cambio social desde los tribunales. La Clínica CIDE-ODI es un proyecto que persigue la expansión del ámbito del Estado de Derecho para los clientes a quienes representa, para los estudiantes a quienes forma y para la comunidad jurídica en su conjunto. El mecanismo que hemos elegido para maximizar el impacto de nuestro trabajo es el litigio estratégico. La clave de nuestro enfoque ha sido invertir la lógica de la atención jurídica gratuita: nuestra meta no es satisfacer al mayor número de clientes posible, sino transformar tan profundamente como podamos la calidad de la respuesta del sistema de justicia.

El proyecto arrancó en el verano de 2004 para satisfacer los intereses complementarios de las instituciones participantes: por un lado, proporcionar servicios jurídicos gratuitos a la comunidad, y por otro, formar abogados solventes y socialmente comprometidos. El Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia (ODI) han desarrollado un espacio de colaboración y complementación que ha madurado para convertirse en un programa exitoso de litigio estratégico. En este capítulo describiremos el diseño del proyecto, su desarrollo, el proceso de identificación de sus objetivos estratégicos y algunos ejemplos de casos relevantes en su ejecución.

La División de Estudios Jurídicos del CIDE desarrolla desde hace seis años un modelo de enseñanza del derecho basado en el desarrollo de competencias para sus estudiantes. Partiendo del método de casos, el Programa de Reforma de Enseñanza del Derecho (PRENDE) tiende a que sus estudiantes *piensen como abogados*. Complementado por la enseñanza clínica, se busca generar un espacio para que los estudiantes puedan *actuar como abogados*: entrevistar clientes, investigar hechos, definir las controversias, identificar las vías de resolución del conflicto, identificar y responder técnicamente a las necesidades del cliente.

* Licenciada en Derecho por la UNAM, con estudios de maestría en Derechos Humanos en la Universidad de Europa Central, ha trabajado en programas de reforma de la administración de justicia, de reforma al proceso penal y reforma policial desde hace 5 años para organizaciones no gubernamentales y de la cooperación internacional en México. Actualmente es becaria de Open Society Justice Initiative para colaborar en el desarrollo de la Clínica desde agosto de 2006. Este artículo fue redactado para la Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. (ODI) y la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) para reflejar la experiencia de su colaboración.

El proyecto pone en operación una agenda legal propuesta por la ODI: la protección judicial de los derechos de la infancia. Esta agenda se caracteriza por apartarse de un enfoque asistencial, renunciando a satisfacer necesidades de este tipo directa o indirectamente. Además, su enfoque es multidisciplinario. La ODI promueve la atención de los problemas legales de la infancia protegiendo su integridad psicológica en el proceso. Resultaría inaceptable anular a la persona volviéndola un medio para lograr una conquista legal. La Clínica se montó sobre los hombros de la experiencia de la ONG para seguir su agenda temática, donde se identificaban los problemas más urgentes en el campo de la defensa legal de la infancia.

La combinación de intereses de la organización y la universidad generaron un proyecto de litigio de interés público donde los estudiantes aprenden no sólo a actuar como abogados, sino además desarrollan un sentido de responsabilidad social. La Clínica tomó vida con el apoyo técnico y financiero de Open Society Justice Initiative y se ha desarrollado mediante un continuo ejercicio de reflexión sobre la experiencia y los resultados obtenidos.

I. La abogacía en favor del interés de todos

El primer punto de encuentro entre la ODI y el CIDE fue el deseo de impulsar los servicios de representación legal en favor de personas sin recursos económicos para contratarlos. En el marco del PRENDE, la contribución de la universidad para atajar el problema de la carencia de servicios legales accesibles y efectivos consiste en que los futuros abogados tengan herramientas no sólo para ser mejores abogados, sino generar en ellos una perspectiva de desarrollo profesional comprometida con altos estándares de responsabilidad profesional.

A. Más abogados, ¿más justicia?

Señalar la dificultad de acceso a los servicios legales en México es un lugar común. El hecho es que el país ha visto una tendencia ascendente en el número de abogados *per cápita*. Aunque sería difícil decir si este incremento ha sido un factor para resolver los problemas de acceso a la justicia en el país, parece que más abogados no significa más justicia. En efecto, durante la década de los 90, la Licenciatura en Derecho incrementó en un quinto su participación entre la preferencia de los estudiantes universitarios.[1] En el mismo periodo, se duplicó el número de estudiantes de derecho que fueron admitidos al mercado laboral y recibieron la patente para ejercer la profesión.[2]

1. Durante la década, el interés por la licenciatura creció del 10 al 12% aproximadamente. Ver, López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, "'¡Tan cerca, tan lejos!' Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970, 2000)", en Fix-Fierro, Héctor, M. Friedman, Lawrence y Pérez Perdomo, Rogelio (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Doctrina jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 560.
2. El número pasó de 12,761 a 23,164, ibid, p. 560.

Para 2004, el INEGI reportaba un total de cerca de 191 mil abogados que ejercían como tales,[3] para atender a 103 millones de personas.[4] La relación era aproximadamente de 185 abogados por cada 100,000 habitantes.

En realidad, la tasa de abogados *per cápita* no es por sí sola un indicador de barreras de acceso a la justicia.[5] Países con diverso grado de desarrollo tienen tasas muy variadas a las de México: 150 en Reino Unido, 77 en Alemania y 37 en Países Bajos por cada 100,000 habitantes, mientras que Perú tiene una tasa 30% más alta que México.[6] Parece claro, sin embargo, que el número de abogados *per cápita* juega un papel importante si se le combina con los esquemas de incentivos que el marco legal da a la profesión jurídica para realizar trabajo a favor de la comunidad. En nuestro país, la ausencia de incentivos de los profesionales para trabajar a favor del interés público puede resumirse en los siguientes puntos:

i) La regulación de la profesión no impone esta obligación a los profesionales graduados.
ii) Durante los estudios universitarios se impone un periodo de servicio social, requisito para obtener la patente de abogado.
iii) No contamos con un sistema de colegiación obligatoria mediante la cual se pueda canalizar algún tipo de exigencia de prestar servicios gratuitos.
iv) Tampoco existe una estructura de incentivos fiscales para proporcionar servicios jurídicos gratuitos. La labor de interés público queda así en la conciencia de cada persona.

En consecuencia, sin incentivos para los profesionales, la solución del acceso a la justicia ¿debe venir de las próximas generaciones de abogados? Posiblemente. Pero la perspectiva profesional de los estudiantes está claramente orientada a posiciones en la práctica privada, el servicio civil o la carrera judicial. A pesar de una creciente y pujante comunidad de organizaciones civiles en el país, el trabajo jurídico en el sector no gubernamental encaminado al interés público es escaso. Claramente, los estudiantes de derecho no tienen entre sus perspectivas profesionales la de convertirse en abogados que defiendan causas de derechos humanos. Hacia 2002, sólo el 1% de los estudiantes encuestados por los profesores Fix-Fierro y López-Ayllón estaban empleados en organizaciones no gubernamentales. El 60% trabaja para la iniciativa privada y cerca de un 20% para alguna rama del sector público.[7]

3. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Estadísticas a propósito del día del abogado. Datos Nacionales (2004), p. 7.
4. —, II Conteo de Población y Vivienda 2005. Resultados definitivos. Tabuladores básicos (2005) <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/sistemas/conteo2005/datos/00/pdf/cpv00_pob_3.pdf> (November 19, 2006) http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/sistemas/conteo2005/datos/00/pdf/cpv00_pob_3.pdf
5. Blankenburg, Erhard, Private insurance and the historical "waves" of legal aid (1993), 13 Windsor Y B Acces Just 185, p. 193.
6. Consorcio Justicia Viva, en "Resumen de la justicia peruana en cifras" (http://www.justiciaviva.org.pe/indicadores/Resumenjusticia/Resumendelajusticia.htm, febrero 15 de 2007), reporta 243 abogados por cien mil habitantes.
7. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, "La educación jurídica en México. Un panorama general", en González Martín, Nuria (ed.), Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, tomo II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, p. 311.

Estos datos indican dos problemas: por un lado, las oportunidades relativamente reducidas de acceso a servicios jurídicos, y más gravemente, la dificultad de los estudiantes que se integran al mercado de trabajo de optar por esquemas profesionales alternativos. Aunque los profesores Fix-Fierro y López-Ayllón reportan que los estudiantes de derecho tienen una noción alentadora de los fines del derecho, éstos no logran vincular la ley como un factor en la calidad de vida de la gente.[8]

Ante este panorama, el proyecto busca dos objetivos: inmediatamente, proporcionar servicios jurídicos gratuitos; y a mediano plazo, educar a los estudiantes en un modo alternativo de practicar la profesión.

B. Acceso a la justicia mediante tiros de precisión

¿Por qué desde el inicio se planteó la necesidad de que el proyecto emprendiera una veta del litigio estratégico? Un elemento importante de esta decisión se debe a la experiencia de quienes lo concibieron. Tanto el profesorado de la División de Estudios Jurídicos del CIDE como la Directora Ejecutiva de la ODI, han enfrentado desde hace mucho tiempo el reto de incidir en la transformación del sistema de justicia desde distintos ángulos.

Sin duda, el litigio de casos aislados representa una gran contribución para brindar servicios legales a los miembros de una comunidad que no puede pagar por ellos. Pero ambas organizaciones plantearon en sus objetivos la contribución a una transformación del sistema en general. Sin una visión de cómo capitalizar los resultados de cada litigio para hacerlos extensivos a otros que nunca serían atendidos por la Clínica, sería difícil imaginar una contribución sistémica. Para lograr este fin existen mecanismos alternativos al litigio estratégico, que son técnicas que acompañan a esta actividad. La decisión de emprender litigio estratégico vino de la vocación de las instituciones participantes por contribuir al diseño de la política pública, por aportar insumos para la clara comprensión de los problemas que más aquejan al sistema de justicia, y por dar herramientas al debate de la búsqueda de las mejores soluciones disponibles.

Es importante hacer notar que el proyecto lleva una lista mixta de casos. El litigio estratégico representa un porcentaje de la carga de trabajo en la que participan los estudiantes. Para la organización, esta mezcla de casos permite un acceso amplio a los problemas jurídicos que enfrenta la

8. "Mejorar las condiciones de vida" fue la descripción de "justicia" de sólo 7.1% de los encuestados, a pesar de que cerca de la mitad habla de ella como la finalidad del derecho, *ibid*, p. 316.

infancia. Según explica la Directora Ejecutiva de la ODI, Margarita Griesbach, los primeros pasos en el desarrollo del proyecto se basaron en el litigio de casos singulares. Más adelante, en los casos que recibía. En una tercera fase de desarrollo, la organización logró crear los casos para conseguir los objetivos planteados. Una lista mixta de casos ofrece varias ventajas. Primero, el proyecto ha logrado familiarizarse con temas nuevos a partir de casos singulares. A través de experiencia, es posible visualizar el potencial paradigmático de la situación. Por otro lado, los casos singulares necesitan el despliegue de una gama amplia de habilidades de litigio, en donde la participación de los estudiantes se enriquece por su grado de exposición a un panorama tan diverso. En relación con el valor educativo del litigio estratégico en comparación con el litigio de casos singulares, quizá es pronto para llegar a una evaluación comparativa. En cualquier caso, el equipo ha notado que ambos componentes de la lista de casos del litigio interés público ofrecen importantes oportunidades educativas. En ambos casos, los análisis de las estrategias de los casos y su instrumentación, nos han permitido un espacio de reflexión sumamente valioso.

En efecto, la adopción de un mecanismo de litigio estratégico se encontraba dentro de las aspiraciones del proyecto original. Su instrumentación, sin embargo, fue producto de la técnica de trabajo adoptada desde el inicio. Para la Clínica ha sido clave reflexionar sobre el proceso que se está conduciendo, con el propósito específico de extraer lecciones susceptibles de ser aplicadas en circunstancias futuras. Ha sido vital evaluar cómo las lecciones que obtuvimos antes resultaron o no favorables para la consecución de los dos objetivos. Además de las ventajas intrínsecas de este proceso de aprendizaje, el proceso mismo ha permitido que en el proyecto esté presente la contribución de colaboradores eventuales, que no participan de tiempo completo en él como algunos miembros del claustro de la División de Estudios Jurídicos.

Maduró así una práctica de defensa de casos individuales, para instrumentar nuestro propósito original de litigar para transformar el sistema en su conjunto. Por los cauces del sistema de justicia, el proyecto optó por multiplicar su incidencia empleando al Poder Judicial como caja de resonancia: por cada caso litigado, la jerarquía del Poder Judicial se encargaría de multiplicar los efectos obtenidos para ser accesibles a muchas más personas de las que hubiéramos podido atender.

II. ¿Qué podemos esperar al emprender un programa de litigio estratégico?

El propósito de esta sección es ejemplificar las líneas generales de la experiencia del proyecto, señalando diversos tipos de resultado que ha experimentado. El proyecto lleva una agenda relativamente flexible para su programa de litigio, considerando cuáles son las oportunidades reales de intervención en cada caso. El año pasado, casi la mitad de casos en que participaron los estudiantes eran parte de una estrategia de litigio estratégico. Considerando que el propósito de este texto es compartir la experiencia de la Clínica, incluimos aquí cuatro fotografías de algunas experiencias con la finalidad de que sirvan a otros en la preparación de sus programas de litigio. La selección de los casos descritos abajo no tiene la finalidad de ser una muestra representativa del trabajo de litigio de la Clínica. Este conjunto de casos es más bien un anecdotario. Desafortunadamente, algunas de las estrategias más interesantes no pueden ser publicadas aún porque los casos están pendientes de ser decididos. Otras estrategias han sido omitidas por su similitud con las que hemos elegido aquí.

Por limitaciones de espacio, socializamos brevemente estas historias para que otros puedan anticipar escenarios posibles de una estrategia de litigio: (i) una estrategia que se prepara pero no se puede instrumentar; (ii) una estrategia que se prepara, se instrumenta y señala con contundencia un problema subyacente; (iii) una estrategia exitosa en el caso, aunque no alcanzó los peldaños superiores de la escalera judicial, y (iv) una estrategia exitosa simple y llanamente, con el efecto de dotar de contenido a garantías individuales transversalmente, a todo lo largo del sistema.

A. Preparación de una estrategia sin caso

En los litigios singulares es factible que los clientes decidan dejar el proceso. Este es un costo normal del trabajo de la Clínica. El riesgo persiste en los casos estratégicos. Sin clientes, las estrategias no pueden ejecutarse. En septiembre de 2006 la organización condujo los preparativos para una estrategia relacionada con los libros de texto de educación secundaria. En algunas entidades del país, los libros no habían sido entregados a los niños al inicio del año escolar. Contactada por un grupo de organizaciones civiles interesadas, la Clínica preparó una estrategia analizando las diferentes vetas de derechos constitucionales involucrados, vislumbrando un amplio

espectro de consecuencias jurídicas que podrían obtenerse y priorizando las conquistas que debían buscarse en el corto plazo. El caso se prestó para discutir los límites constitucionales del derecho la educación pública, impulsar la definición de autoridad en el Juicio de Amparo y el contenido de los derechos constitucionales de la infancia referidos en el artículo 4º. El foro de reflexión en la Escuela de Derecho del CIDE permitió vislumbrar una estrategia amplia, priorizando objetivos de corto y mediano plazo para promover los aspectos sustantivos del derecho a la educación. La Clínica, incluso, preparó una demanda de amparo que sería circulada entre las organizaciones participantes para buscar clientes potenciales.

El ejercicio de diseño de la estrategia fue valioso en sí mismo. Sin embargo, su operación resultó compleja por las diversas jurisdicciones donde el tema era relevante. El caso no logró despegar por la dificultad de identificar a personas que quisieran interponer demandas de amparo.

B. Justicia juvenil y la (in)aplicación directa de la Constitución

La Clínica ha vivido una experiencia distinta intentando impulsar la aplicación directa de la Constitución para garantizar los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley. Describiré brevemente algunos pasos en esta estrategia, exclusivamente en relación con la aplicación de la reforma constitucional aprobada en diciembre de 2005 al artículo 18.

La empresa de litigar casos de justicia juvenil representó una adición interesante a la agenda tradicional de la Clínica. Hasta 2005 la vertiente penal del proyecto había trabajado habitualmente para representar a niños víctimas del delito, y en particular, víctimas de delitos sexuales. Esta línea de intervención resultó ser eficaz y produjo un criterio judicial de la Suprema Corte de Justicia para que las víctimas pudieran acceder al Juicio de Amparo por razones no explicitadas en la legislación.

La coyuntura legislativa marcó una nueva prioridad en la agenda: durante 2005 se aprobó en México una reforma constitucional que transformó los requisitos del sistema de justicia juvenil para eliminar sus contenidos tutelares. Una de las consecuencias de la reforma constitucional fue imponer a las legislaturas estatales la obligación de instrumentarla en un plazo definido en la propia reforma. A mediados de 2006 el proyecto emprendió un pro-

grama de litigio para discutir la adecuación estatal de los nuevos preceptos constitucionales. Este tema abría una amplia ventana de oportunidad de incidencia. Para empezar, la reforma constitucional generaba la posibilidad de que se crearan 33 esquemas legislativos en las diversas jurisdicciones del país. En efecto, el resultado de la reforma constitucional fue una instrumentación gradual en diversas entidades federativas que seguían distintos mecanismos para garantizar los derechos recientemente incluidos en la Constitución. Idealmente, los principios del nuevo sistema abrían la posibilidad a un rico catálogo de garantías en materia de debido proceso, comenzando por la separación de las autoridades que intervienen en el proceso para adolescentes y la posibilidad de integrar como mínimo todas las garantías disponibles para la justicia criminal común. Esta aspiración constitucional se vio frustrada temporalmente en el Estado de México donde la reforma procesal entró en vigor hasta principios de 2006. En el momento de redactar este texto, la reforma en el Distrito Federal no había sido implantada.

Las oportunidades para litigar la ausencia de instrumentación de la reforma eran amplias. Numerosas legislaturas del país fallaron en adoptar una legislación local en el plazo estipulado. En algunos otros estados, la entrada en vigor de la ley se ha diferido en exceso del plazo constitucional. Sin embargo, por conveniencia operativa, la Clínica centró sus esfuerzos de litigio en el Distrito Federal y el Estado de México.

Inicialmente tomamos la defensa de *DA*, un niño acusado de un delito calificado como grave por la ley (robo de vehículo), y por ende, sin acceso a libertad provisional. Privado de la libertad en Zinacantepec, Estado de México, el agravio contra *DA* era doble. Por una parte, el caso que se presentaba en su contra era débil. Pero más gravemente, la autoridad que pretendía juzgarlo no estaba sujeta a los nuevos principios constitucionales. *DA* sería tratado en un régimen incompatible con la nueva regulación. Aunque la Clínica se había encargado de litigar casos donde los niños eran las víctimas del delito, era claro que *DA* sería victimizado por el sistema al enfrentarlo a un proceso sin todas las garantías que la Constitución le otorgaba. Por principio de cuentas, era cuestionable que la autoridad no reformada en contra de un mandato constitucional, conservara su jurisdicción sobre el caso.

Al decidir tomar el caso, referido a la ODI por su especialización en temas de infancia, se visualizó la necesidad de acompañarlo con una serie de medidas paralelas. Primero, se diseñó una estrategia que abarcaría otras jurisdicciones

donde no se hubiera instrumentado la reforma constitucional. Al mismo tiempo, se preparó un instrumento para apoyar a los legisladores como insumo en el diseño de un nuevo sistema integral de justicia juvenil. El primer paso nos daría la oportunidad de buscar una reacción de la judicatura en otro circuito judicial, mientras que el segundo respondería a la vocación de las instituciones participantes en el proyecto de incidir en el diseño de las políticas públicas aportando insumos para los tomadores de decisión.

Poco después de haber emprendido la defensa de *DA*, fue referido a la ODI el caso *G*. En él, se involucraba a un joven de 17 años que había sido tratado como mayor de edad y sujeto a proceso en un tribunal común en el Distrito Federal. El caso *G* se integraría a la veta del caso *DA* y se buscaría provocar una reacción en ambas jurisdicciones.

El caso *DA* ejemplifica algunos elementos importantes de estrategia. Primero, el equipo analizó la trayectoria publicada por el Consejo de la Judicatura Federal de los jueces de distrito que podrían recibir el amparo y esperó a que estuviera en turno quien podría mostrarse más sensible a los argumentos ofrecidos. En términos de la gestión de la estrategia de litigio, el caso también representó para la ODI una oportunidad importante de evaluar los recursos que la defensa criminal consumiría del equipo.

Simultáneamente, el caso *G* planteaba una situación un poco distinta porque se litigó en la Ciudad de México. La acusación en contra de nuestro cliente era sensiblemente más fuerte que el de *DA* y evidenciaba un trabajo policial mayor. El delito por el que se le acusaba también era grave y por lo tanto se encontraba privado de la libertad. *G* fue tratado inicialmente como mayor de edad y consignado ante las autoridades comunes. Después de lograr que nuestro cliente recibiera trato de persona menor de 18 años, se redactó un amparo similar al de *DA* para promover la contradicción entre el régimen que lo juzgaba y los nuevos principios constitucionales.

Diversos factores adversos han minado el camino ante los tribunales. Primero, en el caso de *DA* se consideró prudente desistirse del Juicio de Amparo por la certeza de que las autoridades locales resolverían empleando un estándar adecuado de valoración de las pruebas. Si ello sucediera, nuestro cliente podría ser liberado con rapidez. Segundo, en el caso *G* la respuesta de las autoridades no alcanzó nuestras expectativas. Primero, la resolución del Juicio de Amparo se prolongó más de lo que habíamos anticipado, gene-

rando de nuevo la pregunta de su pertinencia porque suspendería la resolución sustantiva de la causa penal. Una vez que todas las instancias relevantes emitieron su fallo, los argumentos constitucionales que se sometieron no fueron evaluados en su totalidad.

La Clínica identificó como obstáculo la dificultad de que la judicatura aplique directamente la Constitución. La ausencia de una acción contra la omisión legislativa ha contribuido a la dificultad del diálogo con el Poder Judicial. En este momento, la Clínica está replanteando su estrategia para continuar. Entre tanto, el instrumento de insumos legislativos está siendo circulado a diversas entidades gubernamentales del país.

C. El litigio por la no discriminación: aplicación implícita de la Constitución

En los casos *DA* y *G* la respuesta que obtuvimos no descartó los argumentos planteados sino que fueron reinterpretados por la autoridad. En la experiencia del proyecto esto es frecuente. A finales de 2005 el proyecto estaba volcado sobre la posibilidad de litigar casos que tuvieran un impacto transversal sobre los derechos de la infancia. El trabajo realizado hasta entonces se había enfocado en numerosos procesos criminales para proteger a la infancia. Buscando casos que vincularan los derechos constitucionales en general con los derechos de la infancia, el proyecto vio como una entrada valiosa el derecho a la no discriminación.

En noviembre de 2005, el Sr. Vega, participante en un foro donde miembros del equipo jurídico fueron ponentes, se acercó para plantear el siguiente problema. Él no estaba casado, era padre de un hijo pequeño y aunque tenía derecho de acceder al servicio de guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el servicio le había sido negado. Con base en el estado civil del padre, se había privado al hijo el derecho a ser inscrito en la guardería. El proyecto visualizó el caso como la posibilidad de introducir un precedente en materia de no discriminación: el marco legal debía ser abierto para desechar la posibilidad de que el estado civil del padre mermara los derechos del niño.

La estrategia de litigio se desarrolló en tres pasos. Primero, el equipo **investigó el marco legal** para determinar las razones que podría argumentar la autoridad al negarse a admitir al niño en la guardería. Se encontró que

la reglamentación de la institución sólo permitía el acceso a padres *divorciados*, pero no a padres que no hubieran estado casados.

El segundo paso fue **generar un acto de autoridad** para poder emprender luego un juicio de garantías. Mediante un escrito, se requirió a la Dirección General de Guarderías del IMSS que informara al padre los requisitos para poder inscribir a su hijo. La respuesta por escrito constituyó el acto de autoridad, al reiterar las limitaciones de la norma reglamentaria.

Finalmente se diseñó la demanda de amparo que plantearía el argumento de no discriminación. La estrategia del caso requería sortear un problema técnico: asimilar al IMSS como una autoridad responsable en términos de la Ley de Amparo. Ello era un reto en el contexto de la jurisprudencia existente. Además, era fundamental plantear el caso no como uno de mera legalidad sino como uno de constitucionalidad.

En la primera instancia del Juicio de Amparo, una victoria parcial llegó para el proyecto. En su sentencia, el juez decretó la inconstitucionalidad de la reglamentación de guarderías del IMSS por contravenir el artículo 1º de la Constitución. A pesar del fallo en los puntos resolutivos, las consideraciones del juez no fueron las esperadas. De modo similar al caso *G*, los argumentos constitucionales que se plantearon no fueron interpretados en su totalidad. Primero, la autoridad judicial no desarrolló los argumentos planteados y los alcances de admitir al IMSS como una autoridad responsable en términos del Juicio de Amparo. Segundo, el juez falló admitiendo que había una violación al derecho a la no discriminación en la reglamentación del acceso a guarderías, enmarcando la disputa como un problema de discriminación por razones de género. Sin embargo, el argumento se había planteado por discriminación en razón del estado civil. Finalmente, no fue posible examinar en este caso las implicaciones de la relación de los derechos del niño a ser admitido en la guardería, respecto de los derechos de su padre de inscribirlo.

En un balance, con el fallo el caso concreto se litigó de manera exitosa y la estrategia principal tiene ahora los elementos necesarios para representar otros casos e impulsar la adopción de jurisprudencia por reiteración de criterios.

D. La libertad de expresión y libertad de culto de vuelta a la Corte

A diferencia de algunas experiencias poco satisfactorias de la Clínica frente a los tribunales de distrito, el éxito en el foro de la Suprema Corte de Justicia ha sido muy alentador. Una de estas experiencias fue el caso *Stephen*, fallado por la Suprema Corte a inicios de este año. El caso fue referido a la organización por los hijos de un pastor evangélico que repartía volantes anunciando una reunión con música religiosa y copias de un texto bíblico. *Stephen* había sido detenido por las autoridades administrativas de la ciudad de Toluca, Estado de México, bajo el argumento de que el Bando de Gobierno (una regulación del ayuntamiento) no permitía que la propiedad pública fuera usada para difundir propaganda.

El caso ofreció a la Clínica una oportunidad única. Sin duda, la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales de una sociedad democrática. Aunque los alcances de este derecho se han discutido en diversos contextos, la jurisprudencia no había tenido la oportunidad de tratar este derecho en relación con la libertad de culto. En realidad, la libertad de culto es un derecho poco tratado por aquélla. En el pasado, este derecho se ha asociado con la regulación de las asociaciones religiosas en el contexto de la separación del Estado y la Iglesia en México. Considerando esta oportunidad, la Clínica preparó el caso *Stephen* específicamente para solicitar su atracción por la Suprema Corte de Justicia.

La demanda de amparo planteaba los argumentos de inconstitucionalidad del Bando de Gobierno por imponer un requisito de censura previa, abiertamente contrario a la Constitución. Además, abría la puerta para vincular la libertad de expresión con la libertad de conciencia.

El amparo se admitió y por razones de la relevancia del tema se solicitó su atracción. El caso fue llevado con éxito a la Corte para ser decidido en enero de este año. La resolución retoma los argumentos de la demanda y encuadra la disputa planteada en ella, discutiendo ampliamente las implicaciones de los derechos constitucionales en juego.

El mecanismo empleado en este caso es uno entre otros con igual éxito en otras oportunidades. El objetivo inicial de obtener un pronunciamiento de la Corte es definitivamente plausible.

Como puede verse, los resultados del litigio estratégico pueden ser variados. Sin duda, el componente más valioso para este trabajo es la continua reflexión sobre los pasos tomados y los resultados alcanzados. En las siguientes secciones se encuentran algunas notas distintivas de nuestro proyecto, que han permitido a la Clínica refinar su acercamiento al litigio estratégico, y a alcanzar un mayor impacto en el mejoramiento del sistema de justicia.

III. Ventajas de la colaboración entre la sociedad civil y la universidad

El proyecto logró consolidarse por una afortunada combinación de vocaciones y visiones. El CIDE y la ODI aportan su experiencia distinta y complementaria. La División de Estudios Jurídicos del CIDE ha desarrollado una visión de la justicia como un tema de políticas públicas. La ODI innovó en el área de la defensa de la infancia en los tribunales.

Por un lado, la universidad tiene como prioridad la formación de sus estudiantes. El CIDE persigue el objetivo manifiesto de reformar la enseñanza del derecho en México para orientar a los estudiantes a resolver problemas, con base en el método de caso.[9] Como complemento del programa en aulas, el proyecto persigue brindar a los estudiantes un ambiente académicamente controlado donde puedan adquirir las habilidades necesarias para ejercer la profesión. Diferente de una estructura de pasantías en donde el claustro carece de control y decisión sobre las actividades que realizan los estudiantes en el campo, el proyecto está centrado en la dirección académica de un profesor asociado, con amplia experiencia en el litigio, responsable de lograr los objetivos docentes de la institución.

Existen en nuestro país diversos ejemplos de bufetes de atención jurídica gratuita.[10] Además, figuran la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de su Laboratorio de Enseñanza Práctica, y el Instituto Tecnológico Autónomo de México a través de su Centro de Acceso a la Justicia.[11] Dadas las peculiaridades de las metas académicas del CIDE, así como la asociación con la ODI, el proyecto se caracteriza por: (i) la responsabilidad directa de un profesor universitario en la supervisión de los estudiantes; (ii) el trabajo cotidiano de los jóvenes en las instalaciones de la ONG, integrándose de modo natural a su dinámica de trabajo; y (iii) un espacio de reflexión *de vuelta en la universidad* para analizar el trabajo cotidiano donde el CIDE y la ODI aportan insumos para la discusión.

9. Posadas, Alejandro, *La educación jurídica en el CIDE (México): el adecuado balance entre la innovación y la tradición*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2006.
10. Sólo de modo ilustrativo, menciono algunos programas notables en la Ciudad de México por sus dimensiones, tradición y resultados: la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Panamericana, al igual que el Centro Manuel Villoro Toranzo de la Universidad Iberoamericana.
11. La directora de la Clínica del ITAM participa también en esta publicación. La UNAM, además de su Bufete Jurídico Gratuito, ha desarrollado el Centro de Enseñanza Práctica para la capacitación de habilidades en el ejercicio de la profesión.

Primero, el CIDE se hizo responsable de la contratación de un profesor con amplia experiencia en litigio para entrenar y supervisar a los estudiantes. Segundo, los estudiantes desarrollan sus actividades en las instalaciones de la ODI, donde se les trata como miembros del equipo, comparten responsabilidades y participan en las reuniones donde se distribuye el trabajo, se evalúa el avance y se toman decisiones sobre los casos. Tercero, el CIDE proporciona a los estudiantes un espacio adicional quincenal donde el director de la carrera discute con el equipo jurídico la estrategia legal de un caso en particular, evalúa la estrategia institucional para tomar un caso y dirige la reflexión sobre problemas de ética profesional. Estas actividades están enmarcadas en el programa de desarrollo de competencias de la licenciatura, que incluyen:[12] (i) escritura legal; (ii) análisis jurídico; (iii) negociación, y (iv) resolución de problemas. En la Clínica, se espera que los estudiantes desarrollen las habilidades de entrevistar a un cliente, definir sus intereses, la naturaleza jurídica de la disputa planteada, y delinear los procesos disponibles para resolverla. En términos operativos, el trabajo de los estudiantes y la presencia del profesor asociado representan una aportación a las actividades de la ODI.

Para la universidad, la colaboración con la Clínica ha traído diversas ventajas en distintos momentos del proyecto. Primero, como concepto educativo, la presencia de los estudiantes en las instalaciones de una Organización No Gubernamental les permitiría integrarse a un ambiente laboral distinto de la universidad. Segundo, el diseño de la Clínica de clientes reales imponía la necesidad de contactar a dichos clientes. La asociación con la ODI permitió cumplir esta función. Asimismo, y quizá de modo más importante, la colaboración con la organización permitió un acelerado desarrollo de la agenda estratégica del proyecto. Por su experiencia e inserción en el campo, la ODI podría identificar las áreas temáticas prioritarias.

Otra ventaja sustancial de la colaboración entre la universidad y la sociedad civil es el lujo del tiempo. El primer compromiso de la Clínica es su componente docente, mientras que el compromiso inmediato de la ODI es garantizar la calidad de la atención de sus clientes. Para satisfacer ambos fines, la Clínica aporta un espacio de reflexión para buscar la mejor alternativa posible para el litigio de un caso y para el avance de una estrategia. El resultado es que las necesidades cotidianas de la respuesta a la coyuntura y la atención al cliente, pueden analizarse críticamente con total certeza de

12. Ver American Bar Association, "MacCrate Report. Legal education and professional development. An educational continuum. Report on the task force on law schools and the profession: Narrowing the gap", 1992: <http://www.abanet.org/legaled/publications/onlinepubs/maccrate.html> capítulo 5, para una descripción de valores y habilidades recomendadas en la enseñanza del derecho en las escuelas estadounidenses.

que un cambio de estrategia no daña la consecución de los fines planteados originalmente, sino que incluso puede favorecerla.

Por citar un ejemplo, la estrategia de litigio seguida en materia de justicia juvenil, se planteó para hacer prevalecer el orden constitucional en las entidades que no han instrumentado la reforma de marzo de 2006, que ordena la creación de un sistema integral para este fin. En el caso de *DA*, el primero que la Clínica litigó en este rubro, se decidió abandonar la batalla en el Poder Judicial federal para no frenar la resolución de fondo sobre la responsabilidad del cliente. Esta estrategia resultó inadecuada porque la justicia local no respondió de modo satisfactorio a nuestros argumentos. Nos hemos visto obligados a volver a la justicia federal mientras nuestro cliente continúa privado de la libertad. En el caso de *G*, segundo sobre el tema, la Clínica pudo beneficiarse de su experiencia y mantener su batalla en el Poder Judicial federal confiando en la aplicación del orden constitucional. El beneficio del tiempo y el foro de reflexión en la Escuela de Derecho permitió tomar perspectiva del caso y elegir el mejor curso de acción. Más adelante comentaré las implicaciones de estos casos para la formación de estándares de ética profesional en los estudiantes.

Otra de las ventajas que deben ser mencionadas respecto de la colaboración entre la organización y la universidad, es la alianza de sus redes de contactos. En efecto, el CIDE puede aportar la estrecha vinculación con el sector académico con el análisis y la estrategia del proyecto. Por su parte, la organización contribuye con las relaciones que derivan de su inserción en el sector de la sociedad civil. Con frecuencia, el sector gubernamental descansa en la experiencia de las organizaciones civiles, tanto por su contacto con el campo, como por su papel como guardianes de la vigencia de los derechos humanos. Estos contactos pueden abrir oportunidades para el proyecto, mismas que se ven reforzadas por su anclaje en el sector académico. Sólo por mencionar un ejemplo, esta sinergia permitió los contactos iniciales del proyecto con la Suprema Corte de Justicia.

IV. Lealtad con el estado de derecho y con los intereses del cliente

Por principio educativo y operativo, el proyecto busca que sus clientes accedan a la justicia por la vía de la legalidad. Es incongruente perseguir la prevalencia del Estado de Derecho por vías contrarias o ajenas a la legalidad.

Así, la primera condición del trabajo de la Clínica es la adhesión a los más altos estándares de ética profesional, entendida como el estricto apego a la ley y la búsqueda de las mejores prácticas que permitan a los estudiantes enfrentar conflictos éticos complejos.

Con frecuencia, la percepción de la práctica de la abogacía en México se vincula en la opinión pública con la corrupción. Según Transparencia Internacional, los servicios judiciales se ubicaban en 2004 en el lugar número 13 de corrupción, superados por la procuración de justicia, y un número de servicios del Poder Ejecutivo relativos al tránsito vehicular, aduanas, servicios de limpia y agua, y obtención de permisos y licencias.[13] La percepción de corrupción permea la imagen que los estudiantes de derecho tienen de la práctica profesional, como lo confirma la encuesta de los profesores Fix-Fierro y López-Ayllón, que revela que el 61.6% de los estudiantes encuestados afirma que la gente asocia corrupción con la profesión, y la mitad de estos se siente obligado a participar en actos de corrupción.[14] Como antídoto a esta avasalladora percepción, la Clínica brinda a los estudiantes un espacio para litigar con éxito en el foro nacional sin hacer uso de medidas extralegales para impulsar la voluntad de las autoridades.

¿Hacia quién debe ser leal el abogado? Diversas culturas jurídicas responden de manera distinta: la lealtad del abogado es para con el tribunal, su cliente y el sistema jurídico.[15] Nuestro país ofrece un terreno fértil para desarrollar los principios de la responsabilidad profesional, y esta ha sido una de las aportaciones más significativas de la enseñanza clínica en nuestro modelo. Primero, en nuestro país la normatividad sobre responsabilidad profesional se compone de algunos aspectos penales, algunos civiles, y una gran red de materiales de autorregulación entre las barras de abogados. Sin embargo, el hecho de que la colegiación no sea obligatoria conduce a la ineficacia de los esquemas auto-regulativos. De modo similar, la regulación civil y penal enfrenta difíciles condiciones de aplicación. Ante el panorama adverso del desarrollo de principios de ética profesional, la Clínica ha puesto gran énfasis en la aplicación de principios que guíen la discusión.

Hemos confirmado en dos años y medio de trabajo que es posible persuadir al Poder Judicial de brindar una protección eficaz a los ciudadanos con base en las garantías individuales. Es verdad que nunca es grato combatir a un funcionario del Poder Judicial que aspira a recibir un incentivo económico por hacer su trabajo. Sin embargo, de las condiciones en que

13. P. Enriquez, Blas, "Mexico. A case study", Transparency International, 2004; <http://www.transparency.org/content/download/4221/26064/file/MexicoCase_Study_short.REV.7.11.05.pdf> (Febrero 15), p 7.
14. Fix-Fierro, Héctor, y López-Ayllón, Sergio, "La educación jurídica en México. Un panorama general.", *op. cit.*, p. 316.
15. Nagorcka, Felicity, Stanton, Michael, y Wilson, Michael, en "Stranded between partisanship and the truth? A comparative analysis of legal ethics in the adversarial and inquisitorial systems of Justice" (2005) 29 Melboutne U L Rev 449, p. 466, señalan la diferencia de las tradiciones del sistema civil y el *common law*, donde el primero busca la independencia del abogado respecto del juez, el cliente y los colegas, mientras que el *common law* señala la lealtad del abogado con el juez, el cliente y la ley.

se desarrolla nuestra labor hemos confirmado que: (i) es posible persuadir al Poder Judicial dentro de los límites de la ley, y (ii) es posible elegir las prácticas que dentro de la ley protegen más los intereses de nuestros clientes. Esta experiencia no sólo forma a los estudiantes que participan en la Clínica, sino que blinda nuestra confianza en el litigio ante las instancias nacionales como un foro viable.

V. Agenda

Buena parte del desarrollo del proyecto se ha debido a una estrecha y flexible colaboración entre el CIDE y la ODI. La Clínica se montó sobre los hombros y la experiencia de la ODI para colaborar en la ejecución de una agenda previamente identificada, depurada con el tiempo y la experiencia adquirida. Su experiencia en el campo permitió a la ODI establecer temas prioritarios para defender los derechos de la infancia. Durante su primera fase, la Clínica colaboró en el litigio de casos de abuso sexual en contra de niños, disputas de orden familiar y casos de cooperación judicial internacional. Como consecuencia de los primeros litigios en 2004 y 2005, la organización identificó los obstáculos legales que frenaran el efectivo acceso a la justicia en su área de especialización. Al recibir casos en una fase muy avanzada y con pocas posibilidades de intervención, la ODI determinó que había cuatro obstáculos fundamentales para el acceso a la justicia de las víctimas menores de 18 años: (i) la brecha entre el interés jurídico y el interés legítimo para acceder al foro judicial; (ii) la estrecha noción de autoridad responsable en el Juicio de Amparo; (iii) el limitado acceso de la víctima al proceso penal, y (iv) el rudimentario desarrollo de nuestro sistema de justicia juvenil. Como consecuencia de la experiencia en el litigio, estos puntos se transformaron en el objetivo de batallas judiciales de la organización.

La calidad en la agenda de la organización ha sido una condición fundamental para que la Clínica pueda colaborar en el desarrollo de la agenda de litigio. Así, los casos que arriban a la ODI como resultado de la coyuntura han podido ser fácilmente ubicados como parte de una estrategia amplia de litigio.

Otro componente importante del proceso de fijación de la agenda del proyecto ha sido la misión docente del CIDE. Como consecuencia, la participación de los estudiantes en el diseño, la instrumentación y la evaluación de la estrategia organizacional es prioritaria. En este rubro, su inclusión en las reuniones de cimiento y evaluación de la ODI, les ha permitido familiarizarse

con los elementos fundamentales de los elementos de la elaboración de la estrategia: (i) la continua reafirmación del propósito de la organización y su redefinición según nuevas circunstancias; (ii) la identificación de oportunidades y obstáculos momento a momento; (iii) la función de los aspectos operativos en la consecución de dicho fin; (iv) la evaluación de los costos de dichas actividades dentro de la capacidad total de la organización, y (v) la necesidad de justificar cambios en la estrategia.

A diferencia del pragmatismo que la agenda de la ODI puede requerir en estas decisiones, la discusión en el espacio de la Escuela de Derecho ha obligado a los estudiantes a partir de un contexto libre de limitaciones en la capacidad operativa: idealmente, ¿cómo deberíamos proceder? Para luego preguntarse: ¿cómo podemos ejecutar este paradigma en las condiciones actuales? Muy probablemente, sin la sociedad entre la ODI y el CIDE, habría pocos incentivos para construir este puente entre la práctica profesional y nuestro paradigma de la práctica profesional.

VI. Responsabilidad

El cumplimiento con los altos estándares de desempeño profesional del proyecto debe estar bajo escrutinio. Las instituciones participantes responden jurídicamente ante sus clientes y políticamente ante la comunidad de organizaciones no gubernamentales y ante la comunidad académica, respectivamente.

La responsabilidad compartida de los socios del proyecto es el corolario de una relación de confianza y flexibilidad. Por razones de viabilidad y conveniencia, la ODI y su personal jurídico han asumido la responsabilidad legal de la representación de los clientes. Por un lado, el marco jurídico en la materia de trabajo del proyecto, no permite a los estudiantes responsabilizarse directamente por la defensa de los casos, por carecer de patente de abogado. Por otro lado, la Escuela de Derecho es sólo competente para establecer esquemas docentes para sus estudiantes, y no para ofrecer servicios jurídicos gratuitos. Ante estas limitaciones de la universidad, la ODI es responsable de informar a los clientes que un equipo de estudiantes participará en la defensa de su causa. Se les avisa que los estudiantes serán supervisados por abogados experimentados, y se recaba su consentimiento para ello.

Políticamente, la participación de la Escuela de Derecho en materias de alta sensibilidad parece ilegítima. Puede y debe promover la adquisición de habilidades, pero difícilmente podría tener legitimidad para atraer a sus estudiantes hacia cierta postura política.[16] Por el contrario, la labor de la ODI se ubica en medio del torbellino político, ya que una de sus finalidades es incidir en la toma de decisiones del poder público. La colaboración entre ambas instituciones permite a los estudiantes participar en la elaboración de insumos que orienten la decisión política, sin que ello implique traicionar la vocación docente de la universidad. Como ejemplo de una agenda de alto perfil se encuentra la reforma constitucional que ordenó el establecimiento de un sistema integral de justicia para adolescentes, a la que hicimos referencia en la sección anterior. A pesar de la alta sensibilidad del tema, los estudiantes pudieron participar con éxito en el diseño de una estrategia para combatir constitucionalmente las reformas y su instrumentación, sin que ello implicara traicionar la neutralidad del foro universitario. Los estudiantes participaron en la elaboración de la estrategia de litigio del tema, discutieron la relevancia de hacer prevalecer la legalidad en el proceso de reformas a la Constitución a pesar del amplio consenso con que contó dicha reforma, pero no fueron orientados a tomar partido.

Al mismo tiempo, la ODI se esfuerza por conservar su independencia del poder público, permaneciendo como un agente neutral ante los factores de poder. Dicha independencia le permite intervenir en foros muy diversos aportando insumos técnicos, sin comprometer su vocación por defender el Estado de Derecho.

VII. Cambio Cultural: El derecho como contexto para resolver problemas

El proyecto ha asumido el reto de promover su metodología de trabajo para que otras organizaciones y otras universidades conozcan nuestra experiencia. Sin duda, existen otros esquemas similares de colaboración que han permitido a ambos sectores desarrollar sus respectivas estrategias de intervención en los campos de su competencia. El ejercicio de compartir experiencias es prioritario, si aspiramos a vencer los obstáculos que enfrentamos quienes buscamos incidir en la manera de administrar justicia en el país.

Como hemos visto, el litigio estratégico en nuestro proyecto se desarrolla como consecuencia de la mezcla de la experiencia de la ODI y el espacio

16. Anam Babich, en "The apolitical law school clinic" (2004-2005), 11, Clinical Law Review 447, notas 7 y 8, discute las posibilidades de intervención de la escuela de derecho en la formación del juicio profesional de los estudiantes. Mientras que la Clínica puede orientar a los alumnos sobre las decisiones más recomendables dentro del marco legal, difícilmente podría justificar su intervención en la orientación del criterio político.

de reflexión que aporta el CIDE. El impacto de nuestras experiencias como litigantes sólo tiene el resultado deseado en la medida en que son amplificadas a través de la jerarquía del Poder Judicial. Sin embargo, aspiramos a esta amplificación también en el ámbito del capital humano.

Los estudiantes que viven el proyecto se llevan consigo herramientas necesarias, esenciales para el ejercicio profesional. Pero quizá de modo más importante, heredan la experiencia de vida de colaborar en un equipo que vive el ejercicio de la profesión para satisfacer fines colectivos, como en todas las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos humanos. El valor agregado del proyecto a un programa de pasantía, radica en explicitar los contenidos de dicha enseñanza.

Algunos expertos en desarrollo profesional señalan que un problema en el aprendizaje en las ciencias médicas, orientadas como ninguna otra a la enseñanza práctica, es que los doctores suelen aprender un conjunto de tácticas y herramientas en el inicio de su vida profesional y continúan siguiéndolas toda la vida.[17] El objeto de nuestro proyecto es amplificar nuestra metodología para que los estudiantes se lleven consigo un enfoque para resolver problemas del modo más eficiente posible, usando como una de esas herramientas la racionalidad técnica que aprenden en las aulas de la universidad. En otras palabras, una de las enseñanzas de la práctica del litigio estratégico es que no basta ser un profesional competente, sino que es necesario evaluar el entorno, actuar con prudencia y determinar nuestras acciones con base en nuestros objetivos.[18] La profesión secuestrada por la ley en nuestra tradición legalista, merece ser vista desde el punto de vista contrario: la ley puede provocar el cambio social.

17. Zuger, Abigail, "New way of doctoring: by the book", *in the New York Times*, New York, december 16, 1997.
18. K. Neumann, Richard Jr., "Donald Schön, the reflective practitioner, and the comparative failures of legal education", (1999-2000), 6, *Clinical Legal Review* 401, p 408.

Reflexiones sobre el litigio en la defensa y promoción de los derechos humanos de migrantes y refugiados

Elba Y. Coria Márquez.*

"Desde la perspectiva antropológica, las migraciones y los intercambios entre poblaciones de origen diverso son factores que han impulsado el proceso civilizatorio de los pueblos."
Luz Ma. Martínez Montiel

I. Introducción

La migración internacional de personas en México constituye un fenómeno complejo que requiere estudio, análisis, atención y regulación considerando cada una de las tres vertientes que presenta: la expulsión de mexicanos al exterior, la acogida o recepción de migrantes y el tránsito de extranjeros con destino a Estados Unidos y Canadá. Aunado a lo anterior, converge el flujo de solicitantes de asilo y el trato que internamente reciben los refugiados.

De tal suerte que el establecimiento de políticas públicas o regulaciones jurídicas tendientes a dar soluciones y atención al fenómeno migratorio, deben contemplar las diferencias existentes en la migración, diferenciar a los refugiados y a su vez, establecer prácticas, mecanismos y procedimientos que, acordes al régimen jurídico especial al que se ven sujetos los extranjeros, hagan posible el ejercicio y goce de los derechos humanos.

Dado que las estructuras políticas, jurídicas y sociales por las que el Estado establece mecanismos de acceso a la justicia y ejercicio de derechos no se construyen atendiendo a las necesidades de una población no nacional minoritaria, es necesario trabajar en la reconstrucción de dichas estructuras para producir cambios que incluyan y posibiliten el goce y ejercicio de los derechos a los migrantes, al tiempo que frenen su vulneración.

En ese sentido, se requiere de una ley migratoria respetuosa de los derechos humanos reconocidos tanto en los Tratados Internacionales en la materia como en la propia Constitución Mexicana; la modificación de prácticas gubernamentales tendientes a excluir a los migrantes y refugia-

* Subcoordinadora de Defensoría de Sin Fronteras, I.A.P.

dos de servicios educativos, médicos, de vivienda o protección y defensa de sus derechos; la eliminación de prácticas y normativas que establecen un trato desigual de los extranjeros favoreciendo la creación de espacios de marginación y exclusión social; y la creación de políticas públicas que contribuyan, en forma integral, al reconocimiento fáctico y jurídico de los derechos de los migrantes y refugiados.

A fin de generar tales cambios, en México cada vez son más las organizaciones civiles y los defensores de derechos humanos que, como Sin Fronteras, participan y se involucran en la problemática migratoria, comenzando poco a poco a construir las bases de una participación más activa, especializada e informada en la materia. Lo que tiene como consecuencia que la participación social busque una transformación de fondo en la que el litigio estratégico de casos juega un papel preponderante para proteger los derechos humanos, generar modificaciones legales garantes del ejercicio y goce de derechos y políticas públicas incluyentes e integrales de protección y respeto de los derechos humanos de los migrantes y los refugiados, que aun cuando éstos últimos no son migrantes, comparten muchas problemáticas y violaciones a sus derechos humanos en razón de su extranjería.

II. Necesidad de un litigio estratégico en materia migratoria

La migración mexicana hacia Estados Unidos, aunque en el ámbito de políticas públicas y transformación del tejido social es la que resulta más alarmante en el contexto nacional, no es, por fortuna, aquella sobre la que se realizan la mayor cantidad de actos arbitrarios y violaciones de los derechos humanos. La migración más vulnerable y afectada por la arbitrariedad y la discrecionalidad estatal que se traduce en la impunidad de un sin número de violaciones de los derechos humanos, la constituye aquella que transita constante y masivamente por territorio mexicano y que a la vez escapa furtiva y silenciosamente de la opinión pública y del sistema de administración de justicia encargado de velar y garantizar el respeto de sus derechos.

Aunque el fenómeno migratorio hacia México se compone de migrantes que transitan o se establecen en territorio mexicano, existe también una red no organizada de centenares de particulares, defensores de derechos humanos y organizaciones civiles involucrados y comprometidos en diferentes ámbitos de acción por el respeto y la defensa de los derechos de los migrantes.

Desafortunadamente, aún cuando es incalculable el apoyo y ayuda que prestan individuos de la sociedad y organizaciones no gubernamentales a los migrantes, tales esfuerzos no han logrado materializarse en cambios estructurales que, mediante reformas legislativas integrales y políticas públicas incluyentes que consideren al migrante no sólo como sujeto de obligaciones sino también de derechos, logren establecer un freno a los abusos, trasgresiones y violaciones de las que son objeto los migrantes en su tránsito o estancia en México.

Ello podría resultar sorprendente a la luz de la magnitud del fenómeno migratorio en nuestro país, que basta con observarlo en las estadísticas preliminares del Instituto Nacional de Migración en los últimos dos años. Conforme a la autoridad migratoria –y sin focalizar la atención en las modalidades y variantes de situaciones, circunstancias y trasgresiones a la Ley General de Población en que incurrieron los censados– en el 2005[1] se produjeron 235, 297 devoluciones de extranjeros de los 240, 269 aseguramientos que se realizaron, mientras que en 2006[2] se registraron 182,705 aseguramientos, de los cuales 179,345 migrantes fueron devueltos.

Tales cifras, aún cuando sean preliminares y parciales, son ilustrativas del flujo migratorio existente, de su dinamismo y continuidad, y por ende, de la limitada atención y visibilidad social, jurídica y política que ha tenido el tema migratorio, en relación con otros temas políticos y sociales que afectan e impactan de forma igual o similar en la sociedad mexicana y en sus instituciones.

Asimismo, constituyen un buen referente para dilucidar los parámetros bajo los cuales se definen y priorizan, en la práctica, las necesidades de defensa y asistencia que se brinda a migrantes que transitan o se establecen en el país. Ello, toda vez que, a consecuencia de las características propias de la migración existente y sus dimensiones, no se cuenta con recursos humanos y materiales suficientes para atender a la población migrante y brindar soluciones duraderas a sus problemas. De ahí que tanto los miembros de la sociedad civil no organizada como los defensores de derechos humanos independientes o miembros de las organizaciones civiles, centran sus esfuerzos y recursos en la satisfacción de necesidades básicas (atención médica, alimentación, vestido, habitación, etc.), y en la solución o búsqueda de soluciones concretas a situaciones de conflicto emergentes y apremiantes que no producen cambios generalizados.

---

1. Instituto Nacional de Migración, "Estadísticas Migratorias del Instituto Nacional de Migración.", en http://www.inm.gob.mx/paginas/estadisticas/enedic05/registro.mht (18 de febrero de 2007).
2. Instituto Nacional de Migración. Estadísticas Migratorias del Instituto Nacional de Migración, *Idem.* (18 de febrero de 2007).

Aunque las organizaciones civiles y los particulares que en forma humanitaria realizan actividades y labores en beneficio de los migrantes, como por ejemplo su defensa legal, escasos son los actores –debido a las necesidades que enfrentan en su labor diaria– que han planteado un litigio estratégico en el tema migratorio, y menos aún, aquellos que han podido llegar a resultados satisfactorios o esperados.

Por lo que hace a los miembros de la sociedad civil no organizada, actualmente no existen las condiciones para que dirijan su actuar hacia un litigio estratégico, debido a que su labor en apoyo de los migrantes es meramente altruista, por lo que tampoco cuentan con los recursos económicos ni los conocimientos jurídicos o la especialización en el tema migratorio que les permitan plantear y ejecutar un proyecto enfocado al litigio estratégico en la materia.

Así se tiene un escenario en el que existe una necesidad real de llevar a cabo un litigio estratégico en la materia migratoria, frente a una ausencia de actores que cuenten con los recursos humanos y financieros, así como las herramientas de profesionalización jurídica necesarias para llevarlo a cabo. Siendo además que no existen demasiadas posibilidades para que los migrantes entren en contacto con defensores públicos[3] y menos aún contraten los servicios de un abogado privado, o para que por sí mismos realicen un litigio con las características requeridas para que sea estratégico.

Por tanto se concluye que de los actores sociales involucrados en la defensa de los migrantes, las organizaciones civiles de derechos humanos y particularmente las especializadas en el tema migratorio, son las que cuentan con mayores posibilidades reales para llevar a cabo el litigio estratégico de casos que puedan modificar prácticas gubernamentales, producir reformas legislativas, cambiar o ampliar criterios judiciales o generar programas institucionales y políticas públicas que garanticen los derechos de los migrantes. Sin embargo, lo cierto es que hasta el momento son pocas las organizaciones civiles de defensa de migrantes que cuentan con un área jurídica o legal que lleve a cabo el litigio de casos particulares con tales propósitos. La mayor parte de ellas persiguen objetivos asistenciales y otras cuantas se crean con fines académicos, de investigación, fomento o promoción de los derechos humanos de los migrantes, mientras que las organizaciones de derechos humanos se encuentran enfocadas prioritariamente a temas diversos.

3. Conforme a la Ley de Defensoría Pública Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998) y los artículos 29 y 31 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto de la Defensoría Pública Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de noviembre de 1998), existe la posibilidad de que los defensores públicos lleven a cabo la defensa legal de migrantes frente a actos o determinaciones de carácter administrativo.

Aun cuando lo anterior no es alentador para los propósitos de un litigio estratégico, por fortuna, desde la óptica de las organizaciones civiles dedicadas a la asistencia y defensa de los migrantes y de derechos humanos en general, no es cuestionable la necesidad que existe de realizar un trabajo legal especializado a fin de generar cambios estructurales y generalizados en los tres niveles de gobierno que posibiliten a los migrantes el ejercicio y goce efectivo de sus derechos.

De ahí que cada vez con mayor fuerza, las organizaciones civiles de derechos humanos y las especializadas en la materia, intentan acercarse y abordar más profundamente el tema migratorio, a fin de llevar a cabo una más especializada y adecuada documentación de violaciones a derechos humanos de los migrantes que, a su vez, dé paso al establecimiento de estrategias de litigio y finalmente a un litigio de impacto en el respeto y defensa de sus derechos.

III. El trabajo de la subcoordinación de defensoría de Sin Fronteras en materia migratoria

Desde que fue creada la Subcoordinación de Defensoría en el 2002, Sin Fronteras consideró como prioritaria la necesidad de documentar violaciones a derechos humanos y realizar litigio estratégico de casos paradigmáticos, considerando como tales, aquellos en los que se cometían graves violaciones de los derechos humanos de los migrantes y refugiados debido a la creación de cercos de impunidad o lagunas legales de protección a la persona, así como los que constituían y evidenciaban prácticas sistemáticas de violaciones a sus derechos.

No obstante ello, a lo largo del trabajo que se realiza en la Defensoría, se evidenció con más claridad la diversidad de violaciones de los derechos humanos de los migrantes y refugiados que, aunque muchas veces no se producían por el actuar de la autoridad migratoria, en su mayoría se relacionaban con su condición de extranjeros en México. Ello trajo como consecuencia el cuestionamiento sobre cuáles eran las violaciones concretas sobre las que se llevaría a cabo el litigio estratégico y si únicamente se debía proporcionar asistencia legal y representación en esos casos o, por el contrario, se debía brindar asesoría jurídica ante todo tipo de violaciones de los derechos humanos que sufrieran los migrantes, ya sea que se encontraran privados o no de su libertad personal en Estaciones Migratorias.

La respuesta a tales cuestionamientos ha llevado al área de Defensoría a tener como un objetivo más el proporcionar asesoría, orientación y representación legales como parte de los servicios directos que ofrece Sin Fronteras a la población migrante y refugiada que solicita su apoyo, brindando así una solución al caso específico más que buscar un cambio general o estructural.

Cuando la solicitud de apoyo a Sin Fronteras es realizada con relación a un mexicano en el extranjero, se brinda orientación o se canaliza a otras organizaciones que pueden prestar apoyo, lo mismo ocurre en los casos en que se solicita asistencia en materia civil, laboral, penal o mercantil sin que exista alguna afectación por su condición de extranjeros.

De tal forma que sólo se lleva a cabo la asesoría y representación legal cuando la población migrante y refugiada en México haya sufrido una limitación en el ejercicio y goce de los siguientes derechos:

- Vida
- Integridad personal y trato humano
- Libertad y seguridad personal
- Acceso a la justicia
- Debido proceso legal
- Igualdad
- Salud y educación

Aun cuando para prestar asesoría o representación legal, no es requerible que la limitación o restricción al ejercicio o goce de cualquiera de los derechos enlistados se produzca por actos provenientes de la autoridad migratoria, sí es indispensable que la afectación se encuentre relacionada con su condición de extranjero y, que por tal hecho, sea colocado en una posición de mayor vulnerabilidad.

Este tipo de apoyo o asistencia es diferenciado de los casos objeto de litigio estratégico en cuanto que éstos, aún cuando se encuentran focalizados a la defensa de los mismos derechos enlistados, son aquellos en donde se produce una afectación o violación, grave o sistemática, de un derecho de los migrantes o refugiados. Afectación o violación que se encuentra directamente relacionada a la aplicación de una norma o práctica migratoria que –sin ser relevante que el extranjero se encuentre privado de su libertad– tiene sustento o fundamento en el régimen jurídico especial que regula la estancia, ingreso y permanencia del extranjero en el país o en su condición como migrante.

Así por ejemplo, mientras que la trata de personas, la deportación y la tortura a migrantes son consideradas violaciones graves en las que Sin Fronteras ha asumido un litigio con el fin de evidenciar o generar un cambio, la violación a los derechos de audiencia y legalidad, por su parte, constituyen violaciones sistemáticas –cuya gravedad depende de la afectación que producen en la persona del migrante– que se encuentran presentes en los mecanismos, procedimientos, políticas y actividades implementadas por el Estado ante el fenómeno migratorio, razón por la que se convierten en aspectos fundamentales para realizar un litigio estratégico.

Ahora bien, la delimitación de los derechos cuya violación o vulneración en perjuicio de los migrantes y refugiados son de mayor preocupación e interés para Sin Fronteras, no sería suficiente si sólo se estableciera en relación con la frecuencia con que se producen. Es necesario considerar el fundamento o referente fáctico o legal que les origina y/o posibilita, y que en dado momento, para los fines de un litigio estratégico, forma parte del cambio estructural que se persigue.

De ahí que haya sido necesario hacer un balance entre actos graves o sistemáticos, derechos rectores violados y prácticas o normas jurídicas que hacen permisible la consumación de la afectación o que *per se* la posibilitan, a fin de determinar el rumbo que tomará el litigio que se realice en casos concretos y hasta la priorización de prácticas y normativas concretas cuya modificación o derogación es de especial interés para asumir el litigio de un caso.

Con base en lo anterior, una determinación del Instituto Nacional de Migración, fundamentada en el artículo 37 de la Ley General de Población, que niega conceder o prorrogar la legal estancia de un migrante con Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, sería considerada como un caso paradigmático porque dicho artículo establece una distinción que, de acuerdo con el artículo 1º constitucional, es discriminatoria y tiene como efecto el menoscabo del derecho a la salud, la integridad personal e incluso atenta contra el derecho a la vida:

> Artículo 37. La Secretaría de Gobernación podrá negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de calidad o característica migratoria por cualesquiera de los siguientes motivos, cuando:
> [...]
> VII.- No se encuentren física o mentalmente sanos a juicio de la autoridad sanitaria.

Si bien es cierto que el fin último que se persigue a través del litigio estratégico no sólo contempla la modificación o adhesión de normas que favorezcan el goce y ejercicio de los derechos humanos de los migrantes, es indiscutible la necesidad que existe en el tema migratorio de contar con un marco legal acorde con el reconocimiento del derecho de los migrantes a gozar y ejercer tales derechos. Ello es fundamental dado que el marco normativo en la materia no sólo no se ajusta a los parámetros y estándares internacionales de derechos humanos, sino que tampoco cumple los estándares consagrados en el Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

IV. Principales obstáculos detectados en el litigio de casos

No obstante la mención que se ha realizado sobre el motivo principal que dio origen a la creación de la Subcoordinación de Defensoría en Sin Fronteras, hasta el momento no se ha litigado estratégicamente. Aún cuando se han establecido estrategias de litigios tendientes a evidenciar o modificar la aplicación de prácticas o normas jurídicas que violentan o impiden el acceso al goce efectivo de los derechos cuya titularidad poseen los migrantes y refugiados.

En la ausencia de un litigio estratégico han influido varios factores que es posible resumir en los siguientes:

A. Intereses y disponibilidad del cliente

Los problemas de exigibilidad, acceso y disfrute de los derechos humanos en la población migrante no sólo se crean y desarrollan por su posición frente a la autoridad migratoria. En general, aunque se originen en una norma o práctica generada en el contexto migratorio, se traducen en la falta de acceso o disfrute de derechos diversos que violentan necesidades básicas de la persona.

Existen ciertas variables que, en el litigio de casos en materia migratoria, deben ser primordialmente consideradas, pues de ello depende la disponibilidad y capacidad real del migrante para ejercer acciones legales. Las variantes a tomar en cuenta están relacionadas a: si el migrante cuenta con documento de legal estancia en el país; si se encuentra privado de su libertad por parte de la autoridad migratoria, y si se trata de un migrante en

tránsito o tiene a México como destino estableciéndose de manera permanente o indeterminada en él.

Aunque la combinación de cada variable presenta características propias que deben ser consideradas al momento de iniciar un litigio, la falta de un documento migratorio es la que tiende a producir la mayor cantidad de actos violatorios de los derechos humanos de migrantes y refugiados y es, a la vez, ante la que se coloca a la persona en una mayor vulnerabilidad, la cual tiende a incrementarse cuando el migrante se encuentra privado de la libertad.

TABLA DE VARIABLES		
México Tránsito/Destino (T) (D)	Documento legal estancia	Libertad
T	NO	NO
T	NO	SI
D	NO	NO
D	NO	SI
T	SI	NO
T	SI	SI*
D	SI	NO
D	SI	SI

*Hasta el momento no se han detectado casos de violaciones a los derechos humanos de migrantes que respondan a esta variable.

Es común que los migrantes que se han establecido permanente o por tiempo indefinido en territorio mexicano y que por alguna circunstancia han sido privados de la libertad en una Estación Migratoria, muestren una mayor disposición e interés por ejercer acciones legales a fin de que no sean expulsados, o habiéndolo sido, puedan regresar a territorio mexicano.

No obstante, cuando gozan de un documento migratorio y han recuperado o gozan de su libertad personal, se encuentran menos dispuestos a continuar o iniciar un proceso legal en contra de autoridades migratorias u otras. Muchas veces por el temor de sufrir represalias o agravios que les creen conflictos en el desarrollo diario de sus actividades y finalmente lleven a la no autorización de su estancia en el país. Lo anterior, en parte encuentra su fundamento en un sentir y razonar muy arraigados de la diferencia que constituye ser extranjero, así como en el conocimiento del propio sistema social, cultural, jurídico y político que rige las relaciones de la sociedad mexicana.

Un migrante que ha establecido sus relaciones personales y profesionales en territorio nacional cobra conciencia, a través de su interacción con

la sociedad mexicana, de los contextos nacionales y de que su condición como extranjero le hace objeto de una discriminación positiva o negativa dependiendo de las circunstancias. Bajo esos límites, rige su interacción y *modus vivendi*, pues sabe que en la medida en que los respete contará con mayores posibilidades de lograr la satisfacción de sus necesidades y alcanzar sus objetivos personales, profesionales, etc.

De forma tal que si un trabajo o un servicio médico le es negado por el hecho de ser extranjero, antes que pensar en ejercer acciones legales por discriminación y la negación a su derecho al trabajo o la salud, intenta encontrar soluciones a su necesidad principal.

Cuando el migrante se ha establecido en forma permanente o temporal en el país, pero no cuenta con documento migratorio, es más claro para él que su condición le coloca en una posición de desigualdad ante la sociedad y el Estado, rigiendo bajo ese esquema de desigualdad la solución de sus problemas diarios.

En esa línea se encuentran casos de mujeres víctimas de violencia doméstica que en ocasiones prefieren regresar con sus hijos a su país de origen, antes de acudir a un juez de lo familiar que les pondrá a disposición de la autoridad migratoria por no contar con documentos que acrediten su legal estancia en el país; o aquellos migrantes que han sido víctimas de un delito y que a fin de no ser detenidos por la falta de un documento migratorio no acuden ante el Ministerio Público a presentar una denuncia.

En el caso de migrantes que se encuentran en tránsito y son objeto de diversas violaciones a sus derechos humanos, es aún más difícil contar con su disposición de llevar a cabo acciones legales en defensa o protección de los mismos, pues sus intereses se encuentran orientados, entre otros, a recuperar el gasto que realizaron para llegar a los Estados Unidos, la satisfacción de sus expectativas de vida y cubrir sus necesidades básicas y las de su familia en el país de origen.

Para los migrantes en tránsito resulta preferible, en no pocas ocasiones, aceptar la deportación y la violación de sus derechos por parte de autoridades migratorias u otras, que permanecer varados por tiempo indefinido en territorio mexicano, sin darle sentido, solución o razón de ser a las violaciones de las que fueron objeto en la búsqueda de sus aspiraciones.

En ocasiones, los migrantes en tránsito llegan a involucrarse activamente en las acciones legales que se ejercitan, pero su interés merma ante los plazos prolongados de tiempo que requiere el ejercicio de acciones legales, en tanto que ellos se encuentran sin posibilidades de cumplir con sus objetivos o necesidades en espera de la resolución de un proceso legal, que incluso puede no reivindicarles en el goce y ejercicio de sus derechos.

De ahí que pese a que la gran mayoría de los migrantes son objeto de alguna violación a sus derechos humanos, un número relativamente pequeño de ellos esté dispuesto evidenciarlas y demandarles ante el sistema de impartición de justicia con todos los posibles efectos que un litigio cause en su esfera jurídica y en su vida diaria.

No son pocos los casos que serían objeto de un litigio estratégico pero que, sin embargo, no puede ser llevado al ámbito jurisdiccional por temor del migrante o del refugiado a ver aún más vulnerados sus derechos o ante la propia necesidad de encontrar una solución expedita a su situación y que difícilmente se logra a través del litigio de su caso.

B. Candados legales y prácticos en materia migratoria

En el área de Defensoría hemos designado como candados legales a todas aquellas normas que dificultan y evitan el acceso efectivo al goce de los derechos de los migrantes, en especial, el relacionado con el acceso a la justicia, indispensable para la construcción de un litigio estratégico.

En ese sentido, existen varios candados al acceso a la justicia de los extranjeros que demandan el respeto de sus derechos humanos, y que precisamente influyen en su disponibilidad a ejercer acciones legales.

Estos candados se localizan en la legislación que regula y verifica el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros en el país, pero permea al resto de las estructuras que conforman el sistema de impartición de justicia en México.

En principio, tratándose de procedimientos iniciados por infracciones a la Ley General de Población (v. gr. el ingreso o la permanencia irregular en el país)[4], ésta última, su Reglamento[5] y las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias (NFEM)[6] establecen que la autoridad migratoria

---

4. Cfr. el artículo 152 de la Ley General de Población (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974): "Si con motivo de la verificación se desprende alguna infracción a lo dispuesto en la Ley, su Reglamento o demás disposiciones aplicables que amerite la expulsión del extranjero, el personal autorizado podrá llevar a cabo su aseguramiento".
5. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1998.
6. Acuerdo por el que se emiten las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias. Diario Oficial de la Federación de fecha 26 de noviembre de 2001.

deberá, además de asegurar al extranjero, resolver su situación jurídica en un plazo no mayor de 15 días hábiles.

> Ley General de Población. Artículo 157.- Una vez cubiertos los requisitos previstos en este Capítulo [X. Del procedimiento de verificación y vigilancia], la Secretaría de Gobernación resolverá lo conducente en un máximo de quince días hábiles [...].
>
> Artículo 210.- La Secretaría, una vez cubiertos los requisitos de este Capítulo [Octavo. Verificación y Vigilancia], resolverá lo conducente en un máximo de quince días hábiles [...]
>
> NFEM. Artículo 6o. Normas.- La autoridad migratoria deberá resolver la situación jurídica del extranjero asegurado en un plazo no mayor de 15 días hábiles, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 157 de la Ley General de Población.

Aunque el plazo establecido para resolver la situación jurídica de un extranjero puede resultar adecuado, se presentan complicaciones al momento en que se dan violaciones a los derechos humanos de los migrantes, en atención a disposiciones como la contenida en las Normas para el Funcionamiento de las Estaciones Migratorias, que establecen categóricamente la prolongación de la privación de la libertad hasta por más de 90 días cuando se interpone un Juicio de Amparo o se ejercita un recurso administrativo que impida la ejecución de la resolución adoptada, generalmente, de expulsión.

> Artículo 7o.- El aseguramiento de los extranjeros no podrá exceder de noventa días, con excepción de las siguientes contingencias:
> [...]
> IX. La interposición de un recurso administrativo que impida la ejecución de la resolución;
> X. La interposición de juicio de amparo que impida la ejecución de la resolución;

En tales circunstancias, el que un migrante ejerza cualquier medio de defensa legal en contra del actuar de la autoridad migratoria, implica que permanecerá privado de su libertad el tiempo que sea necesario para que los procedimientos o recursos legales se sustancien y se resuelva si los agravios del migrante son procedentes.

El sólo hecho de interponer un recurso de revisión administrativa implica que la autoridad migratoria goza de un plazo de cuando menos tres meses para emitir una resolución que modifique o revoque la determinación que se recurre. Ello, en atención a la aplicación supletoria del artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo[7], ya que ni las disposiciones relativas al Recurso de Revisión en las leyes que rigen la materia migratoria ni la mencionada Ley Federal, establecen un plazo para emitir la resolución al recurso:

> Artículo 17.- Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario. A petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución deba entenderse en sentido positivo.
>
> En el caso de que se recurra la negativa por falta de resolución, y ésta a su vez no se resuelva dentro del mismo término, se entenderá confirmada en sentido negativo.

De ello se puede observar que en el más optimista de los escenarios, un migrante que ejerce acciones legales en contra de una determinación administrativa dentro del procedimiento de verificación migratorio, cuando menos se encontraría privado de su libertad por un plazo un poco mayor al de tres meses a partir de que interpuso el Recurso de Revisión, en tanto que si no les recurre, la privación de su libertad disminuirá significativamente.

En el caso de la defensa, acceso o ejercicio de diferentes derechos frente a autoridades distintas de la migratoria, el acceso a la justicia no resulta menos problemático. Los artículos 67 de la Ley General de Población y 201 de su Reglamento, forman un cerco alrededor del ejercicio de los mismos y del sistema de impartición de justicia, al establecer:

(Ley General de Población)

> ARTICULO 67.- Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos [...] están obligados a exigir a los extran-

7. Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994.

> jeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el Reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el Reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas

(Reglamento de la Ley General de Población)

> Artículo 201.- Las autoridades de la República a que se refiere el artículo 67 de la Ley, están obligadas a poner de inmediato a disposición de la Secretaría, a los extranjeros que no acrediten su legal estancia en el país. En caso de incumplimiento se aplicará la sanción prevista por el artículo 114 de la Ley.

Conforme a estos preceptos legales que rigen para todas las autoridades y dependencias en la República, los migrantes que se presentan en demanda de prestaciones laborales, denuncian delitos de los que fueron objeto o inician juicios ante jueces civiles, entre otros, si no corroboran su legal estancia en el país, no sólo en muchas ocasiones no pueden tener acceso al sistema de justicia sino que deben de ser puestos a inmediata disposición de la autoridad migratoria.

Cuando la legislación permite que se inicien y den seguimiento a los procesos legales y la autoridad migratoria determina no llevar a cabo la expulsión hasta que se sustancien los procedimientos, como podría ser el inicio de denuncias penales, ello no hace mella en la privación de la libertad de la persona dentro de las estaciones migratorias en tanto sea necesario.

Aunque podría pensarse que el problema del acceso a la justicia u otros derechos radica principalmente en la falta de una autorización de estancia regular, en realidad los extranjeros con documentación migratoria no se encuentran exentos de ser objeto de violaciones a sus derechos humanos, por lo menos en cuanto a actos provenientes de la autoridad migratoria se refiere.

Los extranjeros con regular estancia en el país que sean objeto de un acto arbitrario o aquellos a los que se violen derechos fundamentales con actos emanados de la autoridad migratoria, para recurrir tal determinación –especialmente cuando el acto se relaciona con su autorización para perma-

necer en el país–, pueden ser objeto de mayores perjuicios a sus derechos si ejercen acciones legales en contra de dichas determinaciones, puesto que la autorización de su legal estancia se condiciona a la resolución de los recursos legales que se interpongan en su contra, y en tanto ello ocurre, no poseen una legal estancia en el país, llegando incluso a perder su empleo al no tener un documento de legal estancia, o no tener acceso a los servicios de educación, salud, etc., durante periodos de tiempo considerables.

De esta manera, el primer obstáculo para la realización de un litigio estratégico se encuentra relacionado con el acceso a la justicia, toda vez que se debe llevar a cabo en forma tal que la afectación que se cause o llegara a causar con el litigio, no exceda al daño provocado por la violación o violaciones que dieron lugar a la demanda de justicia.

C. Organización, estructura y definición de la Subcoordinación de Defensoría

Ante la insuficiencia de organizaciones civiles y abogados que presten asesoría y representación legal a migrantes, una parte importante del trabajo que se hace en la Subcoordinación de Defensoría ha sido destinado a brindar tales servicios, así como a realizar la documentación legal de violaciones a los derechos humanos de los migrantes y refugiados.

El brindar asistencia, asesoría legal e incluso buenos oficios, no sólo responde a una necesidad real en la población migrante y refugiada de contar con un abogado que los oriente y los asista legalmente para dar solución a diferentes problemáticas que presentan, sino que también responde a la organización, estructura y funcionamiento institucional.

A diferencia de otras organizaciones civiles de derechos humanos en las que una gran parte del trabajo institucional gira en torno a la defensa de los derechos humanos mediante el litigio estratégico de casos, la Subcoordinación de Defensoría de Sin Fronteras es sólo uno de los engranes por los cuales la institución cumple sus objetivos: empoderamiento de los migrantes y refugiados en sus derechos, el incidir en el desarrollo de políticas públicas acordes a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y el impulsar alianzas estratégicas con organizaciones civiles para el fortalecimiento de la interlocución con el gobierno.

Es por ello que el área de Defensoría está concebida dentro de los servicios directos que brinda Sin Fronteras a la población migrante y refugiada que atiende y no como un área que goce de cierta autonomía. Por tanto, no es posible limitar sus actividades únicamente a la selección de casos paradigmáticos, desatendiendo las solicitudes de apoyo y asesoría legal que, sin reunir las condiciones necesarias para un litigio de impacto, requieren de atención, y que en muchos sentidos son fuente generadora en la identificación de violaciones a los derechos humanos de los migrantes y de análisis legal.

Hasta fechas recientes, la doble función que realiza la Subcoordinación de Defensoría, además de sobrepasar las capacidades humanas de atención del área, le restó claridad a las problemáticas que debían ser objeto de un litigio estratégico. Especialmente debido a que estando inmersos entre tantos y tan variados casos, cada cual con sus peculiaridades fácticas y legales pero que en todo momento requieren de una solución, resulta más complicado delimitar cuáles son las problemáticas prioritarias para el litigio estratégico de casos.

Asimismo, documentar, otorgar asesoría, orientación y asistencia legal al tiempo en que se desea generar cambios estructurales o impactos generalizados mediante el litigio, ha llegado a interferir en el adecuado y eficiente desarrollo de las gestiones y actividades que deben llevarse a cabo en el planteamiento y seguimiento de un litigio estratégico. Interferencias que afectan desde la atención constante al seguimiento del caso hasta la preparación o construcción de los argumentos legales y razonamientos fácticos que se deben emplear para sustentar un caso ante instancias nacionales e internacionales.

V. El litigio en materia de los derechos humanos de los migrantes

Pese a los obstáculos o limitaciones con las que nos hemos encontrado en el litigio estratégico de casos de migrantes o refugiados, hemos obtenido experiencias favorables que contribuyen a acercarnos con mayor claridad y precisión a la realización de un litigio estratégico y a sentar algunas pautas de utilidad para su realización.

Los logros que hemos obtenido y que de alguna manera se han traducido en avances generalizados en la defensa de los derechos humanos de los migrantes y refugiados, han sido posibles mediante la implementación

de estrategias de litigio que contemplan el utilizar los mecanismos legales existentes en el sistema jurídico que posibiliten denunciar, proteger y defender los derechos humanos. Incluso, de aquellos mecanismos que en un litigio internacional no sean considerados como recursos efectivos, como el sistema de quejas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o el de reclamaciones en la Secretaría de la Función Pública.

Ello en atención a que aún cuando éstos no son medios jurisdiccionales de defensa de los derechos vulnerados y pueden no generar un resultado favorable a la existencia o reconocimiento de la violación, resultan provechosos como herramientas para documentar y evidenciar las deficiencias, prácticas e inconsistencias del sistema de protección e impartición de justicia. Además, cuando las resoluciones o determinaciones que adoptan tienden al reconocimiento de la violación, no sólo se confronta al sistema de impartición de justicia jurisdiccional sino que también pueden ser utilizados como un mecanismo de presión y evaluación de prácticas, políticas públicas, normativas o interpretaciones jurídicas.

En uno de los casos asumidos por el área de Defensoría, el reconocimiento[8] por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de la existencia de la trata de personas en perjuicio de unas trabajadoras de nacionalidad china, y de la consiguiente responsabilidad del Instituto Nacional de Migración y de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en la comisión del ilícito previsto en el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas,* así como de la violación a sus garantías de legalidad, seguridad jurídica y trato digno entre otras, constituyó el único reconocimiento, proveniente de un órgano del Estado, a la situación de trata de personas de la que fueron sobrevivientes las migrantes.[9]

Adicionalmente, abrió posibilidades de diálogo con el Comisionado del Instituto Nacional de Migración sobre víctimas de trata de personas y la necesidad de la existencia de una característica migratoria por motivos humanitarios, lo cual dio lugar al ejercicio de acciones concretas por parte del Instituto Nacional de Migración tendientes a evitar la práctica consistente en la retención de los documentos migratorios de los extranjeros por parte de los empleadores. Asimismo, dio lugar a la práctica de controles por parte de la autoridad migratoria y de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, tendientes a verificar que las condiciones en las que los trabajadores migra-

8. Recomendación 11/2006 "sobre el caso de las señoras LF y CS de nacionalidad china", de fecha 28 de abril de 2006.
9. Aunque el *Protocolo para Prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños* ha sido firmado y ratificado por México, aún no se ha tipificado en los códigos penales el delito de Trata de Personas.

torios prestan sus servicios en territorio mexicano no sean atentatorias de sus derechos humanos.

Si bien en el caso concreto existieron otros avances importantes, es probable que con todas las limitaciones de facto y legales que presentan las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la resolución adoptada por el *Ombudsman* en este caso produjo impactos favorables y modificaciones más generalizadas.

Otro de los elementos fundamentales que se ha incluido en nuestras estrategias de litigio es el uso de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y el Sistema de Solicitudes de Información. A través de su utilización ha sido posible establecer estrategias de litigio más precisas y analíticas basadas en la información que las propias autoridades brindan, así como obtener documentos susceptibles de aportarse como pruebas dentro de un proceso o juicio sustanciado frente a la autoridad judicial.

Son varios los casos en que solicitudes de acceso a la información pública gubernamental han servido de referentes para el análisis de un caso y la elaboración de argumentos lógicos y jurídicos aumentando así su calidad, y por tanto, generando mayores elementos de convicción para el juzgador.

Asimismo, en fechas recientes hemos comenzado a ver en los medios de comunicación una herramienta importante para incidir en la opinión pública sobre temas o problemáticas que son objeto de litigio en Sin Fronteras y que incluso indirectamente, favorecen las acciones legales que realizamos. Tan sólo un par de días atrás, en una sesión del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de la discusión que se tuvo con motivo de una controversia constitucional sobre la suspensión de plano y provisional en contra de la deportación, se hizo referencia como elemento de reflexión a una de las declaraciones públicas de Sin Fronteras que meses atrás se realizó con motivo del litigio de un caso en el que existió la violación a la suspensión de oficio dictada por el juez.

Acontecimientos como éste, que abren otros espacios públicos de evaluación, análisis y cambio, dan razón de la trascendencia que en determinado momento puede alcanzar un planteamiento público de los problemas y desafíos que se presentan en el tema migratorio pero que encuentran un

sustento en el ejercicio legal, por lo que deben ser evaluados a la luz del sistema jurídico y de impartición de justicia.

De tal suerte que aunque estamos conscientes de que el litigio estratégico requiere para su realización de la suma y valoración de elementos diversos que van desde la elaborar una estrategia de medios de comunicación hasta el diálogo y cabildeo con autoridades y funcionarios, y de que para su realización deben valorarse contextos políticos, escenarios sociales o coyunturales, las experiencias positivas y negativas que se han tenido en el litigio de casos reafirman nuestro deseo e interés de dirigir las actividades y acciones que realiza el área de Defensoría hacia un litigio de impacto que no sólo tienda a generar los cambios estructurales y reformas requeridos para el respeto de los derechos humanos de los migrantes, sino que también traduzca y visibilice el trabajo que durante diez años se ha realizado en Sin Fronteras.

1000 ejemplares
Impreso en México por Artes Gráficas Panorama, S.A. de C.V.
Av. Avena 629, Col. Granjas México, CP 08400, México,D.F.