

D

270. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que contempla el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) obliga a los Estados parte a adoptar —con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención— las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional. Así, los Estados no solo tienen la obligación positiva de *adoptar las medidas legislativas necesarias* para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y, a la vez, evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

El estándar en su concepción más general ha sido utilizado, por una parte, para analizar situaciones en las que estas medidas fueron incumplidas y, por la otra, para ordenar medidas específicas de reparación en casos donde se haya detectado como necesario adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención vulnerados en un caso concreto.

El Tribunal Interamericano ha establecido que el deber general contenido en el artículo 2 de la CADH implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Por tanto, la Corte IDH ha determinado que las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser *efectivas* (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea *realmente* cumplido. Así, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una obligación de resultado. Esto implica que una norma, por bien diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades, no cumplirá con los estándares que establece en el referido artículo 2.

La adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras funciones del Estado, como lo son las ejercidas por los poderes ejecutivo o judicial o inclusive los tribunales, salas o cortes constitucionales. Es así que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno es parte de la obligación general de garantizar los derechos.

Los criterios descritos son de aplicación general en todos los casos en donde la Corte IDH ha conocido situaciones en las que se ha incumplido el artículo 2 de la CADH. A su vez, el Tribunal Interamericano ha especificado los alcances de dicho deber en relación con casos de pueblos indígenas y tribales, leyes de amnistía, en materia de libertad de expresión y acceso a la

información, diversas garantías del debido proceso, pena de muerte, fuero militar, asuntos laborales, estabilidad e inamovilidad de jueces, entre otros temas.

A la par de la CADH, el Sistema Interamericano cuenta con una serie de tratados y convenciones que *complementan y especifican* las obligaciones generales en relación con los derechos humanos en la región. Dentro de estos tratados encontramos disposiciones que ordenan a los Estados adoptar medidas de derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos consagrados en los mismos.

Así, hallamos disposiciones similares a las contenidas en el artículo 2 de la CADH en el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); en el 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; en el III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; en el 7.c de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y, finalmente, en el III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Carlos María Pelayo Moller*

271. DEBIDO PROCESO

El concepto de debido proceso es confuso en muchas legislaciones. Algunas lo coinciden con el derecho de defensa; otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual es completar el diseño de cuanto significa tener un “debido proceso”, con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman requisitos de validez y eficacia (por ejemplo, el derecho al recurso y el plazo razonable, entre otros).

El debido proceso, en líneas generales, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio “debido” no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del “debido proceso”. El origen aceptado es la 5ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase *due process of law* —que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*— ha desarrollado un alcance no solo procesal, sino inclusive informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace (*common law* anglosajón), porque el *civil law* tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la ley, e inclusive sin tener mención expresa se consagró en las Constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de atención en procesos penales. Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial* —*substantive due process of law*—, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En resumen, el debido proceso se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

- a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal y
- c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

Oswaldo A. Gozaini

272. DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

El debido proceso es un derecho humano protegido a nivel convencional, constitucional y legal. En este apartado corresponde desarrollar específica-

mente el alcance que la Constitución, en cuanto norma suprema del orden jurídico nacional, le atribuye.

Quizás la mejor manera de entender en qué se distingue el debido proceso constitucional del legal es recordando algunas premisas básicas sobre lo que significa la protección constitucional de *cualquier* derecho humano. Asumir la superioridad jerárquica de la Constitución implica aceptar que sus condicionamientos, tanto procesales como sustantivos —protegidos con la rigidez que le caracteriza—, integran el parámetro de regularidad *de todos* los actos de producción y ejecución normativa del orden jurídico nacional. Es decir, la validez de tales actos depende de su correspondencia tanto formal como material con la norma suprema. Y cuando hablamos de validez material, nuestra atención debe dirigirse a aquellas cláusulas constitucionales —usualmente redactadas en términos deliberadamente abstractos— que contienen principios, reconocen derechos humanos y establecen limitaciones al poder público.

En cuanto derecho humano constitucionalmente protegido, el debido proceso exige que las autoridades operen de conformidad tanto con reglas específicas como por ciertos principios de justicia, que *no* siempre son definibles a la manera “de todo o nada”, es decir, cuya aplicación requiere interpretación, argumentación y, en algunos casos, ponderación. En contraste, los ordenamientos jurídicos secundarios —los códigos procesales— suelen buscar un fin distinto: su objetivo es enlistar, con toda la especificidad posible, una serie de pasos sucesivos que, en esencia, obligan a las autoridades a registrar, ordenar y monitorear las condiciones que deben dar cauce a una contienda.

De este modo, al pensar en las condiciones de debido proceso que impone la Constitución, debemos hablar de todo aquello que asegura la posibilidad de un juicio justo, es decir, un juicio seguido conforme a los principios de un ordenamiento al que el intérprete puede atribuir identidad sustantiva a la luz del conjunto de valores que este protege en su integridad. Por ello, al decir que una autoridad jurisdiccional debe garantizar la posibilidad de que la persona demandada o acusada sea oída y vencida en juicio, estamos reconociendo una exigencia constitucional abstracta, que requiere ser concretizada en cada caso, a partir de los distintos métodos de interpretación jurídica aplicables.

En este punto es esencial traer a cuento una importante distinción realizada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En diversos precedentes (particularmente, véase los amparos directos en revisión 3758/2012, 1519/2013 y 1009/2013, y el amparo en revisión 42/2013) ha señalado que el debido proceso se desdobra en dos vertientes, la formal y la sustantiva.

En la vertiente adjetiva o formal, el debido proceso se entiende como la posibilidad que tienen las personas de acceder a la justicia, plantear sus acciones o excepciones, probar los hechos y razones que estimen pertinentes y alegar lo que consideren relevante para la resolución de su causa (este criterio se ve especialmente reflejado en la tesis 1a./J. 11/2014 (10a.) emitida por la Primera Sala de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 396, de rubro: “Derecho al debido proceso. Su contenido”). Al respecto, la Primera Sala ha afirmado que “[el] derecho de debido proceso contiene un núcleo duro que debe observarse de manera inexcusable en todo el procedimiento jurisdiccional, que se garantiza a través del cumplimiento de las formalidades esenciales del proce-

dimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”. Ello permite que los gobernados ejerzan el derecho a contar con una defensa adecuada previo a que mediante un acto de autoridad se modifique su esfera jurídica en forma definitiva, que puede implicar la privación de la libertad, propiedad, posesiones o derechos” (amparo directo en revisión 1009/2013, p. 29).

Tradicionalmente, se ha reconocido que esas formalidades esenciales del procedimiento básicamente se traducen en: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar, y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y la existencia de un medio de impugnación (al respecto, se puede consultar el criterio del Tribunal en Pleno de la SCJN, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 133, de rubro: “Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo”).

En su vertiente sustantiva, el debido proceso tiene que ver con la protección de los bienes constitucionalmente protegidos mediante esas formalidades esenciales del procedimiento: la libertad, propiedad, posesión y otros derechos (amparo en revisión 42/2013, p. 23). Desde esta dimensión, lo que importa es analizar si el Estado tiene una razón adecuada para instar los mecanismos jurisdiccionales con el fin de privar a una persona de aquello de lo que es titular.

Esta dimensión, a su vez, se puede analizar a partir de dos perspectivas: desde la primera, “[el] derecho al debido proceso se ocupa del ciudadano que es sometido a un proceso jurisdiccional al ser destinatario del ejercicio de una acción, la cual, de resultar procedente y fundada, llevaría a la autoridad judicial a emitir un acto privativo en su contra, en cuyo caso la autoridad debe [...] otorgar al sujeto pasivo de la relación procesal la posibilidad de una defensa efectiva, por lo cual se debe garantizar que se le notifique del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, se le dé el derecho de alegar y ofrecer en pruebas y se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas” (amparo directo en revisión 3758/2013, p. 28).

A partir de la segunda perspectiva, el debido proceso puede verse desde “quien insta la actividad jurisdiccional del Estado para lograr reivindicar un derecho y no tanto defenderse del mismo, en cuyo caso se ubica en una posición, al interior de un juicio, de cuya suerte —estima— depende el ejercicio de un derecho, el cual en caso de no dirimirse adecuadamente, podría tornar a su derecho nugatorio”.

Estas distinciones surgen en la doctrina de la Suprema Corte ante la necesidad de reconocer la complejidad de la protección constitucional del derecho al debido proceso. Con este marco conceptual se busca evitar interpretaciones reduccionistas sobre su contenido, que nieguen su compleja integración, que olviden su interdependencia con otros derechos, o que solo atiendan al contenido textual de los artículos 14 y 16 constitucionales. Así, garantizar el debido proceso exige que el intérprete realice un ejercicio analítico del texto constitucional en su integridad, es decir, que enlace todos los derechos relacionados con las protecciones procesales de justicia que el mismo texto ya protege. Por ejemplo, en materia penal contamos con una amplia gama de principios que buscan condicionar la validez del proceso y calificarlo como debido. Piénsese en los principios de un proceso acusatorio: el contra-

dictorio, la publicidad, la oralidad, el principio de presunción de inocencia. También identificamos el derecho a una defensa adecuada, el derecho a la no autoincriminación, a conocer los motivos de la acusación, a confrontar e interrogar testigos, a no ser objeto de coacción, intimidación, torturas o tormentos. En materia civil, la SCJN ha generado una cantidad significativa de criterios en lo que respecta a la necesidad de que las autoridades jurisdiccionales impartan justicia con perspectiva de género y que consideren el interés superior de las y los niños. En todas las materias se reconoce el derecho al acceso a la justicia pronta y expedita. Todas estas son exigencias están relacionadas con la necesidad de que los juicios se desarrollen de un modo tal que guarden correspondencia con el resto de los derechos humanos protegidos por la Constitución.

En conclusión, cuando las partes exigen el respeto al derecho al debido proceso no solo están demandando la correcta aplicación de las formalidades esenciales del procedimiento, sino que también apelan a la necesidad de que sus procesos guarden correspondencia material con la Constitución misma. Por ello, el debido proceso constitucional se integra por un conjunto de salvaguardas (a su vez, con rango constitucional y convencional) dirigidas a proteger a la persona de cualquier manifestación de arbitrariedad. Su objeto es evitar que ella sufra un menoscabo en sus derechos, libertades y patrimonio, sin antes ser oída y vencida en un juicio estructurado en razón de las exigencias que derivan del resto de las protecciones reconocidas en favor de toda persona por la sola dignidad que le es inherente.

Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

273. DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCREN NIÑAS Y NIÑOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Las garantías de debido proceso legal enmarcadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre remiten principalmente a lo que establece el artículo 8 de la referida CADH sobre las garantías judiciales; sin embargo, estas normas deben ser leídas armónicamente con otros artículos de la misma Convención, específicamente los relativos al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, al principio de legalidad y de retroactividad y, por supuesto, el artículo referente a los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y a la protección judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, ha establecido que el derecho al debido proceso “[...] se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.” (OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 109).

De modo general, las garantías de debido proceso deben regir en todo proceso migratorio, en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención y cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de la niñez.

Asimismo, se debe partir del punto de que las niñas y niños son titulares de todos los derechos humanos que corresponden a todas las personas, con la especificidad de que, en su caso, se deben tomar en cuenta derechos especiales o específicos derivados de su condición. También es importante señalar que todas estas consideraciones deben estar siempre enfocadas a la protección y desarrollo integral de la niñez, conceptos que deben prevalecer por sobre cualquier otra consideración de nacionalidad, estatus migratorio u otra (*ibidem*, párrs. 56, 66 y 68).

De igual forma, en tratándose de niñas, niños y adolescentes, todas las actuaciones de las autoridades del Estado deben regirse bajo los principios de no discriminación, interés superior de la niñez, respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o el niño en todo procedimiento en el que esté involucrado, garantizando así su participación (Convención de los Derechos del Niño, arts. 2, 3 párrs. 1, 6 y 12. Asimismo, Comité de los Derechos del Niño —CRC, por sus siglas en inglés—, Observación general 5, arts. 4, 42 y 44, párr. 6, y Observación general 12).

En este sentido, las consideraciones que deben tomarse en cuenta por el Estado para garantizar los derechos humanos de los infantes, de acuerdo con la interpretación realizada por la Corte, son los siguientes:

Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio (OC-21/14, párrs. 117-119). En primer lugar, para cumplir con estándares internacionales, el Estado debe contar con personal especializado y capacitado para comunicarse con niñas y niños. Estos, a su vez, serán los encargados de hacerle saber de su situación, incluyendo el hecho de que él o ella está siendo sometida a estudio por una autoridad y haciéndole saber de las posibles consecuencias, con el propósito de que la niña o niño entienda su situación y pueda opinar al respecto. Así como ocurre con cualquier persona, la falta de notificación es violatoria de las garantías del debido proceso legal, por lo que no basta solo con notificarle, sino que debe ser en un lenguaje que se entienda, respetando su privacidad y sin generar presión, miedo o angustia. Asimismo, tratándose de niñas y niños no acompañados, se debe otorgar toda la información disponible sobre sus derechos, servicios existentes, el procedimiento para solicitar asilo y sobre la localización de su familia (CRC, Observación general 6, párr. 25).

Derecho a que el proceso migratorio o de solicitud de la condición de refugiado sea llevado por un funcionario o juez especializado, aunado al derecho de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete (OC-21/14, párrs. 120, 121, 124 y 125). Como se mencionaba en el párrafo anterior, es de máxima importancia que la autoridad que conozca de los asuntos migratorios o de las peticiones de asilo formuladas por niñas o niños, sea especializado, no solo en la materia sino en cuanto a la capacitación sobre derechos de la niñez. Lo anterior tiene el objeto de que bajo esta perspectiva puedan identificar las necesidades especiales de protección de conformidad con el interés superior de la niñez, por ejemplo, ser sensibles al género, que reconozcan la cultura de la niña o niño, identificar si son vulnerables a la trata infantil (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 9.1 y 9.2), a la explotación y malos tratos,

identificar si están huyendo por temor al reclutamiento forzoso por causa de crimen organizado o conflictos armados internos (CRC, Observación general 6, párrs. 50-63) e incluso, la Corte ha señalado que es necesario “[...] recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo o de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas.” (OC-21/14, párr. 101). Además de lo anterior, si la niña o el niño no habla el idioma del Estado en el que se encuentra, este está obligado a asistirle con un traductor o intérprete en su lengua, a efecto de poder garantizar que sea oído. Esta obligación cobra mayor importancia en el caso de personas indígenas, ya que además de ser oídas, se debe respetar su identidad cultural, garantizar el respeto a usos y costumbres y el acceso efectivo a la justicia.

Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales. La Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 12, numeral 2, el derecho de dar al niño o niña la oportunidad de ser escuchada en todo procedimiento judicial o administrativo en el que se encuentre involucrada, en función de su edad y madurez. Incluso, la Corte IDH estableció en el caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* (sentencia de 24 de febrero de 2012, núm. 239, párr. 199) que en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses de la niña o niño sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto. Abunda explicando que el derecho a ser oído incluye no solo conocer del asunto que les afecta y opinar libremente sobre él, sino que su opinión sea tomada en cuenta (*ibidem*, párr. 200). Aún más, la Observación general 12 del CRC (párr. 74) establece que no es posible hablar de una correcta aplicación del principio de interés superior de la niñez si no se cumple de manera cabal el derecho establecido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que, a su vez, es parte de los derechos de debido proceso consagrados en el artículo 8 de la CADH. Adicionalmente, la Corte IDH reiteró lo dicho por el CRC respecto de las diversas formas no verbales de comunicación que deben ser utilizadas al interactuar con niñas y niños, como lo son el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura; medios por los que los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias (OC-21/14, párr. 122. CRC, Observación general 12, párr. 21).

Acceso efectivo a la comunicación libre, a la asistencia consular y a ser asistido por un representante legal. Toda persona tiene derecho a contar con asistencia del funcionariado consular de su país de origen. En el caso de niñas y niños, esta comunicación debe ser de manera pronta y eficaz. Asimismo, como lo señala la Corte, este derecho es de especial importancia por las implicaciones “[...] que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, [...]” (OC-21/14, párrs. 126-128). Por otro lado, además de contar con esta asistencia, toda persona, incluidos niños y niñas, tienen derecho a contar con representación y asistencia legal gratuita (*ibidem*, párrs. 129-131). Este servicio debe ser especializado en materia migratoria y sobre el procedimiento para solicitar refugio, además de ser

sensible a la edad y al género, de manera que siempre velen por el interés superior de la niñez.

Designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados (ibidem, párrs. 132-136. CRC, Observación general 6, párrs. 21, 33-38). Una de las garantías procesales más importantes en el caso de niñas y niños no acompañados o separados (que estén separados de ambos padres y otros parientes y que no estén al cuidado de un adulto al que, por ley o por costumbre, incumbe esa responsabilidad) es el del nombramiento de un tutor, ya que ningún procedimiento podrá ser iniciado sin la presencia de este. La figura del tutor en estos casos garantizará la defensa de sus intereses y el aseguramiento de su bienestar. Asimismo, parte de su labor será conocer y asistir a todos los procedimientos a los que esté sujeto el niño o niña, incluidas las comparecencias ante autoridades migratorias.

Derecho a la debida fundamentación de la decisión que se tome (OC-21/14, párrs. 137-139). Esta es una garantía procesal básica que, como lo menciona la Corte, está vinculada con la correcta administración de justicia ya que, de no cumplir con esta garantía, las decisiones de cualquier autoridad deben ser consideradas arbitrarias. En el caso de niñas y niños involucrados, se debe dar cuenta de la forma en que tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por ellos. Asimismo, deberán expresar y demostrar cómo han evaluado el interés superior de la niñez.

Derecho a recurrir la decisión tomada ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos (ibidem, párrs. 140-142). Esta garantía debe leerse al tiempo con aquella de ser oído y tomado en cuenta. Si bien todas las personas tienen el derecho de someter su asunto a revisión ante una autoridad judicial, en el caso de niñas y niños es relevante respecto al hecho de que sus opiniones hayan sido debidamente tomadas en cuenta y que se haya hecho siguiendo el principio de interés superior de la niñez. Al mismo tiempo, la Corte señala que este derecho debe tener efectos suspensivos, como es el caso de las deportaciones, a efecto de salvaguardar los derechos de los niños y niñas.

Plazo razonable de duración del proceso y de la privación de la libertad (ibidem, párrs. 143, 191-197). La Corte ha mencionado, tanto en su opinión consultiva como en diversos casos contenciosos, que las autoridades deben ser diligentes y actuar dentro de plazos razonables. Lo anterior debido a la protección de la integridad física, emocional o psicológica de la niña o niño. De ningún modo debe entenderse esto como ventana para no garantizar otros derechos en aras de la celeridad; todo lo contrario, se debe contar con personal capacitado para que se puedan resguardar todos y cada uno de los derechos anteriormente descritos en un periodo razonable pero suficiente para la investigación correspondiente. En cuanto a la privación de la libertad o detenciones, estas nunca podrán ser desproporcionadas y, de hecho, deberán evitarse al máximo. En caso de hacerlas, el Estado deberá ejecutarlas solo como último recurso y durante el periodo más breve que proceda (*ibidem*, párr. 149. CRC, Observación general 6, párr. 61). Asimismo, está obligado a informar sobre los motivos del arresto o detención. Adicionalmente, la Corte ha determinado que la detención por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos y que estas medidas solo deben ser utilizadas cuando sean necesarias y de manera proporcional. En el mismo caso determinó que la privación de libertad de niñas o niños por razones exclusivas de índole mi-

gratoria excede el requisito de necesidad y no puede ser entendida como una medida que atienda al interés superior de la niñez (caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2003, núm. 218, párrs. 166, 169 y 171).

Netzai Sandoval Ballesteros
Ayesha Borja Domínguez

274. DECISIÓN INTERPRETATIVA

En el marco de los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes se entiende por decisiones interpretativas aquellas resoluciones que condicionan la validez del texto legal objeto de enjuiciamiento a la interpretación que formula la jurisdicción constitucional. Se elude, de este modo, la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del texto legal mediante la sujeción del precepto examinado a la comprensión constitucionalmente conforme que dicta el órgano judicial, o bien mediante la prohibición de aplicación del precepto en cuestión bajo una interpretación considerada inconstitucional por dicho órgano.

La emisión de decisiones interpretativas se asocia a la existencia de una jurisdicción constitucional con poder para invalidar o no aplicar normas con rango de ley aprobadas por las cámaras de representación popular si el órgano juzgador estima la incompatibilidad entre el texto legal y el texto constitucional. En este sentido, la contención con la que debe actuar la jurisdicción constitucional en el examen de un precepto aprobado por la mayoría de los representantes de la ciudadanía (expresada en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y en el principio de conservación de las mismas) induce a evitar la declaración de inconstitucionalidad si es posible extraer una interpretación del precepto legal constitucionalmente adecuada.

El análisis del fenómeno de las decisiones interpretativas se ha desarrollado con intensidad en aquellos modelos de control de constitucionalidad de las leyes de tipo concentrado en los que un órgano de naturaleza jurisdiccional ostenta el monopolio de rechazo de preceptos legales (así, especialmente, en la República Federal de Alemania según el sistema establecido por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en Austria, en Italia y en España, también en Francia con las particularidades sobre la composición y los procedimientos de control de leyes que definen al Consejo Constitucional) aunque asimismo se ha perfilado la cuestión, aunque con ciertos matices, en los modelos de control de constitucionalidad de tipo mixto (Portugal, Colombia), de tipo difuso con elementos de concentración (así México) de tipo difuso (Estados Unidos, Argentina), o incluso en sistemas en los que determinados tipos de normas legales están excluidos del control de constitucionalidad y el órgano juzgador recurre a la decisión interpretativa para modular las posibles incompatibilidades entre la norma legal y la norma constitucional (así el modelo de la Confederación Helvética en lo que atañe a las leyes federales).

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado la jurisdicción ordinaria (que no cuenta con el poder de declarar la inconstitucionalidad y la invalidez de un precepto con rango legal) tiene la obligación, con todo, de haber intentado realizar una interpretación constitucionalmente conforme de la ley como requisito para plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el respectivo tribunal constitucional. Los órganos judiciales que integran el Poder Judicial también cuentan, de este modo, con la capacidad de emitir decisiones interpretativas si se encuentran en condiciones de formular una

interpretación constitucionalmente conforme del precepto en principio constitucionalmente dudoso. La regla general de la vinculación de las decisiones de la jurisdicción constitucional a todos los órganos del Poder Judicial en todo tipo de procedimientos de control de normas que rige en la mayoría de Estados que cuentan con el modelo de control de constitucionalidad concentrado supone que la jurisdicción ordinaria también se encuentra vinculada a las decisiones interpretativas, y que, por tanto, tiene la obligación de aplicar la ley según la interpretación establecida por el tribunal constitucional (aunque ello no ha sido pacífico a lo largo de la historia del control de constitucionalidad de la ley en algunos sistemas como notoriamente se planteó en el caso italiano en las primeras décadas de funcionamiento de la Corte Constitucional).

Una de las principales críticas planteadas por la doctrina a la formulación de decisiones interpretativas por parte de las jurisdicciones constitucionales consiste en apreciar una suerte de intervencionismo judicial al reconfigurar el sentido normativo del precepto impugnado e introducir contenidos no previstos por el legislador bajo el pretexto de la interpretación constitucionalmente conforme. En principio, según una visión estricta del modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el órgano que asume el ejercicio de dicho control solo cuenta con dos posibilidades: o desestima la impugnación del precepto legal o aprecia su inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara su invalidez. Pero el propio Hans Kelsen, tanto en su *Teoría del derecho* como en sus escritos sobre la jurisdicción constitucional, ya asumió el carácter creativo de la interpretación, y en particular de la interpretación constitucional, de modo que parecía admitirse que los tribunales constitucionales emitieran decisiones intermedias entre la mera desestimación y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto legal.

Con el fin de poner coto a interpretaciones constitucionalmente conformes realizadas por las jurisdicciones constitucionales que desborden los contenidos normativos previstos por el legislador tanto algunas legislaciones sobre derecho procesal constitucional como la propia jurisprudencia de algunos tribunales han establecido límites al uso de decisiones interpretativas. Entre ellos se cuenta el respeto a la literalidad del precepto legal y la prohibición de asignar al precepto enjuiciado un contenido no previsto por el legislador o palmariamente contrario a lo establecido en el texto legislativo. La jurisdicción constitucional no puede, así, tratar de reconstruir una norma que no está debidamente explícita en el texto legal o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos para extraer la norma llamada a respetar el mandato constitucional. En algunos sistemas, la práctica de la tergiversación del sentido del precepto legal examinado con el fin de salvar la constitucionalidad de la norma ha merecido la definición de una categoría específica de decisión dentro del conjunto de las decisiones interpretativas (las llamadas decisiones manipulativas), así como también se ha determinado una categoría particular para definir aquellas resoluciones en las que la jurisdicción constitucional directamente condiciona la validez del precepto legal a disposiciones establecidas por el propio órgano judicial (decisiones aditivas), lo que generalmente sucede cuando la jurisdicción constitucional declara inconstitucional un precepto en la medida en que el legislador no tomó en consideración algo que, constitucionalmente, debió prever.

Héctor López Bofill

275. DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el reconocimiento, fortalecimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas ha sido un asunto de especial importancia.

La aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración) se llevó a cabo en el marco del 46° Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrada el 14 de junio de 2016, después de 17 años de negociaciones (véase OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, 22 de junio de 2016).

El texto ha sido traducido formalmente al inglés y al español; consta de un preámbulo y 41 artículos agrupados en las siguientes seis secciones: Pueblos Indígenas. Ámbito de aplicación y alcances; Derechos Humanos y Derechos Colectivos; Identidad Cultural; Derechos Organizativos y Políticos; Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad, y un apartado final de Provisiones Generales.

Entre los principales derechos reconocidos en la Declaración se encuentra la autoidentificación; la libre determinación; el derecho a las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural de tierras, territorios y recursos, y los derechos participativos de consulta y consentimiento libre, previo e informado. También destaca el reconocimiento expreso a la igualdad de género; el rechazo a la asimilación; la protección contra el genocidio, la discriminación racial, el racismo, la intolerancia y la violencia.

Asimismo, reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a la identidad e integridad cultural; a sus sistemas propios de conocimiento, lenguaje y comunicación; a la educación; a su espiritualidad; a sus sistemas familiares tradicionales; a la salud y protección del medioambiente sano; a la autonomía o autogobierno; a la jurisdicción indígena, y a la paz, seguridad y protección, entre otros derechos.

Por otro lado, debe destacarse el reconocimiento inédito que este instrumento hace a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, pronunciándose expresamente acerca del derecho que estos colectivos tienen de permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo con sus culturas. Dicho reconocimiento no es más que una manifestación expresa del derecho a la libre determinación.

En definitiva, el documento en estudio ha pasado a formar parte del *corpus iuris* indígena existente, aportando considerablemente al desarrollo de estándares internacionales, debiendo servir de guía para el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de las actuaciones y las medidas adoptadas por los Estados americanos en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Por ello, es fundamental atender a lo establecido en el preámbulo de este instrumento, en el sentido de respetar la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional. Considerando que las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente, la Declaración debe interpretarse y aplicarse en concordancia con lo establecido en los demás instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos que se han aprobado, tales como el Con-

venio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989 y que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 03 de enero de 1976), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976), entre otros.

Finalmente, aunque han transcurrido un poco más de dos años desde la aprobación de la Declaración, persiste una brecha de implementación (véase CIDH, Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe de Rodolfo Stavenhagen, relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, párr. 83) que evidencia la distancia entre las disposiciones legales vigentes y la insuficiencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos en los diversos Estados parte. Ese vacío entre los niveles formales y prácticos puede ser constitutivo de violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus miembros, por ello, urgen mayores esfuerzos, se requieren reformas estructurales que permitan la dotación de recursos humanos y financieros en pos del respeto y garantía de los derechos indígenas de los diversos Estados de las Américas.

Antonia Urrejola

276. DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS

La Declaración de Cartagena fue adoptada en el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. No es un instrumento vinculante, sin embargo, representa un compromiso de los Estados de la región y se consolida como una buena práctica regional en materia de protección internacional en cuanto contempla estándares de protección referidos a todo el ciclo de desplazamiento. Este instrumento responde a la situación vivida en América Latina durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta. Caracterizado por un aumento de las necesidades de protección internacional en virtud de los diferentes conflictos armados que afectaban al ejercicio efectivo de los derechos humanos y obligaban a las personas a abandonar sus hogares para resguardar su vida, libertad e integridad.

Del 11 al 15 de mayo de 1981, expertos de la región y de las Naciones Unidas se reunieron en Tlatelolco, México, en el Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina para analizar la situación que afectaba la región en el ámbito de protección internacional. En este se destacó “la necesidad de extender la protección que los instrumentos internacionales e interamericanos reconocen, también a aquellos que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o en parte del territorio del país de origen.” Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe anual de 1981, recomendó que “la definición de refu-

DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS

giados en la región reconozca a las personas que huyen de sus países porque sus vidas han sido amenazadas por violencia, agresión, ocupación extranjera, violación masiva de los derechos humanos, y otras circunstancias que destruyen el orden público y para los cuales no existen recursos internos”. Ello se reiteró en los informes de 1982 y 1983.

La Declaración confirma los criterios recogidos en la primera sesión de trabajo del Grupo Contadora, celebrada, en 1983 respecto de las obligaciones de protección y el deber de asistencia de los Estados de acogida, considerando el establecimiento de programas de asistencia para las personas refugiadas, en particular en los ámbitos de educación, trabajo y seguridad, con miras a lograr la autosuficiencia, estándares mínimos respecto de la repatriación (voluntaria, manifestada individualmente y con la colaboración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR) y destaca la importancia de la colaboración de la comunidad internacional.

La Declaración destaca e insiste en la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria del instituto del refugio y contempla compromisos concretos de los Estados respecto a la seguridad de los campamentos para personas, la obligación de brindar protección a las personas desplazadas internas y la importancia de la capacitación del funcionariado público competente en la materia y la divulgación, a lo interno de cada Estado, de los instrumentos de derecho internacional de las personas refugiadas. Este instrumento reitera la importancia del principio de reunificación familiar y de la no devolución, destacando el rol de este último como piedra angular de la protección anterior, y considerando que abarca también la prohibición de aplicar rechazos en frontera.

Uno de los elementos particularmente innovadores fue —al igual que como lo hubiera hecho la región africana casi 20 años antes— considerar un concepto regional ampliado de persona refugiada, el cual brindara una respuesta de protección acorde con la realidad de la época. En este sentido, la conclusión III, párrafo tercero, de la Declaración indica que “la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

Esta ampliación del concepto de persona refugiada resulta coherente con la génesis de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en la cual se estableció un marco mínimo de protección e instó a los Estados parte a que consolidaran, con el paso del tiempo, estándares mayores de protección para situaciones no contempladas en la literalidad de la Convención de 1951 (Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, acápite E).

La definición regional ampliada permite brindar protección a aquellas personas que no pueden regresar a sus países de origen debido a que sus derechos fundamentales se verían conculcados, pero cuyo motivo por el cual no pueden regresar escapa a las cinco causales previstas en la Convención de 1951. A diferencia de esta, que contempla cinco motivos específicos sobre cuya base debe acreditarse la existencia de persecución, el concepto regional

ampliado señala condiciones objetivas que acompañan a la razón de huida de la persona que requiera protección internacional, por lo que no se requiere un temor fundado de persecución.

Los conceptos de violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público se integran con el derecho internacional humanitario, y la referencia a violaciones masivas de derechos humanos con el derecho internacional de los derechos humanos. La interpretación de estas condiciones objetivas fue aclarada posteriormente en los Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados, y desplazados centroamericanos en América Latina, acordados en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos en 1989 (CIREFCA). La determinación deberá considerar tres requisitos: 1) que la persona haya cruzado una frontera internacional; 2) que su vida, libertad o integridad se vean amenazados, y 3) que dicha amenaza se relacione con alguno de los cinco motivos objetivos.

La “*violencia generalizada*” deberá ser continua, general y sostenida, con un umbral mayor que los disturbios y tensiones internas (Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el Protocolo II, CICR, Ginebra, 1987). La *agresión extranjera* se podrá entender en los términos establecidos en la Resolución 3314 de la Asamblea General de ONU. La noción de *conflictos internos* podrá retomarse del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional II. Asimismo, el elemento *otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público* se refiere a actos generados por las personas y no por la naturaleza. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) conceptualizó orden público como “las condiciones que aseguran el funcionamiento normal y armonioso de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios” (OC-5/85). Las *violaciones masivas de derechos humanos* se podrán entender como aquellas de gran escala que impliquen la conculcación de los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo una denegación grave y sistemática de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Los principios y pautas generales para la determinación de la condición de persona refugiada resultan aplicables ante el supuesto de que el reconocimiento opere sobre la base de la Declaración de Cartagena, por lo que puede configurarse un reconocimiento *sur place*, la determinación *prima facie*, e incluso la determinación grupal. Asimismo, resulta compatible con el análisis de alternativa de huida interna, carga de la prueba que pesará sobre el Estado y no sobre la persona —claro está—, así como los motivos de exclusión y de cesación. Históricamente se ha considerado que debe seguirse una lógica lineal para el análisis de elegibilidad, de manera que se considere primero la determinación de la condición de persona refugiada sobre la base de los cinco motivos contenidos en la Convención de 1951 y posteriormente se considere el concepto regional; sin embargo, no existe impedimento alguno para que ambos análisis se realicen de manera integral o se opte por iniciar con el análisis de inclusión sobre la base de las circunstancias de huida contempladas en la definición regional, o aquella definición ampliada reconocida por cada Estado en su normativa interna.

Posteriormente, en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951, los Estados de la región declararon de manera unánime

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

reconocer la importancia de la Declaración de Cartagena. En la Declaración de Brasil se destacó el logro que implicó la emisión de la Declaración de Cartagena para responder “a las nuevas necesidades de protección internacional causadas, entre otras, por el crimen organizado transnacional.” A nivel regional la Corte IDH retoma la relevancia de la Declaración (*Pacheco Tineo vs. Bolivia*, sentencia de 25 de noviembre de 2013, núm. 272, párr. 141).

Muchos países han incorporado el concepto ampliado para la determinación de la condición de persona refugiada en su normativa interna: Bolivia (Ley de Protección a personas refugiadas N° 251, de 2012), México (Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 2011), Belice (*Refugees Act*, de 1991 y sus reformas), Brasil (Ley 9474, de 1997), Guatemala (Acuerdo Gubernativo 383, de 2001), Paraguay (Ley N° 1938, de 2002), El Salvador (Decreto N° 918, de 2002), Perú (Ley N° 278891 del Refugiado, de 2002), Honduras (Ley de Migración, de 2004), Argentina (Ley N° 26165 General de Reconocimiento y Protección al Refugiado), Uruguay (Ley N° 18076 sobre el Estatuto de Refugiados, de 2006), Nicaragua (Ley N° 655, de 2008), Colombia (Decreto N° 2840, de 2013) y Chile (Ley N° 20430, de 2010). Ecuador había incorporado el concepto ampliado por Decreto N° 3293 de 1987, sin embargo, el Decreto N° 1182 lo eliminó, limitación que se señaló como inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia 002 de 2014 a la luz del principio pro persona; la Ley de Movilidad Humana de 2017 incorpora de nuevo el concepto ampliado. Costa Rica no ha incorporado el concepto ampliado, no obstante, la Sala Constitucional lo ha aplicado a través de la Declaración de Cartagena como parte del bloque normativo vigente (Voto 13212-2015), y el Tribunal Contencioso Administrativo ha reconocido la progresividad en cuanto a la ampliación del concepto de persona refugiada (sentencia 103-2014 IV), por lo que el Tribunal Administrativo Migratorio ha reconocido la condición de persona refugiada a partir del concepto ampliado contenido en la Declaración de Cartagena (resolución 1072-2018-TAM).

Hasta el momento, Panamá, Costa Rica y la República Bolivariana de Venezuela aún no han incorporado un concepto ampliado a su normativa interna.

Yaruma Vásquez Carrillo

277. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Se trata de uno de los principales instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas. Fue adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda). Con posterioridad a su aprobación, los países que votaron en contra de la Declaración, y dos de los países que se habían abstenido (Colombia y Samoa) han manifestado su apoyo al documento.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) expresa el consenso actualizado de la comunidad internacional sobre los estándares mínimos de protección internacional de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. El documento consagra la libertad y la igualdad de todos los pueblos y personas indígenas y prohíbe la discriminación en el ejercicio de sus derechos, en especial la que

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

se funda en su origen o identidad étnicos. Establece el derecho a la autodeterminación política, económica, social y cultural; a conservar y fortalecer sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, así como a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Asimismo, expresa el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. De acuerdo con la *International Law Association* (ILA), aunque la Declaración no puede ser considerada una expresión del derecho internacional consuetudinario, varias de sus disposiciones sistematizan estándares jurídicos derivados de otros instrumentos o de la costumbre internacional (ILA, resolución 5/2012, párr. 2).

La Declaración consta de 46 artículos que abordan tanto los derechos individuales como los colectivos. Expresa los derechos de las personas indígenas a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad (art. 7); consagra los derechos colectivos a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos, sin ser sometidos a genocidio o a otros actos violentos (art 7); señala que las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional (art. 17); protege los derechos de las personas indígenas tanto a la educación del Estado como a aquella en su propio idioma y de acuerdo con su cultura (art. 14); protege el derecho de los pueblos indígenas a usar sus medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, así como el derecho de acceso a todos los servicios sociales y de salud del Estado (art. 24).

Tras la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en junio de 1989, el movimiento indígena global realizó un intenso trabajo de incidencia para que se adoptara una declaración universal que ampliara el catálogo de derechos reconocidos en el referido convenio y en el marco normativo internacional vigente. Luego de dos décadas de negociaciones, la DNUDPI fue finalmente aprobada con un enfoque en los derechos colectivos de los pueblos indígenas “indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo como pueblos” (preámbulo de la DNUDPI), en adición a los derechos humanos y libertades fundamentales internacionalmente reconocidos a toda persona.

La Declaración aborda ciertas obligaciones que no habían sido contempladas o cuyo contenido no había sido plenamente desarrollado en el texto del Convenio 169 de la OIT. Mientras este último pone especial énfasis en el derecho a la consulta previa, libre e informada como mecanismo de participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales, la Declaración amplía el alcance de la obligación de los Estados de obtener el consentimiento de tales pueblos, prohibiendo de forma expresa el desplazamiento de sus territorios sin el debido consentimiento y “acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso” (art. 10). Asimismo, determina que los Estados deberán adoptar medidas eficaces para impedir la eliminación o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras y territorios de los pueblos sin su consentimiento (art. 29.2).

Un componente importante de la DNUDPI es la obligación de adoptar medidas para mitigar los errores del pasado que conllevaron prácticas discriminatorias y el socavamiento de la identidad e integridad cultural (arts. 11

DECLARACIÓN DE MAR DEL PLATA

y 12). Además de la obligación de restituir los territorios y bienes culturales despojados de los pueblos indígenas, la Declaración subraya una serie de medidas de reparación colectiva con el fin de superar la situación de desventaja histórica en su perjuicio.

La DNUDPI ha sido utilizada como fuente de interpretación de las obligaciones estatales en los pronunciamientos de los principales órganos, comités, grupos de trabajo y relatorías de los sistemas interamericano, africano y universal de derechos humanos. En Latinoamérica, Bolivia ha promulgado una ley que incorpora el texto de la DNUDPI directamente a su ordenamiento jurídico, y las altas cortes de países como Belice, Colombia, Guatemala y Perú han utilizado la Declaración en sus sentencias.

Daniel Cerqueira

278. DECLARACIÓN DE MAR DEL PLATA

Las Cumbres de las Américas son encuentros periódicos en los que participan los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la región para debatir y tomar decisiones sobre temas de relevancia. También participan, como observadores, los jefes de las doce instituciones miembros del Grupo de Trabajo Conjunto de Cumbres (GTCC), entre las que se encuentran la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Banco Mundial (BM), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

La Cuarta Cumbre de las Américas celebrada en Mar del Plata, Argentina, en noviembre de 2005, tuvo como tema central “Crear Trabajo para Enfrentar la Pobreza y Fortalecer la Gobernabilidad Democrática” a partir de la consideración de que la creación de empleos y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática formaban parte de los principales desafíos de la región. Producto de la Cuarta Cumbre son la Declaración y el Plan de Acción de Mar del Plata. De ellos se desprenden una serie de mandatos agrupados en los siguientes temas: 1) crecimiento con empleo; 2) trabajo para enfrentar la pobreza; 3) formación de la fuerza laboral, 4) micro, pequeñas y medianas empresas como motor de crecimiento del empleo; 5) marco para crear trabajo decente, y 6) fortalecimiento de la gobernabilidad democrática. El Plan de Acción de Mar del Plata considera cada una de estas áreas desde tres perspectivas: compromisos nacionales, cooperación hemisférica y organizaciones internacionales.

Al tratarse de una declaración, el valor jurídico de la Declaración de Mar del Plata es el de un instrumento no vinculante *stricto sensu* y su relevancia, en este caso, proviene de la alta jerarquía del encuentro —que reúne a jefes de Estado y de Gobierno de la región—, de los instrumentos que se toman como referencia, los cuales varios son vinculantes, y del valor de los objetivos de política que se plantean (sobre el valor jurídico de las declaraciones véase Sepúlveda, César, 2009, p. 134, y Corcuera, Santiago, 2015, p. 110).

En el párrafo primero de la Declaración en comentario se le asigna “al derecho al trabajo tal como se encuentra estipulado en los instrumentos de derechos humanos un lugar central en la agenda hemisférica, reconociendo así el rol esencial de la creación de trabajo decente para alcanzar estos objetivos.”

Para ello se toma como base la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), así como la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana en el compromiso con la promoción, el fortalecimiento y la defensa de la democracia.

Lelia Jiménez Bartlett

279. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En el ejercicio de sus funciones, los dos órganos del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como la Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE), han desarrollado importantes estándares sobre el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el art. 13 de la Convención Americana. Le dieron amplio contenido a través de una generosa interpretación del derecho de buscar, recibir y difundir información de toda índole (incluso ofensiva o perturbadora), difundida en cualquier soporte (oral, escrito, visual, artístico), incluyendo la protección del derecho de acceso a la información en poder del Estado (CoIDH, caso Claude Reyes y principio 4 de la Declaración de Principios) y el derecho a la verdad (ver CoIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)).

Desde 1985 se desarrollaron características fundamentales de esta libertad, destacándose el rol de pilar democrático, su carácter de derecho individual y colectivo (buscar y recibir información), el deber de los Estados de brindar una protección simultánea a sus inescindibles dimensiones individual y social y el carácter instrumental para el ejercicio del periodismo (CoIDH OC-5). Se crearon estándares internacionales, entre los que se debe resaltar: 1) la prohibición cuasiabsoluta de actos de control previos; 2) el carácter taxativo de las limitaciones permitidas en el art. 13 (derecho no absoluto sujeto únicamente a responsabilidades ulteriores establecidas expresamente en la Convención, que cumplan requisitos de legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática), y 3) la interpretación restrictiva de las limitaciones permitidas por la propia Convención y el deber de usar medidas menos lesivas a la libertad de expresión. Asimismo, la Corte desarrolló el concepto de derecho de rectificación o respuesta consagrado en el art. 14 de la Convención (CoIDH OC-14).

En 2000, la CIDH, en respaldo a la RELE, adoptó 13 principios en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (DPLE), impulsando la jurisprudencia desde 2001, al llevar ante el tribunal casos y asuntos relativos a: a) censura previa; b) responsabilidades ulteriores: penales y civiles; c) restricciones indirectas, y d) necesidad de protección preventiva de este derecho.

a) Actos censura previa, prohibidos por el art. 13 y por el principio 5 de DPLE: el sistema interamericano se diferencia de otros mecanismos universales y regionales, en que se rige por el principio de prohibición cuasiabsoluta de todo acto de control previo contra cualquier tipo de expresión, difundida por cualquier medio, proveniente de cualquier órgano del Estado (Legislativo, Ejecutivo o Judicial). Afirma que las expresiones únicamente pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores, señalando como sola excepción a este principio el supuesto establecido en el art. 13.4 de la CADH, el cual permite

regular el acceso a espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

La Corte resolvió casos de censura clásica, reafirmando que cualesquiera actos de control previos son *per se* incompatibles con la Convención Americana. El Estado no puede justificar ni defender los elementos legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad frente a actos de censura (ver CoIDH “*La última tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos y otros*, censura cinematográfica y caso *Palamara Iribarne*; CIDH. Informes Alejandra Matus; Francisco Martorell, censura en la publicación de libros). Parte de la doctrina (Eric Barendt) critica este principio, porque otorga un derecho absoluto a publicar por primera vez cualquier expresión, por ser dogmático y por no tomar en cuenta el carácter del discurso ni su posible impacto grave en otros derechos, en casos en que parecería lógico e incluso conveniente permitir al Estado detener, por orden judicial, al menos temporalmente, la difusión de información (ej. seguridad nacional y difusión de documentos confidenciales o secretos).

b) Responsabilidades ulteriores permitidas por el art. 13.2 y los principios 11 y 12: los órganos del sistema se han pronunciado sobre la imposición de medidas penales y civiles como responsabilidad ulterior para contrarrestar el supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Respecto al uso de figuras penales, miran con particular cuidado los casos en que los Estados usan sus distintas tipificaciones para proteger el derecho al honor de las personas, del Estado o de instituciones (difamación, calumnia, injurias o desacato) por la difusión de expresiones de interés público. Desarrolló el concepto de mayor tolerancia a la crítica por parte de las instituciones del Estado, funcionarios o personas públicas y de especial protección de las expresiones de interés público (casos *Herrera Ulloa*, *Ricardo Canese*, *Palamara Iribarne*, *Kimel*, *Usón Ramírez*, *Fontevicchia* y *D’Amico* y principio 11, DPLE). La Corte Interamericana, al igual que su par Europea, no considera el uso del derecho penal para proteger el honor —ni siquiera por funcionarios públicos— *per se* incompatible con la Convención. Sin embargo, en varias ocasiones la Corte determinó que su uso fue desproporcional en una sociedad democrática, al considerar el derecho penal el medio más severo que tiene el Estado entre otras alternativas posibles y la ambigüedad de las redacciones de los tipos penales analizados. Estas decisiones tuvieron el efecto de lograr una despenalización parcial de ciertas conductas cuando estaban comprometidas informaciones de interés público o personas públicas al ser una reparación ordenada por la Corte (ver CoIDH casos *Palamara Iribarne*; *Kimel*; y *Usón Ramírez*). En otros casos no se ordenó un cambio legislativo, pese a la declaración de violación a la libertad de expresión por el uso de figuras penales similares (ver casos *Herrera Ulloa*; *Ricardo Canese*, y *Santander Tristán Donoso*). Por su parte, la CIDH y la RELE tienen una postura más contundente en torno a la necesidad de despenalizar estas figuras, acercándose tímidamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, comenzando desde 1995 con la recomendación de erradicar el desacato, hasta requerir a los Estados en 2008 que deroguen todos los delitos contra el honor, basada en el inevitable efecto inhibitorio que tiene la penalización de cualquier tipo de expresión. La RELE afirma que solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica (CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato

y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1995 e Informe Anual de la RELE 2008). En cuanto a responsabilidades civiles, en 2011 la Corte por primera vez se pronuncia sobre la gravedad que pueden revestir, frente a la legítima protección del derecho a la vida privada —incluso de personas públicas— requiriendo una ponderación de la conducta desplegada por el emisor, las características del daño causado y otros datos que demuestren la necesidad de recurrir a la vía civil, encontrándolas desproporcionadas en el caso particular (CoIDH, caso Fontevicchia y D’Amico).

c) Restricciones indirectas descritas en el art. 13.3 y en los principios 12 y 13: pueden tener graves efectos en la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, y presentan dificultades ante los órganos del sistema para acreditarse porque muchas veces las graves acciones de los Estados que representan “abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información” se dirigen directamente a personas jurídicas o medios de comunicación (ver casos Ríos y Perozo) o tienen fines inicialmente legítimos, como la lucha contra los monopolios mediáticos. Las restricciones indirectas son aquellas que parecen dirigidas a otros objetivos legítimos, diferentes a restringir la libertad de expresión. La Corte determinó como restricciones indirectas: dejar sin efecto la nacionalidad del director de un canal de televisión buscando indirectamente coartar su libertad de expresión y el derecho a recibir información de la sociedad (caso Ivcher Bronstain); las limitaciones aplicadas a una persona para salir del país y el despido de una institución pública (caso Ricardo Canese); las investigaciones administrativas, la suspensión de autorización para hacer publicaciones en determinado diario (caso Palamara Iribarne). No consideró que se presentaron suficientes evidencias respecto de restricciones indirectas; por ejemplo, en casos de alegados uso reiterados de oficios por el ente de control de telecomunicaciones, presencia militar en las antenas de transmisión, uso abusivo de cadenas nacionales por parte del gobierno, y la abstención del aparato estatal de prevenir que controles de personas ajenas al Estado impidan la comunicación y circulación de ideas (casos Ríos y Perozo). Actualmente se encuentra pendiente un importante caso en el que deberá atender alegatos sobre restricciones indirectas por uso abusivo de las facultades de concesión y revocación de licencias a medios de comunicación (ver demanda CIDH, caso Marcel Garnier y otros).

Por otro lado, sin calificación tan clara sobre el tipo de restricción (censura, responsabilidad ulterior o restricciones indirectas) la Corte encontró violación únicamente a la parte descriptiva del art. 13.1 en algunos casos, declarando, por ejemplo, como discriminatoria la prohibición de hablar en lengua indígena a una persona privada de libertad, afectando la dignidad personal (caso López Álvarez y principio 2, DPLE); como atentatorias al Estado de derecho a la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas (ver. CoIDH, caso Manuel Cepeda Vargas y principio 9, DPLE), actos de agresión y hostigamiento contra un periodista durante la cobertura de noticias (caso Vélez Restrepo), desarrollando la conexión entre restricciones ilegítimas de facto y el ejercicio de la libertad de expresión, entre otros (ver casos Uzcátegui y otros; Vélez Restrepo y Perozo y otros). En ocasiones, a pesar de encontrar violación a la integridad personal de los periodistas (art. 5, CADH, casos Ríos y Perozo), solo encontró violación al art. 13.1 de la CADH por el contenido

DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ SOBRE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS

de discursos de funcionarios de alta investidura y su reiteración, que implicaron omisión del Estado en su deber de prevenir hechos de violencia contra periodistas (ver también caso Cepeda Vargas). Técnicamente algunos hechos de estos casos podrían encajar en alguna de las categorías de restricciones descritas en la Convención.

d) Protección preventiva: la Corte emitió medidas provisionales para evitar daño irreparable a la libertad de expresión en contadas ocasiones, entre las que se destacan la orden de abstenerse de publicar una sentencia condenatoria impuesta a un periodista por delitos contra el honor y dejar sin efectos su inscripción en el registro de delincuentes, al afectar su credibilidad, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo (Asunto Herrera Ulloa) y la protección a trabajadores que acudían a un medio de comunicación, ordenando la adopción de protección perimetral en la sede (Asuntos Ríos y Perozo). La CIDH, por su parte, cuenta con numerosas medidas cautelares para proteger vida e integridad física de comunicadores sociales y defensores de derechos humanos, así como evitar, entre otros, la aplicación de sanciones penales, la destrucción de boletas electorales y el cierre de medios de comunicación, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Temas pendientes. La Corte Interamericana todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre, entre otros, los poderes estatales en torno a la distribución de publicidad oficial y el uso de fondos públicos en campañas electorales, la regulación de internet y el verdadero alcance o elementos que surgen de los incisos 13.4 (regulación acceso a espectáculos públicos) y 13.5 (discurso de guerra e incitación a la violencia). Para ver los desarrollos en la materia se debe recurrir importantes principios e informes, elaborados por la RELE.

Alejandra Gonza

280. DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ SOBRE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS

En el marco de la conmemoración del décimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, delegados de Costa Rica, Belice, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, México, Estados Unidos y Canadá se reunieron en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994. Fue un encuentro organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en el cual participaron también personeros de la Organización Internacional para las Migraciones, la Organización de los Estados Americanos, el Banco Mundial y la Cruz Roja, entre otras instancias internacionales.

Como resultado final se emite la Declaración de San José, la cual retoma postulados generales referidos a las necesidades de protección de las personas refugiadas, desplazadas internas y solicitantes del reconocimiento de la condición de persona refugiada.

Este instrumento se erige sobre la consideración de la importancia de mantener un enfoque regional de cara a la crisis de desplazamiento forzado de personas. En particular, reitera la importancia de que los Estados de acogida refuercen la seguridad de las personas con necesidades de protección internacional, para lo cual resulta fundamental el acceso oportuno al procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada y a la documentación respectiva. Asimismo, se enfatiza la importancia de identificar

alternativas a los centros de detención, en aras de garantizar el derecho a la libertad de circulación de las personas refugiadas.

La Declaración reconoce la relevancia de abordar las causas del desplazamiento a efecto de buscar soluciones para el éxodo de personas.

Respecto de la determinación de la condición de persona refugiada se reconoce el valor de la Declaración de Cartagena, al permitir brindar protección internacional a personas cuyas situaciones escapan a las causales previstas en la Convención de 1951. Asimismo, se resalta la importancia de continuar trabajando hacia una armonización de los regímenes legales de protección de los Estados de la región.

En virtud de ser el resultado de un análisis de la situación de la región para ese momento, también se destacan los retos de protección de otras personas desplazadas, en particular las desplazadas internas y el desarraigo de los pueblos originarios. También se hace hincapié en un enfoque diferencial para el abordaje de los retos de protección de las personas que requieran protección internacional.

Yaruma Vásquez Carrillo

281. DECLARACIÓN DE TLATELOLCO SOBRE ACCIONES PRÁCTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

La Declaración de Tlatelolco fue adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, en la Ciudad de México, el 10 y 11 de mayo de 1999, como parte de las iniciativas tendientes a buscar una respuesta regional a la situación y retos derivados de las crecientes necesidades de protección de las personas refugiadas y solicitantes de dicha condición, las personas desplazadas internas y las personas apátridas.

Esta Declaración representa “un avance jurídico en la protección de los refugiados, partiendo de principios universales y de las obligaciones adquiridas por los Estados de América Latina y el Caribe, que se derivan de los instrumentos internacionales de protección de la persona humana, complementados de acuerdo con la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los documentos de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), de 1989, titulados “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina” y su Declaración y Plan de Acción, así como la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, de 1994. Asimismo, reconoce el valor que ha tenido en la región la construcción de parámetros normativos y estándares de protección a partir de varios instrumentos que se enmarcan dentro del *soft law* del derecho internacional de las personas refugiadas, por ejemplo, la Declaración de Cartagena.

Este instrumento reconoce las causas que provocan el desplazamiento forzado como uno de los retos de la región, entre las cuales retoma las situaciones objetivas contempladas por la Declaración de Cartagena, y subraya las que denomina causas profundas, referidas a la pobreza extrema, falta de oportunidades económicas, desastres naturales, entre otros.

Respecto de la repatriación, se destacan estándares mínimos para su procedencia y la importancia de la responsabilidad compartida.

También de relevancia se erige el reconocimiento de una obligación de los Estados en cuanto a responder de manera responsable frente al reto que representa la xenofobia y la estigmatización de las personas refugiadas.

A nivel técnico se revive una discusión de larga data en la región respecto a la confusión entre los términos “asilo” y “refugio”, ya que en algunos instrumentos —tanto internos como internacionales— se habían utilizado de manera indistinta, siendo que existen diferencias fundamentales entre ambas nociones. Para efectos se expone que existe una relación género-especie, ya que se entiende que la institución del asilo se encuentra referida a “la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección”. Esta confusión histórica deriva de la diferenciación entre la institución del refugio y el asilo diplomático o territorial competencia de los Estados como actos discrecionales. La OEA mantenía también un interés en el derecho internacional de las personas refugiadas y en la diferenciación de ambas figuras, por lo que, en 1965, se encomendó al Comité Jurídico Interamericano preparar un borrador de Convención Regional sobre Refugiados, documento que fuera presentado un año más tarde sin que lograse prosperar su tramitación.

Yaruma Vásquez Carrillo

282. DECLARACIÓN INTERPRETATIVA

Concepto. De acuerdo con la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63^o periodo de sesiones (A/CN.4/L.779, de 2011), una declaración interpretativa es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.

Diferencia entre declaración interpretativa y reserva. A pesar del aparente silencio de las convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el fenómeno de las declaraciones interpretativas, los Estados siempre han considerado que la manifestación de su consentimiento en obligarse por un tratado multilateral podía ir acompañada de declaraciones en virtud de las cuales señalan el espíritu con que convienen obligarse, sin tratar, sin embargo, de modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado (ni del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos) y que, por tanto, no son reservas sino declaraciones interpretativas. A menudo resulta difícil distinguir estas declaraciones unilaterales tanto de las reservas como de otros tipos de declaraciones unilaterales hechas respecto de un tratado, pero que no son reservas ni declaraciones interpretativas y de las que se dan ejemplos en la sección 1.5 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional. Cabe referir que esta distinción tiene gran importancia práctica, puesto que de ella depende el régimen jurídico aplicable a cada una de esas declaraciones.

Durante mucho tiempo, las reservas y las declaraciones interpretativas no se distinguieron con claridad ni en la práctica de los Estados ni en la doctrina. En lo que concierne a esta última, la opinión dominante asimilaba simplemente las unas y las otras, y los tratadistas que hacían la distinción se mos-

traban, en general, incómodos con ella. La incertidumbre terminológica, por otra parte, se pone de manifiesto en la definición misma de las reservas puesto que, según lo establecido por las convenciones de Viena de 1969 y 1986, una reserva es “una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación [...]”. Esta “precisión negativa” excluye todo nominalismo y obliga a interesarse en el contenido mismo de las declaraciones y en el efecto que pretenden producir; sin embargo, y en ello radica la contrapartida negativa, esta decisión de hacer primar al fondo sobre la forma hace correr el riesgo, en el mejor de los casos, de que se aliente a los Estados a que no presten atención al nombre que atribuyen a sus declaraciones y a que se creen así confusiones o incertidumbres enojosas; en el peor de los casos, ello permitirá que los Estados manipulen las denominaciones para suscitar incertidumbre en cuanto a la naturaleza real de sus intenciones. Los Estados, al calificar de “declaraciones” a instrumentos que a todas luces constituyen reservas indiscutibles y auténticas, esperan distraer la vigilancia de los demás Estados parte, sin dejar por ello de alcanzar los mismos objetivos; o, a la inversa, para dar más peso a declaraciones que claramente están desprovistas de efectos jurídicos sobre las disposiciones del tratado, las denominan “reservas”, en tanto que no lo son de acuerdo con la definición de contenida en las convenciones de Viena de 1969 y 1986.

De igual forma, instrumentos que tienen el mismo objeto pueden ser calificados como “reservas” por algunos Estados, como “interpretaciones” por otros, e incluso no ser calificados en absoluto por algunos más. En ciertos casos, un Estado utilizará varias expresiones que hacen difícil determinar si corresponden a la formulación de reservas o de declaraciones interpretativas y si tienen distinto alcance o significado. Por lo demás, las mismas palabras pueden, a juicio mismo del Estado que las ha empleado, referirse a realidades jurídicas diversas. Puede ocurrir también que, ante un instrumento titulado “declaración”, los otros Estados y organizaciones contratantes en el tratado se dividan y lo traten como tal o como una “reserva” o que, por el contrario, las objeciones a una “reserva” la califiquen de “declaración”; y, para colmo de la confusión terminológica, sucede incluso que algunos Estados hacen declaraciones interpretativas remitiéndose expresamente a las disposiciones de una Convención relativas a las reservas.

Imprecisiones terminológicas. La confusión se agrava debido a que, si bien en francés no se encuentran prácticamente más denominaciones que las de *réserves* y *déclarations*, la terminología inglesa es más diversa porque algunos Estados de habla inglesa, en particular Estados Unidos, utilizan no solamente *reservation* e *interpretative declaration*, sino también *statement*, *understanding*, *proviso*, *interpretation*, *explanation*, entre otras. Estas distintas denominaciones, aunque no corresponden a distinciones rigurosas, tienen el mérito de mostrar que todas las declaraciones unilaterales formuladas con respecto a un tratado o con ocasión del mismo no son necesariamente reservas o declaraciones interpretativas. Las directrices 1.5 a 1.5.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63º periodo de sesiones, describen algunas de estas otras declaraciones unilaterales que, a juicio de la Comisión, no constituyen ni reservas ni declaraciones interpretativas. Entre dichos supuestos encontramos, por ejemplo, las denominadas declaraciones “extensivas” que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales; las declaraciones unilaterales que tienen

por objeto agregar nuevos elementos al tratado; las declaraciones relativas a la aplicación territorial de un tratado, y las declaraciones de política general, entre otras.

César Villegas Delgado

283. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los gobiernos y las leyes no siempre han reconocido los derechos de las personas, pues su reconocimiento y consagración ha pasado por diversos momentos históricos. Una de las etapas más relevantes en esa evolución fue su incorporación en los documentos solemnes que, en el siglo XVIII, serían el punto de partida de las constituciones actuales, es decir, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 1776, y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 (Lynn Hunt, 2009).

El siglo XVIII fue crucial en Europa, puesto que empezaron a derrumbarse las creencias supersticiosas y fanáticas que desde la Edad Media habían sido reiteradas. Esa centuria es conocida como la Ilustración. Una de las ideas que en esa etapa fue demolida es la de que los gobernantes lo son por designio divino. Nadie gobierna porque así lo quiera Dios. La única justificación de un gobierno radica en sus tareas al servicio de los gobernados, de acuerdo con los términos establecidos por las leyes. Precisamente, en esto consiste el cambio de mentalidad que introdujo la Ilustración respecto de los vínculos entre autoridades y ciudadanos. A partir de entonces terminó para los gobernantes la coartada del designio divino para justificar todos sus actos, que en adelante solo podían legitimarse si se apegaban a la ley, si resultaban benéficos para los gobernados y si los dictaba la razón.

Las normas jurídicas surgidas de los movimientos revolucionarios del siglo XVIII instauraron sistemas democráticos y reconocieron, por vez primera en la Europa de ese siglo, a los derechos humanos; no obstante, el funesto resultado de la Segunda Guerra Mundial supuso un duro golpe para el modelo de sociedad propuesto por la Ilustración y provocó la creación de instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

En la posguerra, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto y suscribieron la Carta de las Naciones Unidas. Los líderes del mundo decidieron complementar dicha Carta con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento. Así, para evitar que la mala experiencia se repitiera, surgió en 1945 la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual buscó prevenir las atrocidades de las guerras mediante una adecuada distribución técnica de la fuerza económica, política y militar; su finalidad fue la de lograr la configuración de un nuevo sistema internacional del derecho.

El primer acuerdo entre Estados se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 271 A (III). Este consenso internacional concretó que la idea de protección de los derechos humanos tiene como eje rector el principio de la dignidad de la persona, al reconocer en el artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia,

deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Por ello, la DUDH constituye la piedra angular sobre la cual se cimienta el derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque la Declaración carece del carácter vinculante de un tratado, esta adquirió aceptación universal. Muchos países la han citado e incluido sus principios en sus leyes básicas o constituciones e, incluso, es el punto de partida para la suscripción de muchos pactos, convenios y tratados de derechos humanos concertados a partir de 1948.

La DUDH no solo describe los derechos que protegerán los Estados reunidos en torno a las Naciones Unidas, sino que también recoge su respuesta a la exigencia ética de evitar una conflagración global, esto es, nunca más otra guerra mundial. Entre los derechos humanos que enumera, destacan los siguientes: igualdad, no discriminación, a la vida, prohibición de la esclavitud y la tortura, juicio justo, presunción de inocencia, a la intimidad, a la nacionalidad, a la familia, libertad de pensamiento y de expresión, seguridad social y a la educación.

La ONU unió sus esfuerzos para la elaboración de pactos que estuvieran dotados de organismos de protección eficaces frente a las situaciones de violaciones de derechos humanos; por ello, en 1966 nacen el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así fue como inició una etapa caracterizada por la consagración normativa de un enorme catálogo de derechos humanos en el ámbito internacional. A esta etapa de adopción de compromisos en materia de derechos humanos se sumó la preocupación y esfuerzos internacionales por la efectiva aplicación y el pleno disfrute de los derechos básicos, es decir, la creación de procedimientos y mecanismos específicos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en la materia.

En este sentido, con el fin de promover los derechos humanos dentro de sus respectivos territorios, se elaboraron y suscribieron tratados por bloques regionales de países. Estos tratados crearon obligaciones adicionales para la defensa y promoción de los derechos humanos y, al respecto, se configuraron tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos: el europeo, el africano y el interamericano.

Daniel Álvarez Toledo

284. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (ORIGEN)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), como documento sincrónico, inserto en el tiempo, es el punto de llegada de una tradición que inició varios siglos atrás y de la cual podemos rescatar momentos o documentos significativos que, como faros, han iluminado el camino que lleva hacia ella. Entre esos documentos resaltan los que enseguida se refieren.

Primer documento: la Carta Magna. Pergamino creado en la Inglaterra medieval, en 1215, en la época del rey Juan, quien, entre diversas decisiones desacertadas —que lo llevarían a ser considerado uno de los peores reyes de toda la historia— estaba imponiendo altos aranceles para poder pagar sus guerras en el extranjero, so pena de expropiar propiedades o enfrentar el encarcelamiento.

A esto, los varones, los nobles, respondieron tomando Londres y forzando al rey Juan a reunirse en Runnymede en junio de 1215, donde se generó la Carta Magna; sin embargo, posteriormente el rey pediría permiso al papa para declarar la invalidez del documento, lo que sumió a Inglaterra en un periodo de Guerra Civil hasta su muerte por disentería en 1216. Seguidamente, el rey Enrique III, tras tomar el trono, proclamaría la validez de la Carta Magna en diversas ocasiones (1217, 1225 y 1297, esta última que llevó a la confirmación de las cartas, como veremos).

Aunque casi prácticamente todas sus cláusulas han dejado de tener aplicación concreta, una ha logrado sobrevivir al paso del tiempo (la número 39) y resulta un pilar indispensable para la defensa de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos: “Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”.

Se trata de un documento histórico y, en tal caso, dependiente de las circunstancias sociales que imperaban. En tal sentido, si bien lo entendemos como un antecedente de la existencia de la Declaración, su significación esencial es lo trascendente. Es un documento que defiende concretamente la libertad —aunque se trate de la libertad de los varones u “hombres libres”—, pero que lleva el mensaje de la defensa de la libertad frente a la arbitrariedad en sí misma, una libertad que se impone inclusive a los líderes, al Estado y a sus agentes.

La denominación “Carta Magna” no se dio en su texto original sino hasta su proclamación en 1217 y se calificó de “Magna” en contraposición a la que podríamos denominar su hermana menor, la “Carta del Bosque”, que se produjo en 1217 por Enrique III. Es preciso referir que esta última tiene también el espíritu de defender las libertades, y que si bien la Carta Magna lo hacía en relación con los *varones*, esta hacía lo propio con los *comunes* y su defensa frente a la aristocracia, en relación con el aprovechamiento de ciertos bienes del bosque necesarios para su supervivencia, cuestión que aborda una dimensión diferente de los derechos humanos y la forma en que la DUDH verá su desarrollo.

Segundo documento: la Declaración de Derechos de Inglaterra. Con la tendencia en toda Europa, durante los siglos XVII y XVIII, de vivir dentro de monarquías absolutas, el Rey Jacobo II tomó la decisión de abolir el Parlamento inglés y gobernar por sí mismo. Ante esto, se establecería el *Bill of Rights* en 1689, acorde con la problemática planteada por la sucesión, en especial el tema de la religión que debía profesar el monarca —cuestión en la que finalmente se decidió por la anglicana— pero aún más acorde con la determinación de la posición del Parlamento, básicamente el traslado hacia él como el depositario de la soberanía. Se establecieron en ese documento diversas provisiones, pero una de las más importantes es que ninguna decisión podría ser tomada sin su consentimiento, sin excepción alguna. Junto a ella encontramos igualmente los derechos a jurado, a la posesión de armas, a elecciones libres y libertad de expresión en el Parlamento. Podemos observar la línea evolutiva que parte de la Declaración de Derechos, el control del poder público sometido al dictado de la ley —vía las decisiones parlamentarias— e igualmente el reforzamiento de derechos que resguardan a las personas tanto en su función pública como en su desempeño civil.

DECLARACIÓN Y PLAN DE ACCIÓN DE MÉXICO PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN...

Tercer documento: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de julio de 1776. Entendida igualmente como una Revolución, marca la separación de una sociedad cuya principal preocupación era el desempeño del poder público con el consentimiento de las personas; por ello es trascendente la frase “no taxation without representation”, que significa no avalar decisiones autoritarias sino únicamente las consentidas democráticamente. Esa es la clave de lectura de sus grandes aportaciones al constitucionalismo, la división de poderes, el sistema federal y el control de constitucionalidad por parte del poder judicial, todo esto en vista de la supremacía de su Constitución, que es la norma que resume el control del poder público por parte de la sociedad y el respeto de sus libertades.

Cuarto documento: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Suscrita en Francia en agosto de 1789, tiene el gran valor de contener una traducción del Antiguo Régimen al naciente Estado moderno y reconfigurar a la sociedad de su dimensión corporativa a una de igualdad-identitaria-subjetiva. El espíritu que anima a la Declaración y su causa histórica, la Revolución francesa, aunque es la lucha por la libertad, es una con una dirección particular: a diferencia de la Independencia estadounidense, la Revolución se posiciona en el individuo, hace énfasis en la libertad de las personas, mientras que la lucha por derrocar al Antiguo Régimen es la de terminar con las diferencias estatales —nobleza, clero, Tercer Estado— y crear solo una clase social, aquella representada en la Asamblea Nacional. Por eso, dos momentos paradigmáticos del movimiento revolucionario son, por un lado, el Juramento del Juego de Pelota (en junio de 1789) cuando el Tercer Estado se separa de los otros dos para representar a la Nación y, por el otro, la Declaración misma, que confirma esta nueva visión de igualdad que dará origen al ciudadano como célula del depósito de la soberanía nacional. El énfasis en el individuo y la libertad es la única manera en la que se puede leer el artículo primero de la Declaración: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común.”

Victor Manuel Collí Ek

285. DECLARACIÓN Y PLAN DE ACCIÓN DE MÉXICO PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA

A inicios del nuevo milenio destacaba en la región latinoamericana una creciente preocupación por los retos de protección que prevalecían en la región andina, particularmente en Colombia. La situación descrita como una crisis humanitaria estaba generando el desplazamiento forzado de personas en resguardo de sus derechos fundamentales tanto a lo interno del país como hacia otros Estados. Este instrumento se refiere a tres escenarios en los que pueden encontrarse las personas con necesidades de protección internacional, a saber, las personas refugiadas, las personas desplazadas internas y las personas apátridas. El enfoque parte de los grandes ámbitos: la protección internacional en sí misma y las soluciones duraderas.

Así, en aras de continuar construyendo espacios de protección, en el marco del 20° aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Consejo Noruego para los Refugiados con la colaboración de los gobiernos de Brasil, Costa Rica y México realizaron un proceso ampliado de consultas tanto con instancias gubernamentales como con organismos internacionales y organizaciones de sociedad civil de la región, a efecto de analizar los retos de protección de la región. Tuvieron lugar cuatro reuniones subregionales (San José, Costa Rica, 12 y 13 de agosto; Brasilia, Brasil, 26 y 27 de agosto; Cartagena de Indias, Colombia, 16 y 17 de septiembre, y Bogotá, Colombia, 7 y 8 de octubre). Posteriormente, las conclusiones y recomendaciones resultantes del proceso consultivo y las reuniones subregionales tuvieron como producto final la Declaración y el Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, suscrito en la Ciudad de México en noviembre de 2004, el cual fue adoptado por consenso de 20 países latinoamericanos.

Este instrumento, al recordar la tradición de la región de favorecer la creación de espacios de protección, recoge los más relevantes estándares en la materia, a saber: reconocimiento del derecho a buscar y recibir protección internacional como un derecho humano consagrado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 (art. XXVII), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969 (art. 22.7), el carácter *ius cogens* del derecho a la no devolución, el principio de unidad familiar y la responsabilidad de los Estados en cuanto a garantizar esquemas de asistencia y protección, de manera que las personas no se vean obligadas a huir hacia un tercer país, buscando la creación de respuestas que permitan la integración efectiva de las personas refugiadas. Se recuerda la importancia de la voluntariedad y estándares suficientes de protección respecto de la repatriación, así como la importancia de responsabilidad compartida frente al fenómeno del desplazamiento forzado, integrando no solo a otros Estados, dentro y fuera de la región, sino al apoyo de organizaciones internacionales.

El Plan de Acción de México reconoce y enfatiza el valor de la Declaración de Cartagena y la importancia de continuar con el proceso de incorporación del concepto ampliado en la normativa interna de los Estados; sin embargo, también reconoce la necesidad de aclarar y precisar los criterios de interpretación del concepto ampliado.

Se insiste no solo en el compromiso de los Estados respecto del derecho a la igualdad y la no discriminación, sino que se reconoce que la persecución que afecta el ejercicio pleno de derechos humanos de las personas y sobre cuya base se pretenda la protección internacional puede relacionarse con el género y la edad de las personas, así como la importancia de mantener un enfoque diferenciado en el diseño e implementación de respuestas de protección.

Este instrumento reconoce la invisibilización de las necesidades de protección internacional como reto para la efectiva protección, subrayando que a muchas personas que en efecto requieran protección podría favorecer el anonimato, lo cual puede incluso llevar a la no formalización de una solicitud de protección internacional ante las autoridades nacionales competentes.

De cara a los retos identificados por los Estados, se reitera en este instrumento la importancia de trabajar en torno a la preparación especializada del funcionariado público en relación con derecho internacional de las personas refugiadas y los instrumentos jurídicos vigentes.

El Plan de Acción, además, retoma un capítulo completo sobre la importancia que reviste la búsqueda de soluciones duraderas efectivas en la atención de las crisis de desplazamientos humanos (cap. III), proponiendo tres programas concretos sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad compartida.

El Programa de Ciudades Solidarias plantea el trabajo constante para la integración socioeconómica de las personas refugiadas en los contextos urbanos, considerando los retos internos de cada Estado en cuanto a su realidad económica. Al respecto se hace notar la importancia que reviste la entrega expedita de documentos de identificación y el reconocimiento de los certificados y diplomas.

El programa de Fronteras Solidarias plantea la importancia de garantizar el acceso al territorio ante la invisibilización de la magnitud real de las necesidades de protección de la población desplazada. En este sentido, los Estados instan a tener en cuenta la importancia de trabajar con las comunidades de acogida en las zonas fronterizas a efecto de poder dar una respuesta de protección a pesar de la presión adicional que se establece sobre los programas públicos ante la afluencia no planificada de personas.

El programa de Reasentamiento Solidario posiciona al reasentamiento como una solución duradera viable en la región, para lo cual los Estados podrán concretar alianzas estratégicas con otros Estados, contando con el apoyo y colaboración de instancias internacionales.

Estos programas, postulados y principios fueron profundizados y actualizados en la Declaración y Plan de Acción de Brasil “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, aprobada en Brasilia el 3 de diciembre de 2014, y la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2016.

Yaruma Vásquez Carrillo

286. DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

En sentido amplio, la declaratoria general de inconstitucionalidad es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona. En el derecho constitucional comparado se observa una tendencia al acogimiento de este tipo de declaratorias. Los tribunales constitucionales de los países europeos se caracterizan por realizar un control de constitucionalidad de las normas con efectos generales. Las sentencias de la Suprema Corte estadounidense conllevan una protección similar, pues aunque sus sentencias no contienen una declaratoria con efectos generales, la ley declarada inconstitucional no puede volver a aplicarse en atención al principio de *stare decisis*. En Latinoamérica, las cortes constitucionales de Guatemala y Colombia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador son algunas de las facultadas para declarar la inconstitucionalidad de las normas con efectos generales.

En el caso de México, la declaratoria de inconstitucionalidad de normas con efectos generales se previó expresamente a partir de las reformas de 1994

al art. 105 constitucional, estableciéndose que procede en acción de inconstitucionalidad y en controversia constitucional; en este último caso solo respecto de disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los estados o cuando la controversia se haya suscitado entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente; entre dos poderes de un mismo estado, o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal. Tanto en las controversias constitucionales como en las acciones de inconstitucionalidad la declaratoria de invalidez requiere de una mayoría de cuando menos ocho votos y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal.

En sentido estricto, la declaratoria general de inconstitucionalidad es la facultad prevista en la fracción II del art. 107 constitucional, a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto, con excepción de las normas generales en materia tributaria. Este mecanismo constituye un hito en la evolución del juicio de amparo, el cual desde su nacimiento contempló una fórmula que constaba de dos elementos: la limitación de los efectos de la sentencia al caso particular y la prohibición expresa de dar efectos *erga omnes* a las sentencias de amparo, a lo que se denominó “principio de relatividad de las sentencias” y que fue la nota distintiva del amparo, a la cual se le atribuyó en parte su consolidación en el orden jurídico mexicano.

La reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011 modelizó este arraigado principio, dando lugar a la declaratoria general de inconstitucionalidad. El cambio fue impulsado por un sector importante de la doctrina que había advertido una serie de inconvenientes teóricos y prácticos que generaba. La formulación clásica del principio de relatividad de las sentencias vulneraba el principio de igualdad por permitir la existencia de normas inconstitucionales aplicables y obligatorias para algunos gobernados y para otros no, además de que la vigencia de normas generales inconstitucionales vulneraba la supremacía constitucional, afectaba la regularidad del orden jurídico mexicano y constituía un obstáculo para la consolidación de un Estado democrático en sentido sustancial.

En términos del art. 107, frac. II, constitucional, el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad se desarrolla en dos fases. En un primer momento, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva por segunda ocasión consecutiva sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, en amparo indirecto en revisión, debe informar de ello a la autoridad emisora. Posteriormente, en caso de que los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Corte debe notificar a la autoridad emisora a fin de que en un plazo de noventa días naturales se supere el problema de inconstitucionalidad; de lo contrario, la Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que sea aprobada por mayoría de ocho votos, fijando sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

La Ley de Amparo introduce algunas precisiones a ese procedimiento, al señalar que tratándose de normas emitidas por los poderes legislativos federal y locales, el plazo de noventa días se computará dentro de los días útiles de los

periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución local, según corresponda. Establece que los plenos de circuito, por mayoría de sus integrantes, pueden solicitar a la Suprema Corte que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general. Asimismo, se especifica que la declaratoria general de inconstitucionalidad no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen; será obligatoria; tendrá efectos generales, y establecerá sus alcances y sus condiciones, así como la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, los que no podrán ser retroactivos, salvo en materia penal, debiéndose remitir al *Diario Oficial de la Federación* y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el Acuerdo General 15/2013, en el que, entre otras cosas, se detalla el procedimiento a seguir cuando la jurisprudencia respectiva haya sido emitida por un tribunal colegiado de circuito, estableciéndose que ello deberá hacerse del conocimiento del pleno de circuito respectivo, el cual lo comunicará a la Corte para los efectos de la notificación a la autoridad emisora. Se precisa que de encontrarse pendiente de resolución una contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva, no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad hasta en tanto no se dicte el fallo correspondiente en la contradicción de tesis, lo que preferentemente se deberá realizar por el Pleno dentro del plazo constitucional de noventa días. Asimismo, se señala que si antes de transcurrir los noventa días respectivos entra en vigor una nueva norma general que modifique la norma declarada inconstitucional, el procedimiento de declaratoria general se deberá declarar sin materia. Finalmente, si el proyecto de declaratoria general no alcanza la votación calificada, se desestimarán el asunto y se ordenará su archivo.

Para la eficacia de la declaratoria general de inconstitucionalidad, la Ley de Amparo contempla un procedimiento sumario para el caso de que la norma general respectiva sea aplicada con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria. El procedimiento se lleva a cabo ante un juez de distrito, quien debe dar vista a las partes y dictar una resolución ordenando a la autoridad aplicadora que deje sin efectos el acto, o bien determinando que la norma no fue aplicada, resolución que puede impugnarse mediante el recurso de inconformidad. Si después de ello la autoridad aplica nuevamente la norma general declarada inconstitucional, el acto puede combatirse mediante el procedimiento de denuncia por repetición del acto reclamado.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

287. DECRETO

Del latín *decernere*, *decevi*, *decretum*, acuerdo o resolución. En términos generales, se ha entendido como toda resolución o disposición de un órgano del Estado sobre un asunto o negocio de su competencia, que crea situaciones jurídicas concretas relativas a determinado tiempo, lugar, instituciones o individuos, y que requiere cierta formalidad (publicidad) a efecto de que sea conocido por sus destinatarios (Aguilar y Cuevas, 1993, p. 838). Por su naturaleza, implica

el poder de decidir, mandar, fallar u ordenar, manifestándose esencialmente en: actos de autoridad ejecutiva como expresión general o particular de la actividad administrativa; actos judiciales como la determinación de un juez o tribunal en uso de sus facultades jurisdiccionales; actos de autoridad legislativa, en tanto resolución formal que carece de los contenidos o calidades propias de una ley (general, abstracta e impersonal) o, incluso, en actos de autoridad militar como una orden vigente en la estructura jerárquica castrense, impuesta a un inferior para su efectivo cumplimiento (Ochoa Campos, 1973, p. 181).

Históricamente, el origen del decreto en México se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, que en su artículo 171 establecía la prerrogativa del rey para expedir aquellos que creía conducentes para la ejecución de las leyes; posteriormente, la Constitución de 1824 estableció la facultad para presentar proyectos de ley o decreto de los diputados y senadores ante sus respectivas cámaras (art. 41), del presidente ante la de diputados y de las legislaturas de los estados ante cualquiera de las dos cámaras (art. 52); precisó además su concepto y procedimiento de formación (título III, sección sexta), otorgando diversas atribuciones al presidente (art. 110), como las de publicar, circular y hacer guardar las leyes y decretos del Congreso general, así como dar reglamentos, decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, acta constitutiva y leyes generales.

La Constitución de 1836 reservó al poder ejecutivo, a los diputados, a la Suprema Corte de Justicia en lo relativo a la administración de su ramo y a las juntas departamentales, la facultad de iniciativa en lo relativo a impuestos, educación pública, industria, comercio, administración municipal y variaciones constitucionales (art. 26 de la Tercera Ley); asimismo, otorgó el carácter de ley o decreto a toda resolución emanada del Congreso general, correspondiendo el primer nombre a las que versaran sobre materias de interés común dentro de las atribuciones del poder legislativo, y el segundo a los que dentro de la misma órbita fueran solo relativos a determinado tiempo, lugar, corporaciones, establecimientos o personas (art. 43 de la Tercera Ley). Con respecto a la Constitución de 1857, el contenido de sus artículos 65 y 66 fue redactado casi en los mismos términos que el texto original del artículo 71 de la Constitución de 1917 (con la salvedad de que no se hacía mención de los senadores en virtud de que el Congreso era unicameral), por tanto, el mencionado artículo facultó al presidente de la República, a los diputados y senadores del Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados para iniciar leyes o decretos, gozando actualmente de la misma prerrogativa el Congreso de la Ciudad de México.

Por su parte, el artículo 70 de la Constitución mexicana vigente establece que toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto, mismos que se comunicarán al ejecutivo firmados por los presidentes de ambas cámaras y por un secretario de cada una de ellas. Asimismo, los artículos 89, fracción I, y 92 constitucionales establecen como atribución del presidente de la República expedir de manera exclusiva los decretos de promulgación y ejecución de leyes que expida el Congreso de la Unión, así como aquellos que contienen actos administrativos mediante los cuales se expresan todas las decisiones escritas del titular del poder ejecutivo (Casarín León, 2003, p. 99). Entre las facultades extraordinarias del presidente se contemplan: la emisión

de decretos de necesidad para restringir o suspender en todo el país o en lugares determinados los derechos y garantías que fueren obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación (art. 29); la expedición de aquellos que contienen disposiciones generales dictadas como cabeza del Consejo de Salubridad General (art. 73, frac. XVI); los que tienen como contenido aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, así como aquellos que restringen y prohíben las importaciones, exportaciones y tránsito de productos, cuando lo estime urgente (art. 131, párr. segundo).

Manlio Fabio Casarín León

288. DECRETO-LEY

Es una norma con rango jerárquico similar a la ley formal, expedida por el poder ejecutivo sin que medie autorización previa del órgano legislativo (congreso, parlamento o asamblea), generalmente fundada en un estado de necesidad o urgencia previsto en la Constitución. También se le denomina así al conjunto de disposiciones dictadas por un Gobierno *de facto*, como sucedería en un golpe de Estado o a raíz de un movimiento revolucionario.

Históricamente, el término decreto-ley fue acuñado en Francia con el surgimiento de la Gran Depresión (1929), alentado por las circunstancias económicas y condiciones de emergencia surgidas de la guerra que hicieron necesario dotar al presidente de la facultad para expedirlos, debiendo tener las características de una ley y estar autorizados o aprobados por el legislador. Más tarde, en ese mismo país la ley de 28 de febrero de 1934, en su artículo 36, facultó al presidente para expedir cualquier decreto necesario a fin de equilibrar el presupuesto público, ejercicio que evidentemente trastocaría la esfera legislativa propiciando que la Constitución de 1946 asignara a la Asamblea Nacional la facultad exclusiva e indelegable de aprobación de las leyes, con la finalidad de prohibir la práctica de esos instrumentos jurídicos. Sin embargo, la expedición de los decretos-ley se retomó a partir de la ley de 17 de agosto de 1948 y quedó plasmada formalmente en el artículo 38 de la Constitución de 1958, al estipularse que el Gobierno puede pedir autorización al Parlamento para expedir decretos que por lo general corresponden al dominio de la ley (González Oropeza, 1998, p. 238).

En el Estado moderno, esta figura constituye una excepción al principio de la división de poderes y su importancia radica en que, a través de sus disposiciones, el titular del poder ejecutivo puede enfrentar de manera rápida y efectiva situaciones que impliquen una extrema necesidad o grave riesgo para la sociedad. Este instrumento normativo cuenta con las siguientes características: *a)* posee rango de ley; *b)* es emitido por el poder ejecutivo en vía de excepción; *c)* se fundamenta en un estado de necesidad o urgencia; *d)* es temporal, y *e)* debe ser convalidado o ratificado por el poder legislativo.

En México, la facultad para expedir decretos-ley fue acotándose desde principios del siglo XX, de tal modo que en la actualidad el presidente de la República podrá expedirlos en los siguientes supuestos: 1) invasión o perturbación grave de la paz pública (art. 29); 2) salubridad general, en el caso de epidemias o enfermedades exóticas (art. 73, frac. XVI), y 3) en materia de comercio exterior (art. 131). En el primero de los casos, el texto fundamental exige la aprobación previa del Congreso de la Unión, y en los dos restantes el

órgano legislativo revisará con posterioridad el uso que haya hecho el ejecutivo de las referidas facultades, a efecto de convalidarlas o ratificarlas si fuere el caso. La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en su jurisprudencia que el ejercicio extraordinario de estas atribuciones no puede considerarse una transgresión a la división de poderes ni tampoco una delegación del poder legislativo al ejecutivo, sino más bien una cooperación o auxilio de un poder a otro.

En el derecho comparado, tenemos que la Constitución española reconoce expresamente esta figura en su artículo 86, cuando faculta al Gobierno para dictar disposiciones legislativas provisionales en caso de extraordinaria y urgente necesidad; el artículo 77 de la Constitución italiana permite la delegación legislativa previa en favor del ejecutivo, en situaciones similares a las previstas por la nación española (Fernández Ruiz, 1993, pp. 843-844); en el caso de Colombia, con carácter excepcional y transitorio, la Constitución le reconoce al presidente de la República atribuciones para expedir normas con fuerza material de ley, en los casos de facultades extraordinarias otorgada por el Congreso (art. 150-10), declaratoria de estados de excepción (arts. 212-215), y por cuanto hace al plan nacional de inversiones (art. 341); finalmente, los artículos 76 y 99 de la Constitución argentina facultan al ejecutivo para dictar excepcionalmente decretos por razones de necesidad y urgencia, señalando expresamente el procedimiento y las materias excluidas.

Manlio Fabio Casarín León

289. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

La noción de “defensa constitucional” es un concepto bastante amplio y omnicompreensivo, pero no por ello equívoco, dado que desde sus inicios esta expresión comprendió a lo que tempranamente se entendió como protección *jurídica* de la Constitución.

Ciertamente, desde una perspectiva histórica, la expresión “defensa constitucional” o “defensa de la Constitución” fue acuñada por vez primera en dos obras capitales del pensamiento constitucional contemporáneo: *Der Hüter der Verfassung* (“El protector de la Constitución”), de Carl Schmitt, publicada en Alemania en 1931 (y posteriormente traducida al castellano por Manuel Sánchez Sarto con el nombre *La defensa de la Constitución*) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, de Hans Kelsen (más tarde traducido bajo el título “¿Quién debe ser el protector de la Constitución?”, por Roberto J. Brie). En el contexto de esta polémica, el profesor Schmitt sostenía que el encargado de la defensa de la Constitución debía ser un órgano político, y más específicamente, el presidente del *Reich*, de conformidad con el art. 48º de la Constitución de Alemania de 1919. A ello respondió Kelsen, sin embargo, señalando que, dejando de lado los riesgos de la judicialización de la política (y viceversa), lo correcto era entregar el rol de defensor de la Constitución a un órgano *ad hoc*, especializado en la tarea de controlar los actos de poder potencialmente infractores del texto constitucional, y cuya decisión gozaba de efectos *erga omnes*.

En un sentido más estricto, el profesor Héctor Fix-Zamudio define a la “defensa de la Constitución” como aquella que está integrada por los instrumentos jurídicos y procesales establecidos para conservar la normativa constitucional, así como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las disposiciones constitucionales en un sen-

tido formal y real o material. O, en términos de Karl Loewenstein: pasar de una Constitución “nominal” a otra auténticamente “normativa”, en la que comunidad y Constitución se sitúan en una relación de “simbiosis”. Esta definición, sin embargo, admite una clasificación ulterior, a decir del citado profesor mexicano, que se desprende en dos categorías: la “protección de la Constitución” y las “garantías constitucionales”; la primera de las cuales alude a todos aquellos factores que figuran en la Constitución para limitar el poder y encauzar la acción de sus titulares, mientras que la segunda se refiere más bien a los medios típicamente procesales que tienen como finalidad la reparación del orden constitucional allí cuando este es vulnerado por los órganos de poder (Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*).

Sin embargo, en un sentido más amplio, Díaz Revorio nos recuerda que, atendiendo a lo que establecen las Constituciones occidentales modernas, es posible identificar dos sentidos de la expresión “defensa de la Constitución”: por un lado, en un sentido *formal*, como la defensa referida al conjunto de mecanismos y órganos de reacción del texto constitucional frente a su infracción (lo que incluye a la reforma constitucional, el órgano encargado de sancionar tal infracción, los recursos y garantías jurisdiccionales como el amparo, entre otros), siendo más propio hablar de “garantía de la Constitución”; y por el otro, en un sentido más *sustantivo*, como el conjunto de mecanismos destinados a salvaguardar los valores fundamentales de un sistema constitucional (lo que abarca desde la separación de poderes hasta los derechos fundamentales, pasando por el principio democrático). Dentro de este último concepto, se entiende que el objeto de protección no es la Constitución como norma jurídica, sino como sistema de valores, siendo sus instrumentos de defensa tanto jurídicos como políticos; por tanto, defensa constitucional será, como recuerda el citado autor, la técnica constitucional consistente en ilegalizar actividades que tienen por finalidad atacar el orden constitucional subyacente. Se busca, por este medio, que la Constitución no permita que sus *enemigos*, utilizando los medios que ella dispone, alteren el orden constitucional y pretendan destruir el sistema democrático (a ello se alude con el término “democracia militante”) (Díaz Revorio, Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*).

Dicho esto, hoy se puede afirmar que la noción de “defensa constitucional” se concreta o materializa a través de la *jurisdicción constitucional* (vale decir, a través de una defensa o protección *jurídica* de la Constitución”), entendida esta como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución, según la noción clásica a la que se arribó en Heidelberg (Alemania), en 1961, en el congreso auspiciado por el Max Planck Institute.

Gerardo Eto Cruz

290. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN (ENFOQUE JURÍDICO)

Los juristas europeos, a diferencia de los estadounidenses, durante el siglo XIX no llegaron a un consenso sobre si la Constitución debía ser defendida por mecanismos jurídicos ni sobre quién debía realizar esa labor. En este periodo primó en Europa la tesis que sostenía que la Constitución no necesitaba específicos instrumentos jurídicos para su defensa, sino más bien que todos los poderes del Estado, así como también los ciudadanos, estaban comprome-

tidos moralmente con esa labor. En Estados Unidos, por el contrario, se asumió desde fines del siglo XVIII y claramente con la sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, que la Constitución como primera norma jurídica del Estado debía ser defendida por los jueces de la república. De lo contrario, se estimó que la supremacía constitucional devenía en un mero *flatus vocis*.

Sin embargo, la situación en Europa fue cambiando a fines del siglo XIX. Los problemas para la unidad fundamental del Estado federal en algunos países europeos, como Alemania y Suiza, así como la irrupción de partidos de inspiración marxista a fines del siglo XIX y comienzos del XX, que pusieron en jaque la alternativa liberal-conservadora hasta ese momento reinante, llevaron a las democracias europeas a proponer mecanismos institucionales para defender el principio de supremacía constitucional. Las cuestiones centrales de la federación *versus* las normativas de los Estados federados, así como las reglas centrales del juego político diseñadas en la Constitución, debían ser defendidas por instrumentos jurídicos efectivos. Se comienza a hablar en ese periodo de rigidez constitucional y de defensa jurídica del principio de supremacía constitucional.

De esta manera, la discusión en Europa sobre la forma como se debía defender la Constitución terminó en 1920 en Austria, con la creación del Tribunal Constitucional. Ese tribunal se debe fundamentalmente a la obra de Hans Kelsen, quien participó activamente en la discusión y en la redacción de sus disposiciones. Similar tribunal fue creado en el mismo año en Checoslovaquia. Luego bajo la Segunda República española se creó en 1931 un Tribunal de Garantías Constitucionales, que era en lo sustancial un tribunal constitucional. Finalmente, después de la Segunda Guerra Mundial prácticamente todos los países europeos crearon tribunales constitucionales. Lo mismo se replicó después en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

Tenemos de este modo que en la actualidad la principal defensa jurídica de la Constitución está representada por la judicial. Esta se crea como un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los intereses de las minorías políticas representadas en el Parlamento. En este sentido, los dos modelos paradigmáticos de defensa jurídica de la Constitución son el estadounidense y el europeo continental, aunque desde luego entre ellos existen importantes diferencias.

La defensa jurídica judicial de la Constitución está encomendada en los Estados Unidos de Norteamérica a los jueces ordinarios; a todos ellos. Se habla así de un control difuso de constitucionalidad. En Europa, por el contrario, esa defensa se encomienda en régimen de exclusividad a un tribunal especial; al tribunal constitucional. Se habla en este caso de un control concentrado de constitucionalidad. La razón del porqué se atribuye esta función a estos jueces especiales está dada por la evidente influencia de Hans Kelsen. Kelsen proponía que un órgano especial verificara un juicio abstracto de normas donde quedara excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, para así evitar toda subjetividad que estaba tan presente en muchos de los jueces europeos de ese entonces. Por otra parte, ese órgano de control debía adoptar como parámetro exclusivo del enjuiciamiento a la Constitución concebida solo como regla procedimental y de organización, y nunca como fuente generadora de

problemas morales y sustantivos. El tribunal constitucional debía controlar la legitimidad de las leyes a modo de un operador jurídico lo más cercano a la razón y a la lógica.

Si bien el modelo de defensa jurídica de la Constitución hoy es de general difusión, esto no significa que su implantación sea pacífica: una cuestión esencialmente polémica es su carácter transformador del ordenamiento jurídico, respecto del cual se ha dicho que en muchas ocasiones los tribunales, cuando controlan la constitucionalidad de una ley, operan a la manera de un “legislador negativo”. En este sentido, en el marco del derecho europeo fueron especialmente importantes las críticas formuladas por Carl Schmitt, quien creía ver en la defensa de la Constitución derechamente una actividad política. Por otra parte, en la actualidad también se ha criticado el carácter antidemocrático de la jurisdicción constitucional, la que tienen la posibilidad de dejar sin efecto leyes aprobadas por la mayoría democráticamente legitimada en las asambleas legislativas. Frente a estas objeciones se ha dicho que la Constitución necesita ser defendida también de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria. La Constitución es por definición superior y estable frente a las mayorías democráticas circunstanciales.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy está bastante asentada la idea de que la defensa de la Constitución se puede llevar a cabo por cauces jurídicos y jurisdiccionales. Desde el momento en que la Constitución dejó de ser una carta de navegación política dirigida al legislador y al gobierno, pasando a ser concebida como norma jurídica y, más aun, como la primera norma de todo el ordenamiento jurídico. Ello ha venido a significar que todos los tribunales de justicia se vean en la obligación de aplicar la Constitución. Toda aplicación del derecho supone potencialmente una aplicación constitucional y, por lo tanto, toda actividad jurisdiccional también supone potencialmente un contenido constitucional, y ello es aplicable tanto al tribunal constitucional como a los tribunales ordinarios. Tenemos así que se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la de mera legalidad, y el juez ordinario es también juez constitucional en cuanto aplica la Constitución.

La evolución se ha dado también en el sentido de que en el control de constitucionalidad no solo se realiza una defensa de tipo procedimental, sino que también hay una defensa de los contenidos que se encuentran consagrados en la carta fundamental. De esta manera, para que la labor de los tribunales constitucionales (o de las cortes supremas en su caso) pueda ser entendida como actividad jurídica jurisdiccional, dichos órganos suelen estar organizados bajo los principios de independencia e imparcialidad y actuación conforme a los principios de *nemo iudex sine actore* y del proceso legal.

A diferencia del modelo difuso, en los sistemas concentrados aparecen como legitimados activos generalmente órganos públicos, aunque en la actualidad existe una importante tendencia a incorporar como actores del sistema a los jueces ordinarios, e incluso a los particulares, a través de la figura del control incidental de constitucionalidad. Sea quien sea el legitimado activo, lo importante es destacar la actuación rogada y no oficiosa del tribunal constitucional. A su vez, el proceso y el contradictorio desarrollado entre partes en términos de igualdad es esencial para ofrecer a los jueces argumentos que desde diversos puntos de vista abordan el conflicto constitucional. El contradictorio debe constituirse como vía idónea para proveer una defensa de la Constitu-

ción, ya sea que esa defensa sea de tipo objetiva o procedimental o bien subjetiva, centrada en la tutela a los derechos fundamentales de los individuos. Razones de respeto del debido proceso o epistémicas aconsejan articular un contradictorio entre partes para que el tribunal constitucional pueda fallar de mejor manera el conflicto constitucional.

Finalmente, suele exigírsele a las sentencias de los tribunales constitucionales que sean fundamentadas y públicas.

*Andrés Bordali Salamanca
Felipe Paredes Paredes*

291. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN (ENFOQUE POLÍTICO)

Uno de los debates clásicos de la teoría de la Constitución dice relación con la forma como esta debe ser garantizada. Esto ha dado lugar a una pluralidad de modelos, cuya sistematización más elemental obliga a distinguir entre mecanismos jurídicos y mecanismos políticos de defensa. Esta discusión ha sido planteada con pasión en los círculos académicos, pero también ha tenido importantes implicancias en el diseño institucional en diversos países.

Al respecto, es particularmente célebre la polémica Kelsen-Schmitt acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución, durante la época de entreguerras. En realidad, la cuestión no puede ser entendida sin hacer una breve referencia a que detrás de las posiciones defendidas por cada uno de estos autores, lo que hay es una concepción muy diferente acerca del significado de la voz “Constitución”. En este sentido, para el primero, la garantía de la Constitución se relaciona con su idea de concebir el ordenamiento jurídico como un sistema de normas ordenadas jerárquicamente, en cuya base se sitúa la norma constitucional, la que cumple el papel de servir de fuente de origen y validez de todo el ordenamiento jurídico. En estas condiciones, lo lógico sería encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, aunque la tesis de Kelsen era encomendar esta función a un tribunal especial, cuya actividad se remitiera únicamente a los aspectos de forma.

Por el contrario, para Schmitt no es correcto concebir a la Constitución como una norma (o un conjunto de normas), sino que esta más bien se identifica con una decisión política del pueblo, que adquiere conciencia de su existencia colectiva. De este modo, el concepto de Constitución de Schmitt se sitúa en las antípodas del anterior. Si en Kelsen la Constitución es básicamente forma, en Schmitt esta es esencialmente voluntad pura. Es por esto que para el autor alemán no tiene sentido encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, pues esta es una tarea eminentemente política de defensa de la unidad nacional, no habiendo nada imparcial en ella. En consecuencia con lo anterior, propone que es el presidente del *Reich* el órgano más adecuado para defender la Constitución y no un tribunal constitucional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el debate se consideró superado, toda vez que las Constituciones que se redactaron en aquella época se decantaron por el modelo de control jurisdiccional defendido por Kelsen, aunque con algunas modificaciones, dejando de lado las ideas de Schmitt, por considerarlas próximas al pensamiento autoritario. De esta manera, en el contexto de los países del *civil law* primó la idea del control jurídico de la Constitución, abandonándose la idea de que la Constitución podía ser tutelada por un ór-

gano de naturaleza política. Sin perjuicio de lo anterior, como una excepción que confirmaba la regla, se solía citar al constitucionalismo inglés, el que durante siglos había estado esencialmente informado por el principio de soberanía del parlamento, y que por lo tanto carecía de control jurisdiccional de la Constitución. En todo caso, las circunstancias presentes en el país insular eran muy diferentes del resto de Europa: una Constitución consuetudinaria y un sistema parlamentario que contaba con siglos de evolución hacían allí poco aplicables los insumos de un debate que se había generado en países de habla alemana y de profunda tradición jurídica romano-canónica.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la segunda mitad del siglo xx comienzan a surgir cada vez con más fuerza críticas hacia la jurisdicción constitucional, lo que hará refloatar posteriormente el debate acerca de la conveniencia de una defensa política de la Constitución. La cuestión, si bien fue planteada originalmente en EEUU, puede ser transportada a los países del *civil law* sin problemas. Hay que recordar que en EEUU el debate acerca de quién debía ser el guardián de la Constitución quedó saldado tempranamente con la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803. La primera formulación exitosa de estas críticas está en el libro de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, el cual se convirtió en la obra más citada del derecho constitucional estadounidense durante el siglo xx. En síntesis, la objeción trae causa en el acusado activismo de la Corte Suprema de dicho país durante dos periodos distintos: la *Lochner Era*, en la que los conservadores jueces anularon sistemáticamente la legislación social durante las dos primeras décadas del siglo xx, y la *Civil Rights Revolution*, donde, por el contrario, la progresista Corte Warren declaró inconstitucional una serie de leyes que permitían la segregación racial. En ambos casos, Bickel observó que en la actividad de control de constitucionalidad se producía generalmente una sustitución de la decisión del legislador, órgano que encarna la democracia representativa, por parte de un tribunal que no posee ningún tipo de legitimación popular.

Este debate volvió a resurgir con toda fuerza durante la década de 1990, justamente cuando en el Reino Unido se discutía la adopción de una declaración de derechos y la creación de un mecanismo de control jurídico de constitucionalidad. En este contexto, fue Jeremy Waldrom quien defendió con mayor fuerza la idea de mantener una defensa política de la Constitución, fundándose en que los derechos fundamentales están mejor protegidos en países que no permiten a los tribunales invalidar la legislación. La razón está dada porque muchos de los conceptos contenidos en las Constituciones tienen un evidente contenido moral, y debido a que en cuestiones de dicha naturaleza normalmente reina un profundo desacuerdo entre personas razonables, es mejor dejar la decisión de asuntos tales como aborto, eutanasia o acciones afirmativas, a las instituciones de la democracia representativa, que si bien no aseguran la corrección de la decisión (como tampoco lo hacen los tribunales), sí le reconocen al ciudadano la calidad de agente moral autónomo.

En síntesis, a pesar de que en la actualidad la defensa jurídica de la Constitución es la regla general, el debate no está cerrado, y no en vano importantes autores defienden que la defensa de la Constitución debe tener lugar en los parlamentos y no en los tribunales. Por otra parte, algunos países han optado por sistemas mixtos de defensa de la Constitución, o en palabras de Mark Tushnet, “formas débiles de revisión judicial”. Al respecto, los casos más co-

nocidos son Canadá y el mismo Reino Unido, que permiten a los órganos legislativos responder frente a una sentencia que anula o inaplica una ley. Así, por ejemplo, en el caso canadiense, de acuerdo con la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Parlamento puede expresamente aprobar una ley para revocar una interpretación de la Corte Suprema.

Andrés Bordalí Salamanca

Felipe Paredes Paredes

292. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL

Las Constituciones democráticas de nuestros días mantienen la necesidad de expresar el sistema de relaciones políticas, sociales, económicas y culturales que se desarrollan al interior de una sociedad determinada, pero se caracterizan esencialmente por su condición de normas jurídicas vinculantes y plenamente exigibles frente a todos los poderes públicos e, incluso, frente a los particulares.

La Constitución, como norma jurídica vinculante, se ha desarrollado a partir de la previsión de un conjunto de instrumentos dirigidos a tutelar la supremacía y fundamentalidad de sus prescripciones. Estos instrumentos, de conformidad con la doctrina más calificada, son de carácter jurídico y procesal, preventivo o reparador, y tienen como propósito limitar al poder y hacer que sus manifestaciones discurran por los cauces definidos por la propia norma constitucional, y frente a su vulneración o desconocimiento, activar los instrumentos procesales que permitan la reintegración del orden constitucional.

Los mecanismos de carácter reparador conforman lo que hoy se conoce como “protección de la Constitución”, mientras que los de carácter procesal conforman el apartado de “garantías constitucionales”.

En el ámbito de Estados que se caracterizan por su alto nivel de descentralización política es frecuente encontrar una dualidad de textos constitucionales, la Constitución que racionaliza la estructura federal del Estado, y aquellas que se erigen en fundamento de validez de los ordenamientos jurídicos de las entidades federativas, y que deben estar en concordancia con la primera. Ambas son Constituciones que se caracterizan por haber emanado históricamente de procesos constituyentes originarios, porque expresan un contenido típico —que consagra el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales, el reconocimiento del principio democrático de la soberanía popular, la división de poderes, la descentralización política, y la justicia constitucional—, porque se diferencian de las demás normas por el sentido de estabilidad que les confiere el principio de rigidez constitucional, y por su posición al interior del ordenamiento jurídico es de privilegio, dada su condición de norma suprema. En función de ello, es evidente que se ven necesitadas de mecanismos que permitan proteger su contenido y de instrumentos dirigidos a su tutela efectiva.

No existe mejor diseño para la protección de la Constitución que un articulado conjunto de instrumentos, agentes, instituciones y principios dirigidos a la racionalización del poder. Ese diseño se encuentra presente en las Constituciones estatales, porque su aparición y posterior evolución ha permanecido anclado en las premisas del constitucionalismo liberal, que tiene en la limitación del poder a unos de sus postulados esenciales. Precisamente

por ello, este tipo de Constituciones reconocen el principio de división de poderes en su dimensión externa —relaciones entre poderes del Estado—, e interna —vínculos entre la mayoría y la minoría, entre el gobierno y la oposición— como el principal instrumento para la moderación de las expresiones de la potestad estatal, y a los principios de supremacía y rigidez constitucionales como mecanismos de garantía normativa de sus postulados y herramienta de armonización de las exigencias de cambio y permanencia de su contenido.

Las Constituciones estatales fortalecen su legitimidad y consecuentemente su respeto a través de los ámbitos de participación que disponen en favor de los grupos sociales representativos de la sociedad, y del espacio institucional que garantizan a los partidos políticos. Entre mayor equilibrio existe entre los ámbitos de participación política directa de los ciudadanos y el espacio reservado a la representación político-partidista, y más amplias vertientes para la toma de las decisiones colectivamente vinculantes, más desconcentrado estará el poder. No obstante, esa delimitación no garantiza *per se* que no se presenten conflictos derivados del acceso al ejercicio del poder. Por el contrario, los conflictos electorales son un rasgo de la democracia pluralista de nuestros días, y el establecimiento de mecanismos de solución de los mismos constituye un elemento habitual para ofrecer conductos institucionales para la resolución de disputas políticas. En este aspecto, México ha avanzado sustancialmente al establecer un modelo plenamente judicial de resolución de conflictos electorales, caracterizado porque cada estado de la República cuenta con un tribunal electoral de naturaleza autónoma o bien incorporado al Poder Judicial en calidad de tribunal o de sala especializada en materia electoral.

Los medios de protección de las Constituciones abarcan también al conjunto de disposiciones sobre el régimen económico y financiero, que tienen como propósito hacer realidad los postulados de la justicia social.

Frente a estos contenidos esenciales para el respeto del orden constitucional y la prevención de su vulneración se han desarrollado mecanismos que actúan una vez producida alguna violación con objeto de resarcirla. Es así que sobre la estela de las garantías desarrolladas para la tutela del orden constitucional general o nacional se han implementado distintos instrumentos para la específica garantía de las Constituciones estatales.

En México, en particular, se han creado tribunales constitucionales *ad hoc* para la tutela de la Constitución estatal, o bien se ha confiado su garantía al órgano cúspide de la organización judicial o a una específica sala constitucional. Igualmente, se ha establecido un abigarrado conjunto de instrumentos procesales para la salvaguarda de los derechos humanos, la protección de la división de poderes en sus vertientes horizontal y vertical, la regularidad del ordenamiento jurídico, la omisión inconstitucional del legislador, el control previo de constitucionalidad, y la cuestión de inconstitucionalidad, todo ello en sistemas de control de constitucionalidad, que de manera reciente han evolucionado hacia sistemas de naturaleza mixta, que hacen convivir modalidades de control concentrado con un renovado control difuso de constitucionalidad producto de la reforma constitucional de junio de 2011 y de los recientes desarrollos jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal (véase voz “justicia constitucional local”).

César Astudillo

293. DEFENSA PÚBLICA

El derecho de acceso a la justicia se vuelve prácticamente irrealizable si las personas no pueden acudir a los tribunales asesorados por especialistas que hagan valer sus derechos. En diferentes países existen soluciones para esta problemática.

En diversas naciones, los despachos privados o las barras de abogados se comprometen a llevar algunos casos periódicamente en forma gratuita. En México y en la mayoría de los países latinoamericanos se ha optado por otro modelo, es decir, el modelo de la defensa pública.

La defensa pública en México tiene su antecedente constitucional más importante en el Procurador de Pobres, instituido en San Luis Potosí en 1847 a iniciativa del ilustre liberal Ponciano Arriaga. Su objetivo era atender la falta de garantías en que se veían las clases más desprotegidas del país, para acceder a la justicia.

Posteriormente, la defensoría fue regulada por la Ley de Defensoría de Oficio Federal, publicada el 9 de febrero de 1922, y por el Reglamento aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Desde entonces, el jefe y demás miembros del Cuerpo de Defensores formaban parte de la Suprema Corte, cuyos nombramientos y remoción también realizaba el Alto Tribunal.

En 1998 se publicó la Ley Federal de Defensoría Pública, que garantiza el derecho a la defensa en materia penal, el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en las materias administrativa, fiscal y civil. Mediante esa ley se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, dotado de independencia técnica y operativa.

Así, el servicio de defensoría pública se garantiza actualmente en México a través del Instituto Federal de Defensoría Pública (IFDP) y de las 32 defensorías locales. Estas instituciones cuentan con la posibilidad de representar gratuitamente a cualquier persona que así lo desee cuando resulta imputada por la comisión de un delito.

Sin embargo, las diversas leyes de defensa pública también prevén la posibilidad de que los abogados de estas instituciones actúen en otras materias cuando una persona carece de recursos económicos para pagar a un abogado o se encuentra en alguna condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, el artículo 4 de la Ley Federal de Defensoría Pública establece que los servicios de defensoría pública se prestan a través de *a)* defensores públicos en asuntos de orden penal federal y en el sistema de justicia penal integral para adolescentes, y *b)* asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal. Los asesores jurídicos federales atienden entonces materias como la administrativa, civil, fiscal, mercantil y, recientemente, la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de mayo de 2019 incorporó incluso la materia laboral.

Las diversas instituciones de defensoría pública intervienen de acuerdo con su competencia. Los imputados por delitos federales son atendidos por el IFDP en todas las instancias, mientras que los imputados por la comisión de un delito local son representados, incluso en el juicio de amparo, por las 32 defensorías locales según su competencia.

Adicionalmente, puede considerarse que la Defensoría de Oficio Militar también forma parte de los órganos estatales que garantizan una defensa gratuita a cargo de abogados que laboran para el Estado mexicano, pero en el

ámbito del fuero militar. Otras instituciones, como la Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas, e incluso procuradurías como la de Defensa del Trabajo, formarían parte de la defensa pública garantizada por el Estado mexicano en sentido amplio.

Para considerar que una institución pública cumple realmente con el mandato constitucional de “defensa adecuada”, es indispensable tomar en cuenta el concepto de “igualdad de armas”. En este sentido, podemos destacar varios aspectos institucionales que resulta necesario comparar entre el órgano acusador y la institución a cargo de la defensa pública. En primer lugar, es notable que la Fiscalía General de la República cuente con un mayor presupuesto y número de abogados que la defensa pública. Además, la hoy Fiscalía General y las fiscalías locales son consideradas órganos constitucionales autónomos, mientras que las defensorías locales muchas veces son solamente direcciones de área, en ocasiones organismos desconcentrados y otras pocas veces descentralizados. La defensoría pública federal, que es la que cuenta con mayores márgenes de autonomía, es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Pero en ningún caso se ha legislado para otorgar autonomía constitucional a la defensa pública. La única iniciativa al respecto se analiza actualmente en el Congreso de la Ciudad de México. En materia de salarios y el servicio civil de carrera también hay notorias carencias en la defensa pública. El mandato del último párrafo del artículo 17 constitucional, que establece que las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público, sigue sin cumplirse en la mayoría de las entidades federativas (aunque en el ámbito federal esta disposición sí ha sido atendida a cabalidad por el Consejo de la Judicatura Federal).

En el aspecto probatorio, es notable que durante décadas la defensa pública en México se realizara con poco o nulo acceso a servicios periciales. Desde el punto de vista del proceso, resulta inadecuado que una de las partes tenga la posibilidad de recabar y generar todo tipo de datos de prueba mientras que la otra parte carezca de esta posibilidad.

Al respecto, es relevante una de las definiciones constitucionales que ha tomado la SCJN. La defensa pública debe hacer valer el principio de contradicción previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta idea implica, por supuesto, que la defensa debe tener la misma oportunidad procesal de ofrecer pruebas y de exponer argumentos que su contraparte acusadora.

Para que sea posible un cumplimiento cabal de dicho principio, es fundamental que Fiscalía y defensa cumplan con el descubrimiento probatorio, es decir, que den a conocer —a su contraparte— las pruebas que ofrecerán durante la audiencia de juicio.

Así, nuestra Suprema Corte estableció jurisprudencia, mediante la resolución de la contradicción de tesis 149/2019, señalando que el acceso a la carpeta de investigación debe darse desde el momento en que el imputado sea citado para comparecer, o bien, sea sujeto de un acto de molestia y se le pretenda realizar entrevista. Se sostuvo también que los defensores pueden obtener una reproducción de la carpeta en copia o impresión fotográfica.

La Corte estableció que el artículo 219 del Código Nacional de Procedimientos Penales no constituye una regla restrictiva que signifique que el

imputado y su defensa únicamente tendrán derecho a consultar los registros de investigación cuando sean convocados a la audiencia inicial, pues el propio texto de la ley señala que ello debe realizarse con la oportunidad debida. Este acceso a la carpeta es esencial para posibilitar una defensa adecuada precisamente en relación con el principio de contradicción, pues de otra forma la defensa no podrá buscar datos de prueba adecuados ni preparar argumentos para combatir la teoría del caso de la Fiscalía.

Sin embargo, la determinación de la SCJN podría tener pocos efectos reales en el proceso si las diversas instancias de defensa pública carecen de acceso a servicios periciales. Como hemos dicho, un aspecto esencial del sistema acusatorio es el principio de contradicción. A pesar de ello, los órganos a cargo de la defensa pública no cuentan con áreas de ciencias forenses ni con servicios periciales, por lo que no tienen la misma oportunidad —en la práctica— de obtener datos de prueba.

El Instituto Federal de Defensoría Pública logró en 2019 contar por primera vez con un área de ciencias forenses integrada por peritos y metaperitos capaces de cuestionar y criticar los dictámenes ofrecidos por la Fiscalía. Participan también como asistentes técnicos de los defensores públicos federales. La propuesta más avanzada en la materia sería, no obstante, que los servicios periciales que actualmente dependen jerárquicamente de la Fiscalía (y de otras instituciones públicas) se integren en una institución imparcial y técnica a la que puedan acudir todas las partes dentro de un juicio.

Netzai Sandoval Ballesteros

294. DEFENSOR

Vocablo que proviene del latín *defendere*, que tiene la connotación de rechazar, proteger o resguardar, por lo que hace referencia a la persona que realiza esa acción a favor de sí mismo o de otro. La amplitud del significado se ve restringida, no obstante, según las circunstancias: así, en el derecho penal sustantivo se habla de la legítima defensa propia y a favor de tercero, según se despliegue la acción de proteger de la lesión a bienes jurídicos pertenecientes al mismo sujeto u otro de una agresión, ya sea para hacerla cesar o para evitar que se presente cuando es inminente.

Pero es en el campo de los procedimientos en donde el concepto adquiere amplia relevancia para denotar a la persona que actúa, alega o representa a otra que es sujeto o parte en un procedimiento.

García Ramírez (*Curso de derecho procesal penal*), hace una interesante referencia de la figura del defensor en Grecia, Roma y otros países, y cómo fue incorporándose en las legislaciones occidentales. Resulta interesante lo que señala Mommsen: “La defensa originaria fue, a no dudarlo, la autodefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo, como concurrente con la asistencia jurídica ajena, fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero, además de ella y al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el patronus, de una manera esencialmente idéntica como apareció en el procedimiento civil” (*Derecho penal romano*).

Como sea que fuere, es el campo de los procedimientos penales en el que la figura del defensor del acusado se ha convertido en una exigencia, y a nuestro juicio resulta un imperativo si se considera lo siguiente:

1) En la actualidad, el procedimiento penal asume formas que requieren que una persona letrada en leyes participe a favor del acusado; este, salvo casos de excepción, desconoce las formalidades propias de los actos que constituyen aquel, así como la trascendencia que tienen respecto de su persona.

2) En ocasiones corresponde al acusado probar o acreditar algo relacionado con los hechos que se ventilan en el proceso, debiendo existir alguien que lo asesore, guíe o asuma la tarea de hacer llegar a conocimiento del juzgador los elementos respectivos: *v. gr.* quien invoca haber lesionado como repulsa a una agresión sufrida.

3) El moderno procedimiento penal exige la figura del acusador, representado en la persona de un agente del ministerio público o de un fiscal, quien posee conocimientos técnico-jurídicos en la concreta rama general del derecho penal. La igualdad procesal que debe imperar en el procedimiento criminal exige, pues, que el acusado cuente con alguien que sea poseedor de la misma ciencia. Si no existiera esa paridad de conocimientos entre acusador y acusado-defensor, existiría un desequilibrio procesal, que necesariamente conduciría a resolución injusta en contra del acusado.

Estas cuestiones han obligado a que las Constituciones modernas, de una forma o de otra, exijan la presencia del defensor del acusado dentro de los procedimientos penales bajo una de dos opciones: la designación de un defensor particular o la designación de un defensor del Estado (defensor público o de oficio).

La Constitución Política mexicana respecto del imputado refiere en el art. 20, apartado B, frac. VIII, lo siguiente: “Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público”.

Entonces, el que representa al imputado puede ser un defensor particular o un defensor público, y si bien procesalmente tienen los mismos derechos y obligaciones en juicio, entre ambos existen algunas diferencias. En efecto, el abogado (licenciado en derecho) o defensor particular es de libre elección por parte del imputado, lo cual no quiere decir que el elegido necesariamente deba aceptar el cargo de defensor; por el contrario, el defensor público está obligado a asumir el patrocinio de quienes le correspondan. El defensor particular puede lícitamente renunciar —no abandonar— la defensa, pero defensor público no la puede renunciar, salvo excepcionales casos de impedimentos y excusas. Los servicios del defensor particular en cuanto a su costo están sujetos a lo que se haya acordado; el defensor público no tiene derecho a cobrarle cantidad alguna a su defendido; su remuneración corre a cargo del Estado.

Es relevante hacer un comentario acerca de la libertad de elección de defensor cuando este es el público. La libertad que tiene el imputado es elegir al defensor público frente al defensor particular, lo cual no quiere decir que pueda elegir dentro del universo de defensores públicos a uno en lo específico, porque los defensores públicos —*v. gr.* los federales— están adscritos a una concreta unidad del ministerio público de la federación, juzgado de distrito o tribunal unitario de circuito, con la finalidad de que asuman la defensa de los

casos que se presenten en cada una de las adscripciones, sin que ello implique que no existan casos de excepción.

La calidad profesional y ética del defensor particular o del defensor público es algo que ha llamado la atención de los estudiosos del tema. Sobre este tópico mucho se ha dicho acerca de la colegiación obligatoria para que el respectivo colegio sea el encargado de velar por el actuar profesional y ético del abogado. En México, respecto de los defensores particulares no existe una instancia específica que tenga atribución en el tema; sin embargo, en materia federal los defensores públicos están sujetos a requisitos de ingreso, de supervisión y de evaluación que, en su conjunto, implican una verdadera certificación de su capacidad, además de estar sujetos a la responsabilidades de índole administrativa que prevé la ley de la materia por faltas en su actuar.

Una reflexión es la referente a que día con día, por las condiciones económicas que privan en el país, más personas acuden a los servicios legales gratuitos, entre ellos los de índole penal. Así las cosas, el art. 17 constitucional, en el penúltimo párrafo, dispone: “La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores”.

Instrumentos internacionales de los que México es parte contemplan directa o indirectamente la defensa en materia penal. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, 3. b), y “Toda persona inculpada de delito tiene derecho... a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.2.d) y e)” , entre otros.

A propósito de “garantías necesarias para su defensa”, del principio de contradicción dentro del proceso penal y de la igualdad entre las partes, Ferrajoli (*Derecho y razón*) señala la defensa, esto es, el acusado y su defensor deberían contar con iguales recursos técnicos y materiales con los que cuenta el acusador.

La figura del defensor penal no debe ser confundida con servidores públicos, cuya misión es proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades de las autoridades públicas: el *Ombudsman* (Defensor del pueblo), porque este no representa en juicio penal a una persona en lo particular ni asume los deberes y derechos de un defensor.

María Teresa Pérez Cruz

295. DEFENSOR DEL PUEBLO

Entre las garantías institucionales extrajudiciales se encuentra el defensor del pueblo (DP), órgano cercano a los ciudadanos creado para tutelar los derechos de los particulares vulnerados por una mala gestión de las autoridades administrativas públicas, que ha sido definido como “un paladín de los derechos y libertades en la sociedad moderna” (Carballo Armas).

Esta institución tiene su origen en la Constitución sueca de 1809, aunque una figura de controlador de la administración pública, en ausencia del rey, se remonta a 1713, en el Reino Unido (el *Chancellor of Justice*).

Rápidamente se difundió en todos los países escandinavos, y en la mayoría de los casos fue incorporado a las constituciones (la finlandesa de 1919, la danesa de 1953). En estos países, el DP es una realidad enraizada en la práctica política y enmarcada en el contexto institucional; los ciudadanos confían en él, y los titulares del cargo gozan de prestigio y autoridad.

La experiencia escandinava, y en particular la sueca, ha contribuido a la creación de un modelo que, al final de la Segunda Guerra Mundial, ha circulado en los ordenamientos europeos y en muchos extraeuropeos, con ligeros matices en cuanto a sus competencias.

Algún estudioso contrapone a ese arquetipo un modelo anglofrancés, que se puede resumir en los casos del *Parliamentary Commissioner* británico (creado por la *Parliamentary Commissioner Act* de 1967, para investigar los casos de mala administración a instancia de parte, denunciados por los miembros del Parlamento) y del antiguo *Médiateur* (de la *République*) francés (nombrado por el Gobierno, sustituido tras la reforma constitucional de 2008 por el *Défenseur des droits*, nombrado por el presidente de la República con el consentimiento de las dos cámaras). No parece que las dos experiencias puedan concretar un modelo que se pueda contraponer al sueco, sino dos instituciones con finalidades similares al *ombudsman* sueco, organizadas de manera peculiar y con menores garantías de independencia.

Un factor determinante para la creación del DP fue la expansión de la actividad de la administración pública en la posguerra, debida a la asunción de nuevos servicios públicos típicos del Estado social. Así, se ampliaron los conflictos entre la administración y los administrados, y fue necesario establecer mecanismos de control ulteriores respecto a los clásicos para la protección de los administrados. Es por eso que esta institución se difundió tan rápidamente en todo el mundo; su “dimensión universal” está comprobada por la creación, en 1978, del *International Ombudsman Institute* (IOI), única organización global para la cooperación entre más de 150 instituciones de DP (mucho más activas son otras organizaciones “regionales”, como la Federación Iberoamericana de Ombudsman, que agrupa a los 18 DP de ámbito nacional existentes en la región y acoge en sus reuniones también los DP de las entidades territoriales).

Esta institución se ha consolidado en las democracias representativas modernas, extendiéndose también “hacia arriba” (a nivel comunitario) y “hacia abajo” (a nivel regional y local, también en ausencia de un DP estatal, como en Italia, Alemania, Canadá). En 1979, el Parlamento Europeo propuso la creación, en su seno, del Defensor del Pueblo Europeo (DPE); el Tratado de Maastricht lo institucionalizó en 1992 con la tarea de investigar e informar sobre los casos de mala administración en las instituciones y órganos de la

Unión Europea (con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia). Solo en 1995 el Parlamento Europeo nombró al primer DPE (con sede en Estrasburgo). Al DPE le incumbe dar forma al vago derecho a una buena administración enunciado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada en el Tratado de Lisboa.

En algunos Estados descentralizados, la figura del DP regional y local se suma a la habitual del DP nacional o estatal, e incluso del DPE, lo que puede ocasionar serios problemas de competencia, duplicidades administrativas y confusión en los ciudadanos: por ejemplo, en España, un ciudadano de Marbella puede acudir en defensa de sus derechos ante el Defensor del Ciudadano del Ayuntamiento de Marbella, ante el Defensor Ciudadano de la diputación provincial de Málaga (provincia a la que pertenece Marbella), ante el DP andaluz (dado que la provincia de Málaga pertenece a la comunidad autónoma de Andalucía), ante el DP español y ante el DPE. El éxito cosechado por los DP y la buena imagen de la que gozan ante la ciudadanía, o quizá tal vez el afán por reproducir las instituciones propias de un Estado, llevó en las décadas pasadas a la proliferación de defensores regionales y locales. Sin embargo, en la actualidad esta tendencia se ha invertido, como consecuencia de la política de disminución del gasto público (como en Italia, donde los defensores cívicos del ayuntamiento no trabajaron con éxito y fueron suprimidos en 2010).

Hoy, a la misma figura corresponden nombres diferentes con connotaciones semánticas que abarcan el concepto de tutela de los derechos y de mediación entre el ciudadano y la administración pública: *Ombudsman* (Suecia), *Difensore cívico* (Italia), *Volksanwaltschaft* (Austria), *Ombudsmans Parlementaires/Parlamentarischen Ombudspersonen/Difensore cívico parlamentare* (Suiza), *Provedor de Justiça* (Portugal), Defensor de los Habitantes (Costa Rica), Procurador de los Derechos Humanos (Guatemala, El Salvador y Nicaragua), Comisionado o Comisión de Derechos Humanos (Honduras y México).

A pesar del nombre, esta institución se distingue por las siguientes características comunes, dicho con el lenguaje del comparatista, por unos elementos determinantes que se encuentran en las leyes constitutivas, como son: la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y la falta de mandato imperativo; la tutela de los derechos alternativa a los remedios clásicos, y el impulso para mejorar las prácticas de la administración pública.

Con relación a la estructura, el DP puede ser un órgano unipersonal o colegiado (con los adjuntos); es nombrado por el Parlamento, del cual representa una *longa manus* en la tutela de los derechos de los administrados, y a quien debe dar cuenta de la actividad desplegada con un informe anual (la abundante documentación producida permite un análisis anual de la situación de los derechos en el país); los miembros tienen que cumplir con ciertos requisitos al momento de la elección (ejemplo para la ciudadanía; pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, a veces, conocimientos jurídicos, etc.) y durante el mandato (las leyes constitutivas prevén algunas causas de incompatibilidad con el cargo).

Referente a las competencias, el DP puede desempeñar funciones de supervisión-control (de la actividad de la administración pública, atendiendo tanto a parámetros legales como no legales) o de reparación, accediendo a los

documentos públicos y pidiendo la colaboración de las instituciones controladas (este procedimiento de mediación es lo que habitualmente se pide al DP).

El DP ofrece a los ciudadanos una vía rápida y poco formalizada para llevar a las instituciones sus quejas ante el mal funcionamiento de la administración pública (trámite de presentación de las quejas sencillo, gratuito y sin necesidad de asesoramiento jurídico).

La investigación del DP termina con una decisión jurídicamente no vinculante ni recurrible y con la comunicación al interesado del resultado de la misma, así como la respuesta obtenida de la administración, además de una serie de recomendaciones o propuestas de reformas normativas, de adopción de medidas concretas o de rectificación de los criterios empleados por la administración, según los casos analizados. Sus decisiones tienen valor persuasivo.

En algunos casos, el DP tiene legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad (normalmente, el objeto del recurso consiste en leyes importantes para garantizar los derechos de los ciudadanos), de amparo, *habeas corpus*, o *habeas data* ante el Tribunal Constitucional.

Esto ocurre en la mayor parte de los países latinoamericanos, y cuando no está previsto expresamente, una concepción generosa de la legitimación también permitiría hacerlo. Además, en Latinoamérica, muchos países han añadido competencias ulteriores respecto al prototipo europeo-español en el cual se inspiraron (se trata de la promoción de los derechos humanos y de la educación en derechos humanos, dos tareas que confirman la propensión de las actividades de los DP cada vez más hacia la garantía global de los derechos humanos).

La experiencia latinoamericana confirma la progresiva difusión de la institución del DP y la progresiva mutación de su rol: de controlador (de la legalidad) de la administración pública a tutor y promotor de los derechos (no solo de los consolidados derechos civiles y políticos, sino de nuevas situaciones subjetivas y de algunas categorías de sujetos desfavorecidos o tradicionalmente discriminados).

Giorgia Pavani

296. DEFENSOR INDÍGENA (LENGUA Y CULTURA)

Es quien representa en juicio o procedimiento los intereses y derechos individuales o colectivos de una persona o pueblo indígena, con la característica fundamental e imprescindible que debe conocer y comprender la lengua, cultura y demás especificidades del grupo social o persona que representa, con el propósito de que los actos de defensa se realicen a partir de la cosmovisión particular de la persona o comunidad indígena.

El defensor indígena concebido en el marco de una defensa adecuada no se agota en contar con un intérprete o traductor; implica garantizar que la persona indígena en todo momento del juicio o procedimiento se encuentre asistida de un defensor que le explique y asesore los alcances de los actos jurídicos en los que interviene. Según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito penal inicia desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible —fase de investigación— y culmina cuando finaliza el proceso, o en su caso, hasta la etapa de ejecución de la pena.

El derecho de contar con un defensor indígena se concibe como un derecho fundamental, que puede ser analizado como un prisma; primeramente como un derecho irrenunciable, que es condición y esencia de todo acto jurídico en un Estado constitucional y democrático de derecho; como una obligación del Estado a garantizar que en todo procedimiento judicial o administrativo las personas tengan una defensa adecuada —técnica— la cual debe ser efectiva, y como un derecho de las personas a poder designar a un defensor para que las asesore o defienda en juicio o procedimiento. Así, la falta de defensa equivale a un desequilibrio procesal, que deja a la persona sin tutela frente al ejercicio del poder. El derecho de defensa se relaciona con el tema de la legitimidad de las resoluciones, pues es condición para la validez de una resolución judicial o administrativa que a las partes se les reconozca y respete ese derecho. Desde la perspectiva de un juicio justo, el derecho de defensa se concibe como la obligación del Estado de proporcionar un letrado y el derecho de la persona a contar con un asesor técnico que se encargue de una defensa adecuada.

La existencia del defensor indígena tiene como propósito reducir la distancia cultural que opera *de facto* entre la persona o grupo indígena en relación con las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no consideran a determinadas minorías culturales.

Así, en todos los juicios o procedimientos en que una persona indígena sea parte de manera individual o colectiva, el operador jurídico está obligado a juzgar a partir de la cosmovisión indígena.

El ejercicio pleno del derecho de defensa, desde la perspectiva indígena, implica atender a las costumbres y características culturales de cada etnia o comunidad indígena (dependiendo de cada legislación estadual, podrán considerarse dictámenes para conocer la cultura, tradiciones y costumbres especiales de cada comunidad) siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el estándar del derecho internacional de los derechos humanos ni de los constitucionalmente reconocidos por cada Estado.

Para la comprensión del derecho de defensa en la perspectiva indígena, debe decirse que se considera como tal a aquella persona que se adscriba y autorreconozca como indígena —criterio de conciencia de identidad—; esto es, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de esas comunidades; la calidad indígena de una persona se acredita con su sola manifestación, de manera que el tema del lenguaje no es condición para considerar a una persona indígena, ya que se debe atender a su cosmovisión a partir de una diversidad cultural y de un criterio basado en diferencias no solo culturales o económicas, sino en relación con el acceso para ejercer sus derechos. Así, el derecho se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales.

Para la Organización de las Naciones Unidas, las poblaciones indígenas se llaman también “primeros pueblos”, “pueblos tribales, aborígenes y autóctonos”. El día nueve de agosto es considerado como el Día Internacional de los Pueblos Indígenas. Entre los instrumentos internacionales más relevantes se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políti-

cos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Diversidad Biológica. En el estándar internacional deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico nacional del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, se destaca que en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional e internacional, deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para solucionar las controversias entre sus integrantes.

En todo proceso judicial o administrativo es obligación de las autoridades pronunciarse en torno al reconocimiento de la calidad indígena de alguna de las partes que intervengan en el proceso; de igual forma, es obligación indagar respecto cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula la persona y que en todo caso hayan podido influir en el desarrollo de los hechos materia de litigio; además, deben considerarse las diferentes normas de fuente estatal aplicables, así como las específicas que pueden existir en la comunidad cultural de la persona, e incluso advertirse sus costumbres y tradiciones, para entender su cosmovisión. En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde la cosmovisión de la persona indígena, considerando sus costumbres, tradiciones, cultura y demás aspectos particulares; es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

En cuanto al derecho comparado, diversas Constituciones contienen pronunciamientos a derechos indígenas, entre las que destacan: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Venezuela, Rusia, Noruega, Finlandia, Sudáfrica (en su Constitución no se utiliza el concepto indígena, sino el de comunidades culturales, religiosas y lingüísticas).

*Graciela Rocío Santes Magaña
José Artemio Zúñiga Mendoza*

297. DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE QUERÉTARO

Su fundamento se encuentra en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en el artículo 33, apartado A, de la Constitución Política del Estado de Querétaro (CPEQ). De acuerdo con ambos ordenamientos, es un organismo de protección de los derechos humanos que conocerá de quejas en contra de acciones u omisiones de carácter administrativo cometidos por cualquier autoridad o servidor público.

La Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro, tal y como la define el referido artículo constitucional local, “es un organismo público, con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, mediante el que el Estado garantizará el respeto a los derechos humanos; promoverá su defensa y proveerá las condiciones necesarias para el

cabal ejercicio de los mismos” (texto refrendado por el art. 7 de la Ley de Derechos Humanos del Estado de Querétaro).

El 24 de diciembre de 1992, el Poder Legislativo del Estado de Querétaro aprobó la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, reglamentaria del artículo 9 de la CPEQ, mediante la que se crea la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Querétaro.

El 27 de septiembre del 2013 se publicó en *La Sombra de Arteaga* la ley por la que se adecua la Constitución local a la CPEUM en materia de derechos humanos. En ese mismo cuerpo normativo se reformó el artículo 33 apartado A, de la CPEQ y se modificó la denominación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos por la de Defensoría de los Derechos Humanos, “otorgando con ello, una facultad más amplia desde el mismo nombre, pues se promoverán, respetarán y defenderán, además de proteger y garantizar, los derechos humanos en la Entidad” (*La Sombra de Arteaga*, t. CXLVI, núm. 47, 27 de septiembre de 2013, “Ley que modifica la denominación del capítulo único del título primero de la Constitución Política del Estado de Querétaro y reforma diversos artículos de la misma, en materia de derechos humanos”).

La Defensoría inició sus labores en enero de 1993 bajo la presidencia de Adolfo Ortega Zarazúa (1993-1997; 1997-2001); desde entonces, la han presidido: Bernardo Romero Vázquez (2001-2004); Pablo Enrique Vargas Gómez (2004-2007); Adolfo Ortega Osorio (2007-2012); Miguel Nava Alvarado (2012-2017), y Roxana de Jesús Ávalos Vázquez (2017-2022).

El sistema de protección de los derechos humanos comprende los mecanismos jurisdiccionales y los mecanismos no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos, la Defensoría de los Derechos Humanos entra en la segunda categoría y, por consiguiente, su naturaleza jurídica es la de un *ombudsman*, es decir, un organismo constitucional autónomo (art. 7), que no recibe instrucciones de nadie, cuyas resoluciones se basan en las pruebas, evidencias, indicios, datos y elementos de convicción que consten en los expedientes (art. 10).

Conoce de quejas por probables violaciones a los derechos humanos cometidas por autoridades y servidores públicos estatales y municipales, es decir, por “toda persona que desempeñe empleo, cargo o comisión en la administración pública estatal centralizada, descentralizada y desconcentrada, en los municipios, en los Poderes Legislativo y Judicial del Estado o en los organismos estatales dotados de autonomía constitucional” (art. 2, frac. XVII de la Ley de Derechos Humanos del Estado de Querétaro). Inclusive, podrá conocer de acciones u omisiones de carácter administrativo de autoridades judiciales, tal y como lo señala el artículo 4 de la ley que la rige. No obstante, tiene impedimento para conocer de actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, así como de resoluciones de carácter jurisdiccional.

Actúa a petición de parte y de oficio. En este último caso, se da inicio a la queja cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o violaciones de lesa humanidad (arts. 2, frac. XIX y 58 de la Ley de Derechos Humanos del Estado de Querétaro).

De acuerdo con el artículo 8 de la misma ley, sus procedimientos son “breves, sencillos y estarán sujetos solo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos”. En el procedimiento rigen los principios de inmediatez, concentración y rapidez, debiendo entenderse

por *inmediatez*, el contacto directo con los denunciantes y las autoridades; por *concentración*, la unificación o reunión en un mismo acto de diversas diligencias que permitan resolver la queja en el menor tiempo posible, y por *rapidez*, impedir velocidad en las actuaciones que permitan concluir la queja a la mayor brevedad posible. Todos sus servicios son gratuitos.

De conformidad con el artículo 88 de la ley que la rige, las quejas pueden concluir por: *a)* falta de competencia; *b)* no violación de derechos humanos; *c)* recomendación; *d)* acuerdo de responsabilidad; *e)* desistimiento del quejoso; *f)* falta de interés del quejoso; *g)* acumulación de expedientes; *h)* resolución vía conciliatoria o durante el trámite respectivo; *i)* no subsanar los requisitos faltantes cuando fue calificado como “asunto pendiente”, y *j)* acuerdo de no responsabilidad.

La Defensoría se integra por una Presidencia, un Consejo, una Visitaduría General, una Secretaría Ejecutiva y las demás unidades administrativas necesarias para su adecuado funcionamiento. La Presidencia tiene la representación institucional y su titular es nombrado por la Legislatura, por el voto de por lo menos dos terceras partes de sus integrantes.

El Consejo estará integrado por un presidente, que será el titular de la Defensoría; un secretario técnico, que será el titular de la Secretaría Ejecutiva, así como seis consejeros, ciudadanos mexicanos con experiencia en materia de derechos humanos y cuyo nombramiento es de carácter honorífico. Entre otras funciones, le corresponde establecer los lineamientos generales de actuación de la Defensoría y aprobar las normas de carácter interno relacionadas con esta; aprobar el informe anual de actividades de la Defensoría y formular propuestas para impulsar la cultura de derechos humanos en la entidad.

La Visitaduría General es la encargada de ejercer la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en el estado de Querétaro, mediante la tramitación de quejas, asesoría, orientación y gestión, la visita a centros penitenciarios, albergues, centros de rehabilitación, zonas de concentración indígena y recintos de detención, entre otros (art. 17, frac. IX). Por su parte, la Secretaría Ejecutiva tiene a su cargo la promoción y difusión de los derechos humanos en la entidad.

Roxana de Jesús Ávalos Vázquez

298. DEMOCRACIA

Antes de profundizar en la evolución y el significado de la voz democracia, debe resaltarse que la clave para entender este término reside en el hecho de que la democracia en la actualidad es un concepto en permanente evolución, cuya complejidad aumenta de manera sincronizada con la complejidad de las sociedades humanas.

En ese sentido, si bien en la antigua Grecia el concepto era relativamente sencillo y claro —como veremos— y su espíritu “esencial” actual aún proviene de esa época, el crecimiento y desarrollo explosivos de las sociedades humanas y de los sistemas políticos modificó el término original, según la sofisticación de la vida en sociedad.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que cualquier definición del término “democracia” en la actualidad necesariamente tiene que considerar una visión integral —algunos dirían “holística”— de la vida humana en sociedad en los últimos lustros, requiriéndose, por tanto, del apoyo de las perspectivas

de diversas disciplinas del conocimiento humano y ya no solo de las ciencias sociales tradicionales, sino incluso de las ciencias exactas, porque ya no basta con una definición de democracia que abarque los aspectos formales políticos, constitucionales y electorales, sino que debemos incorporar enfoques provenientes de la antropología política y jurídica, así como de las llamadas “corrientes críticas” de los estudios jurídicos y la sociología crítica que nos han revelado que el concepto tradicional de democracia y su aplicación formal y material no son suficientes para alcanzar la armonía, el bienestar y la felicidad en las comunidades humanas más diversas, que son, finalmente, los ideales que destacan cuando pensamos en la democracia.

En este sentido, es necesario incorporar a diversos grupos humanos aún vulnerables, a saber: las minorías raciales o religiosas, las personas con estilos de vida “no tradicionales” o en estado de extrema pobreza, bajo una conceptualización de vanguardia del significado de la democracia en “sentido amplio”, puesto que un análisis retrospectivo de la historia de la humanidad nos demuestra que las definiciones tradicionales de democracia —que la acotan al ámbito político, constitucional y electoral— no son suficientes para entender en su profundidad real este término.

Por otro lado, para poder aspirar a lograr un concepto integral de lo que es la democracia, necesariamente tenemos que referirnos al concepto de gobierno, porque en su forma más compleja, la democracia se ejerce tanto por los que detentan el poder desde las estructuras del mismo como para el pueblo gobernado.

Así, nuestro enfoque implicará la evolución de este concepto en tres etapas: a) la democracia antigua en su *definición clásica*; b) el *concepto moderno* intermedio de la democracia, y c) las características esenciales necesarias para que se configure un gobierno democrático bajo una *definición contemporánea*.

La *definición clásica* de la democracia tiene su origen en el griego antiguo y surge de la combinación de los vocablos *demos*, cuya mejor traducción es “pueblo” y *kratos*, que puede entenderse como “poder” y, en un contexto moderno, como gobierno. Esta noción clásica surge en el siglo v a. C. en Atenas. En esta primera noción clásica —ciertamente ya insuficiente para nuestros días, pero necesaria en un análisis de su evolución—, los gobiernos democráticos se definen con mayor claridad contrastándolos con otros seis tipos de gobiernos, a saber: la *teocracia* o el gobierno de Dios por vía de líderes religiosos; las *oligarquías*, que son el gobierno de los pocos; la *aristocracia*, el gobierno de los nobles; las *monarquías*, el gobierno ejercido por un solo gobernante —ya sea rey, reina o emperador—; la *plutocracia* (del griego *ploutos* “riqueza” y *kratos* “poder”), forma de gobierno en que el poder está en manos de los más ricos o muy influido por ellos, y la *dictadura*, que es una forma de gobierno por parte de un grupo de personas que han llegado al poder por la fuerza, con frecuencia obtenido por conflictos armados. El anterior ejercicio de contraste de la democracia, que en su esencia más pura es *el gobierno del pueblo por el pueblo para el pueblo*, brinda meridiana claridad de lo que significa la democracia en la actualidad comparándola con sistemas de gobierno antitéticas.

En sincronía con la Ilustración, durante el siglo XVIII, al incrementarse la sofisticación de las sociedades y del pensamiento en materia de análisis político y jurídico, toman forma algunos de los llamados elementos esenciales de toda democracia, como son la división de poderes, los derechos humanos y

garantías individuales, la separación de Iglesia y Estado y las libertades fundamentales.

Así, gradualmente se vuelve más complejo y difícil acuñar un concepto aceptable y general de democracia, al entrar en conflicto la noción de “democracia” —en la mayoría de los países democráticos que se consolidaron como *repúblicas* con un sistema representativo mediante el cual se eligen jefes del poder ejecutivo, diputados, senadores y otros funcionarios por medio de elecciones generales— en diversos países, sin duda también democráticos, pero que viven bajo *monarquías constitucionales*, como Reino Unido y España, en los que el rey o reina son jefes de Estado y además existe un jefe del Gobierno, que puede ser un presidente, un titular del poder ejecutivo o —en el marco de un sistema parlamentario como el de Reino Unido— un primer ministro. En estas monarquías constitucionales, la figura del monarca aporta casi siempre una dosis de “estabilidad” política al gobierno, aunque en apariencia una monarquía —debido a su origen paradigmáticamente elitista— sería incompatible con un gobierno plenamente democrático. Así, la fórmula encontrada por las monarquías constitucionales, que sin duda ha funcionado en la realidad política de los países en que existe, hace obsoleta la definición clásica simple y limitada de la democracia, que en sus alcances primigenios entra en conflicto con el diseño institucional de las monarquías constitucionales que, no obstante, también constituyen gobiernos democráticos.

En resumen, la creación y evolución de las monarquías constitucionales obligó a los diseñadores de las instituciones políticas a crear un concepto de democracia más moderno y ampliado para abarcar nuevas instituciones y fórmulas en el diseño institucional de los gobiernos, como respuesta al desarrollo de sociedades humanas cada vez más complejas.

En una segunda etapa, la definición moderna de democracia surge con la consolidación de los gobiernos en los que una Constitución establece: *a)* garantías individuales; *b)* derechos humanos —entre otros, los políticos, para participar en la formación de gobiernos por medio de elecciones generales, libres y periódicas—, y *c)* un sistema de justicia con cortes y tribunales independientes de los poderes políticos que son el ejecutivo y el legislativo. En tal sentido, este diseño institucional de gobiernos democráticos difiere de los totalitarios, como el nacionalsocialismo en la Alemania de Hitler, que giran en torno a una ideología oficial que se impone “totalmente” a la sociedad y que incluso implica una sustitución de las religiones establecidas, o de los regímenes autoritarios donde hay una simulación de democracia económica social y cultural, siempre y cuando ello no implique un reto a la hegemonía de la nomenclatura de los líderes que ejercen el poder, tal como sucedió en México en la época del Porfiriato o en las dictaduras militares de los años sesenta y setenta en Sudamérica.

Sin embargo, eventualmente, incluso la definición más moderna e intermedia de democracia fue insuficiente y obligó a ampliar el contenido institucional temático y conceptual para ofrecer una definición contemporánea actualizada de democracia, para lo cual es útil rescatar algunas de las ideas de un importante constitucionalista mexicano, Jorge Carpizo, quien se ocupó del tema en su análisis de la Constitución mexicana de 1917, al proponer el concepto de las decisiones jurídico-político fundamentales —basado, a su vez, en Carlos Schmitt— como una clasificación de temas o aspectos esenciales

que él acuñó como *principios jurídico-políticos fundamentales para una Constitución democrática*, sin los cuales no es posible catalogar a una ley fundamental como democrática y que son, entre otros: a) la existencia de un gobierno democrático, en el caso de México, una república; b) la existencia de un catálogo de derechos humanos y garantías individuales; c) la soberanía del pueblo; d) la división de poderes; e) un sistema representativo; f) garantías procesales constitucionales; g) justicia social; h) un Estado federal, e i) la supremacía del Estado sobre la Iglesia.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, este catálogo de principios propuesto por Jorge Carpizo en los años setenta puede enriquecerse con la adición, por ejemplo, de algunos estudios y desarrollos institucionales surgidos desde entonces y consolidados en la actualidad, por ejemplo, las ideas provenientes del movimiento llamado *critical legal studies* que surgió precisamente cuestionando la enseñanza, estudio y análisis del Derecho que centenariamente se había llevado a cabo en las escuelas de Derecho de Estado Unidos a partir del *case method*, para establecer, gracias a un puñado de pensadores creativos como Duncan Kennedy y Roberto Mangabeira Unger, que tanto el diseño institucional para la enseñanza y el estudio del Derecho como las instituciones democráticas por antonomasia en dicho país eran ya obscenamente insuficientes para generar una sociedad democrática auténtica.

Así, por ejemplo, Morton J. Horwitz, el historiador del derecho y de las instituciones jurídicas y políticas estadounidenses, en un libro seminal sobre la transformación del derecho en Estados Unidos, propuso que el diseño conceptual e institucional del derecho y las instituciones político-jurídicas en esa democracia occidental por antonomasia se creó deliberadamente para mantener congelado el *statu quo* de las estructuras del poder en dicho país en manos de élites y que, de hecho, su sistema constitucional en realidad era una forma codificada de reflejar los “prejuicios” del *establishment estadounidense* para mantener sometidos a grupos vulnerables o minoritarios —raciales, étnicos, sociales—, y que bajo la apariencia falsa de una democracia paradigmática impedían un sistema de justicia auténticamente neutral e imparcial, lo que se podía demostrar empíricamente había profundizado carencias económicas y sociales y ocasionado daños psicológicos colectivos a los grupos sociales marginados, por lo que, en este sentido, el progreso social y económico era imposible sin el desmantelamiento crítico del sistema político, jurídico y constitucional imperante.

Como resultado del anterior movimiento crítico —que tiene importantes repercusiones para el concepto de democracia— sobrevinieron una serie de transformaciones constitucionales y políticas que han buscado incorporar a sectores sociales previamente marginados en las sociedades humanas por virtud del reconocimiento de nuevas instituciones y derechos para dichos grupos sociales en materia de acceso a la justicia, estilos de vida no convencionales y participación política, todo lo cual ciertamente ha ampliado y profundizado el concepto de lo que es la democracia en el siglo XXI.

Por último, cabe mencionar que a los temas antes referidos y que sirven para construir, desde nuestro punto de vista, una definición actualizada del término democracia, habría que añadir también: a) el surgimiento de conceptos como el de “gobernanza” que implica, entre otras cosas, el ataque frontal y la erradicación de la corrupción, y b) la creación de órganos constitucionales

autónomos en las más diversas materias que en las últimas décadas han surgido en casi todos los regímenes democráticos en los ámbitos de transparencia y acceso a la información, de organización y administración electoral, de defensa de los derechos humanos y de regulación de la competencia económica como aspectos que hoy en día son también indispensables para acuñar una definición integral actualizada de democracia, que responda a las aspiraciones de la vida en sociedad en el siglo XXI.

Francisco José de Andrea Sánchez

299. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La democracia constitucional es un modelo de organización estatal que adquirió forma después de la Segunda Guerra Mundial y que fue cobrando fuerza como paradigma de organización política ideal —y, en algunos países, real— en Occidente. Este modelo de organización persigue dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos, sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales —de libertad (civiles), políticos y, sobre todo, sociales— de los individuos que integran la colectividad política. Desde un punto de vista de diseño institucional, para lograr ese objetivo el modelo reúne los siguientes elementos:

a) La existencia de una Constitución —preferentemente escrita—, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y político, y cuyo contenido está protegido mediante la garantía de la rigidez (que es un procedimiento agravado, diferente al que se requiere para modificar las leyes ordinarias, para poder reformar el contenido de la Constitución). Esto último tiene como finalidad ofrecer estabilidad a las normas constitucionales, lo cual es un elemento que contribuye a la seguridad jurídica. El documento constitucional puede incluir como parte de su contenido a normas provenientes de otros ordenamientos, como es el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dando lugar a lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”. Cuando ello sucede, la norma suprema del ordenamiento está compuesta por ese conjunto de elementos normativos;

b) El contenido básico de la Constitución (o del bloque constitucional) es, por un lado, el principio de la separación de poderes (en donde el Poder Legislativo juega un papel más relevante que el Ejecutivo, en cuanto creador de las normas colectivas y principal detentador de la representación política, y el Poder Judicial es el garante último del principio de imparcialidad) y, por el otro, los derechos fundamentales —sociales, de libertad (civiles) y políticos— de las personas (y sus garantías);

c) Esos derechos constituyen el núcleo sustantivo y el proyecto de justicia ideal que promueve y busca proteger el modelo. Mediante la garantía de los mismos se busca ofrecer a todas las personas un piso de igualdad material y de satisfacción de necesidades básicas (que van desde la alimentación hasta la educación, el trabajo y la vivienda), un amplio catálogo de derechos de libertad y la posibilidad de participar activa y autónomamente en la adopción de las decisiones fundamentales de su colectividad ejerciendo los derechos políticos. Este ideal de justicia tiene sentido práctico cuando las normas constitucionales se traducen, en los hechos, mediante la acción de los diferentes actores políticos y sociales, en políticas públicas que materializan los derechos;

d) Como una garantía del contenido constitucional (sobre todo de los derechos fundamentales), se contempla la existencia de jueces encargados de la delicada función de ejercer el “control de constitucionalidad de las leyes”. Es el caso de las cortes, tribunales o jueces constitucionales;

e) Ello supone el abandono del principio que caracterizaba al “estado legislativo de derecho”, que consistía en la soberanía del legislador. En la democracia constitucional, las mayorías políticas —por más amplias que estas sean— están sometidas a la Constitución, y sus decisiones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad. Por ello, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia no está exenta de tensiones: los derechos son precondiciones y condiciones para la democracia y, al mismo tiempo, constituyen limitaciones al poder democrático de los ciudadanos. Esto significa que en la democracia constitucional no existen poderes absolutos;

f) El elemento democrático del modelo reside en las instituciones y procedimientos “mínimos necesarios” para la existencia de esta forma de gobierno (voto libre y sin discriminaciones, competencia pluripartista, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas), y requiere, idealmente, de una ciudadanía informada, organizada y vigilante que no limita su participación política al momento electoral;

g) Además, el sistema democrático se articula sobre la base de principios normativos que muestran su dimensión axiológica: igualdad política, libertad positiva, pluralismo, tolerancia, laicidad, etcétera.

Como puede observarse, este modelo incorpora y presupone un nivel muy ambicioso de justicia. Por un lado, incluye los elementos (traducidos en un catálogo de derechos sociales) de un proyecto que, de llevarse a cabo, se traduce en una sociedad equitativa, en la que las necesidades básicas de las personas están satisfechas y, en esta medida, ofrece bases de igualdad de condiciones a todas las personas. Alimentación, vivienda, educación, salud, trabajo, etcétera, son derechos de las personas y, por lo tanto, en obligaciones a cargo del Estado (y también de entidades privadas). La agenda social no es una cuestión secundaria o potestativa, sino que se traduce en un vínculo irrenunciable que *debe* satisfacerse.

Pero esta agenda social —en el marco de este modelo— no puede estar desvinculada ni materializarse sin un amplio conjunto de libertades fundamentales. Desde la libertad de pensamiento hasta la libertad de asociación, pasando por las libertades de expresión, reunión, tránsito, etcétera, el modelo democrático constitucional incorpora dentro de su proyecto de sociedad justa a los ideales ilustrados de la agenda liberal clásica. La tesis sobre la que descansa el modelo supone que es posible satisfacer las necesidades sociales sin sacrificar las libertades de los individuos para lograrlo. De hecho, se asume que la garantía de los derechos sociales es una precondición para el verdadero ejercicio y disfrute de las libertades modernas. Igualdad y libertad comparecen como ideales que se refuerzan y realizan mutuamente y no, a pesar de las posibles tensiones entre ambos, como bienes irreconciliables e irrealizables conjuntamente.

Finalmente, el modelo incorpora a las instituciones de la democracia, y con ellas recupera y proyecta los mismos principios de la igualdad y la libertad en su dimensión política, y, de esta manera, hace suyo el ideal de la autonomía ciudadana como parte del proyecto de sociedad justa. “Cada persona

un voto”, “todos los votos valen igual”, “cada voto en libertad”, etcétera, son enunciados que expresan el ideal democrático de la autonomía política individual. En esta forma de organización, la democracia moderna, con sus principios e instituciones, también forma parte del ideal de justicia. La tesis de que cada persona debe tener el derecho/poder de participar activamente en la adopción de las decisiones colectivas que afectan su vida cotidiana se traduce en mecanismos institucionales concretos de participación política. En paralelo, por medio de la garantía de los derechos de reunión y asociación política se procura que las personas se organicen activamente para influir en otros ámbitos de decisión de la vida colectiva (sindicatos, empresas, universidades, organizaciones no gubernamentales, etcétera).

Los ideales recogidos en los derechos sociales de libertad y políticos se articulan sobre la base de un reconocimiento a la diversidad social y a la pluralidad política. Las diferencias —obviamente, no en el plano económico y, por lo tanto, no las desigualdades— se valoran de manera positiva, y también constituyen elementos del modelo de justicia social entendido en sentido amplio. De ahí deriva toda una agenda de convivencia social basada en las ideas de tolerancia y no discriminación, tolerancia que supone reconocer el derecho de los demás a pensar y vivir de manera diferente a la nuestra y no discriminación, que implica asumir que las personas valen lo mismo en cuanto tales y no por sus preferencias, creencias, características físicas, orientaciones sexuales, pertenencias étnicas, etcétera.

Pedro Salazar Ugarte

300. DEMOCRACIA INCLUYENTE

El binomio democracia-inclusión propone una democracia de nueva generación, que supone un proceso de inclusión social, particularmente de las personas que integran algún grupo en situación de discriminación, para que se inserten a las estructuras institucionales de la democracia, por ejemplo, las personas de origen indígena, afrodescendientes, personas con discapacidad, de la diversidad sexual, migrantes, mujeres, jóvenes y adultos mayores, mediante la universalización de los derechos políticos y, en general, de los derechos humanos.

De acuerdo con las diferentes acepciones de democracia, esta implica la participación de los miembros de una sociedad en la toma de decisiones, en condiciones de igualdad; mientras que la inclusión conlleva la incorporación de algo o alguien dentro de los límites, en este caso, del ejercicio democrático. Lo anterior significa que en una sociedad diversa, integrada por personas que tienen diferentes formas de ver y entender el mundo, debe existir la posibilidad de que quienes la integran puedan participar en la toma de decisiones, a través de mecanismos institucionales establecidos con esa finalidad.

Si bien el Estado mexicano ha ratificado una serie de instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en los que se compromete a respetar derechos y libertades, a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición social, adoptando las medidas legislativas —o de otro carácter— necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades, existe una desarticulación legis-

lativa entre los compromisos internacionales y la propia Constitución federal, con las constituciones locales y legislación secundaria, lo que restringe la posibilidad de personas en situación de discriminación para ser candidatas en las elecciones, ejercer cargos de elección popular y desempeñar cualquier función pública, anulando su participación política.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, específicamente al artículo 1, que establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales favoreciendo a las personas la protección más amplia, ha permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los tribunales electorales locales, así como el Instituto Nacional Electoral y los institutos electorales locales, desempeñen un papel fundamental en la determinación de criterios para garantizar los espacios en los cuerpos legislativos y en los ayuntamientos, favoreciendo este modelo de democracia.

No obstante, la democracia no solo implica la participación electoral, sino una convivencia social en donde se reconozca el derecho a la diferencia y el valor de las personas, con independencia de su sexo, origen étnico, creencias religiosas, etc., y donde los valores como la tolerancia y la no discriminación se institucionalicen de manera transversal en las políticas públicas, en la cultura y en la educación.

En una democracia incluyente, el Estado está obligado a tutelar no solo la igualdad formal de derechos y libertades, sino también la igualdad de trato y de oportunidades para hacer posible el acceso al ejercicio del sistema de derechos fundamentales.

María Pérez Cepeda

301. DEONTOLOGÍA JURÍDICA

La deontología, a partir de su origen etimológico, expresa el deber (*deon*, deber en griego), lo que debe ser hecho. La forma de comprender y aplicar las normas éticas puede ser de dos tipos: un tipo *teleológico*, dirigido al análisis de los fines, de las metas, de las consecuencias, de la utilidad, de las repercusiones de la acción; o un tipo *deontológico* —el que ahora nos interesa—, donde se brinda importancia a la cualidad intrínseca de obligación unida a la norma misma (*v. gr.*, ¡la ley es la ley!).

Como bien lo expresa el profesor Battaglia, la deontología es aquella parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del deber, en contraposición a la ontología, que trata de la naturaleza, el origen y el fin del ser.

Por ello, los *códigos deontológicos* reglamentan de manera estricta los deberes de los miembros de una misma profesión. En el caso concreto del ejercicio de la abogacía, por parte de los colegios profesionales de abogados existe reglamentación acerca del proceder correcto de estos profesionales, donde se exige el estricto cumplimiento de lo preceptuado, de lo contrario, se podría incurrir en responsabilidad disciplinaria, civil y, en algunos casos, penal.

La deontología profesional es el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional (*v. gr.*, abogado, médico, ingeniero, etc.) de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional.

Existe una gran cantidad de definiciones de la deontología profesional pero, como lo indica Carlo Lega, todas tienden a configurarla como un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subrayan un carácter moral. No se preocupan, en cambio, de afrontar el problema de su naturaleza como complejo normativo, limitándose a considerarla bajo el aspecto ético. Por ello, no siempre es posible incluir las reglas deontológicas entre las meramente morales y, por otra parte, no siempre es fácil o posible clasificarlas en alguna de las categorías jurídicas tradicionales, puesto que muchas presentan un carácter intrínseco de extrajuricidad.

El profesor Torre Díaz, con el desarrollo de sus ideas, nos permite identificar, inmerso en la deontología jurídica, un objetivo muy concreto y limitado, dirigido a establecer normas y pautas de conducta exigibles a los profesionales, con la finalidad de garantizar una actuación honesta a todos los que ejercen la profesión. Como consecuencia, en la medida en que establece normas y códigos de actuación, la deontología se sitúa más cerca del derecho que de la filosofía o, como opinan otros autores, entre el derecho y la moral, pues prevé tanto consecuencias de carácter sancionador como la especificación de principios morales de carácter general.

Es evidente que los colegios de abogados, de manera contundente, cuentan con códigos de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho, cuyas normas son de aplicación forzosa para el ejercicio de la profesión.

En este sentido, el profesional en derecho deberá cumplir con los preceptos institucionales del colegio de abogados, debiendo tener la satisfacción jurídica, ética y moral del servicio prestado.

Esta tendencia a crear cuerpos normativos deontológicos profesionales se encuentra recogida en el ámbito de la Unión Europea, que promulgó el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea (adoptado por los representantes de las 18 delegaciones de la Comunidad Europea y del Espacio Económico Europeo en la Sesión Plenaria del CCBE, de 28 de octubre de 1988, y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002). El artículo 1 de ese cuerpo normativo, identificado como el “Preámbulo”, incorpora el apartado 2, acerca de “La naturaleza de las reglas deontológicas”, cuyo primer punto señala: “1.2.1. Las *reglas deontológicas* están destinadas a garantizar, mediante la aceptación vinculante, libremente consentida por aquellos a quienes se les aplican, la correcta ejecución por parte del Abogado de su indispensable función, reconocida como esencial en todas las sociedades civilizadas. La inobservancia de estas normas por el Abogado debe tener como consecuencia, en última instancia, una sanción disciplinaria” (cursivas añadidas).

Por su parte, el Estatuto General de la Abogacía de España (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio del 2001, publicado en el BOE 10/7/2001) recoge la obligación de cumplimiento de las normas deontológicas profesionales, señalando específicamente en su artículo 1.2 que “En el ejercicio profesional, el Abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al cumplimiento de las *normas y usos de la deontología profesional de la Abogacía* y al consiguiente régimen disciplinario colegial” (cursivas añadidas).

Este mismo Estatuto General de la Abogacía, en su Título III, acerca de los “Derechos y deberes de los Abogados”, señala en el artículo 31 la citada obligación del abogado en el cumplimiento de las normas en general, inclui-

das las deontológicas: “Son también deberes generales del Abogado: a) Cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos”.

Es evidente que existe una sensible tendencia mundial a consagrar, en forma específica y clara, las reglas correspondientes al campo de la *deontología jurídica de la abogacía*, así como regular particularmente la obligación de los abogados de respetar esta normativa. Su incumplimiento podrá provocar sanciones en el ámbito disciplinario interno, sin perjuicio, según fuera el caso, de tener que hacer frente a una *responsabilidad civil*, así como *penal*.

Conforme a lo expuesto, el ejercicio de la abogacía reclama irremediablemente un proceder *ético* con respeto de las reglas *deontológicas* establecidas por cada colegio profesional en los diferentes países del mundo. El respeto a estos *códigos deontológicos* brinda un elevado estatus de respeto, confianza y credibilidad en el profesional en derecho, lo que facilita una relación de mayor confianza y seguridad entre el cliente y su abogado.

Lo que siempre debemos tener presente es ese comportamiento ético, tanto en nuestra vida privada como en nuestro rol de ciudadanos, pero con un mayor compromiso en nuestro proceder público como abogados. Por ello decimos que “no es posible encontrar un corrupto ciudadano que sea, a su vez, un ejemplar profesional; como tampoco es posible imaginar un correcto abogado que sea un deshonesto ciudadano [...]”.

Carlos Chinchilla Sandí

302. DERECHO (APLICACIÓN DEL)

La aplicación del derecho es el conjunto de actividades realizadas en la vida social conforme a lo dispuesto por las normas jurídicas. Se refiere a que toda conducta de los sujetos destinatarios de las normas jurídicas se ajusta a lo establecido en las mismas.

La aplicación del derecho es el principio rector de todo Estado de derecho, donde el poder se encuentra limitado y regulado por las normas jurídicas.

Inicialmente, el concepto de aplicación del derecho se encontraba únicamente referido a la función judicial; es decir, a la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales mediante la cual resuelven un caso conforme a la disposición legal aplicable, la aplicación del derecho a los hechos. Sin embargo, la aplicación judicial del derecho es solo una de las posibilidades de esta actividad; los actos realizados por autoridades u órganos administrativos, legislativos o incluso por los órganos autónomos, es una aplicación no judicial del derecho.

La aplicación del derecho es el principal componente de los principios de certeza y seguridad jurídica, así como del principio de legalidad *lato sensu*; por ello se requiere de un sistema normativo claro, coherente, completo y operativo, donde la realidad jurídica concuerde con la realidad social. De no ser así, nos enfrentamos a una ineficacia del orden jurídico, dando como resultado su inaplicabilidad.

La doctrina ha establecido tres tipos de aplicación del derecho: la *aplicación automática*, referida a que las normas se respetan de manera espontánea por los ciudadanos y el Estado sin necesidad de recurrir a algún tipo de coacción; la *aplicación burocrática*, donde existe la intervención de la autoridad de una manera mecánica y repetitiva, al tratarse de casos complicados que

implican reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la norma, y por último, la *aplicación particularizada*, referida a aquellos casos de particularidades especiales y únicas, donde se requiere de una actividad interpretativa, o bien de una exigencia de ponderación de derechos y valores.

Tradicionalmente el razonamiento para la aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico, lo cual supone la previa determinación de la norma a aplicarse. La operación intelectual que suele efectuarse consiste en concebir de manera abstracta el hecho, para examinar posteriormente si dentro de un ordenamiento jurídico específico existe alguna norma que lo prevea y, por lo tanto, lo resuelva: premisa mayor, premisa menor y conclusión, donde la premisa mayor está constituida por una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria; la premisa menor, por un hecho jurídico determinado, previamente comprobado y calificado, y la conclusión, por una proposición que tiene el carácter de juicio normativo individualizado.

Es por esto que es preciso conocer el significado de la norma, a través del análisis de su contenido y considerar las variables de aplicación definidas por las propias normas (ámbitos de validez). No obstante, el juez —y otros operadores que aplican el derecho— en muchas ocasiones, se enfrentan a una serie de problemas derivados de la falta de precisión, ambigüedad, lagunas o contradicciones que presentan las normas jurídicas.

La jurisprudencia, interpretación judicial de las normas, emitida por las instancias judiciales superiores, es también una forma de aplicación del derecho; en ella se establecen criterios de aplicación de carácter obligatorio, los cuales generan uniformidad en las decisiones judiciales.

En este sentido, la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales ha dejado de ser una tarea mecánica o un proceso cognitivo limitado, convirtiéndose en una actividad de interpretación y argumentación, donde se busca que la decisión de los juzgadores se realice considerando todos los factores que intervinieron en el hecho concreto a estudiar; factores de género, condición social, pertenencia a grupos étnicos o en situación de vulnerabilidad, deben ser considerados para la toma de decisión. Además, los derechos humanos deben conformar el argumento toral de toda resolución judicial, tanto en las cortes y tribunales nacionales como en los internacionales.

Teresa Paulina Díaz García

303. DERECHO A APELAR

El derecho a recurrir un fallo ante juez o tribunal superior es una de las garantías mínimas de cualquier persona sometida a un proceso judicial. Se encuentra reconocido en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 104, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos como *Tribunal Constitucional vs. Perú* o *Baena Ricardo vs. Panamá*, si bien el artículo 8 de la CADH se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que llegue a afectar sus derechos, por lo que las garantías del debido proceso reconocidas en dicho numeral, incluido el

derecho a recurrir, aplican a todo tipo de procesos, ya sean de orden penal, civil, laboral, fiscal o cualquier otro.

El derecho en estudio es considerado como una de las garantías primordiales que se deben respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Para satisfacer este derecho, el recurso previsto en la ley debe cumplir con varios requisitos, como los siguientes, que han sido planteados por la Corte IDH: *i*) ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada; *ii*) permitir una revisión integral del fallo, que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas; *iii*) el tribunal que revisa debe estar legitimado para ello; *iv*) ser ordinario, accesible y eficaz, y *v*) las formalidades para que sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin.

Asimismo, se ha reconocido que los Estados poseen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de este derecho, por lo que independientemente de la denominación que se le dé al recurso —siendo las más comunes apelación o casación—, lo importante es que se garantice este derecho; que el recurso permita el examen integral de la decisión recurrida y que no se establezcan restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho. Lo que no se admite, como demuestra el caso *Liakat Ali Alibux vs. Saurinam*, es no prever recurso alguno.

Por otra parte, el derecho a recurrir previsto en el artículo 8.2 h) de la CADH no debe confundirse con el derecho a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente, establecido en el diverso artículo 25 de dicho instrumento, pues si bien ambos consagran el derecho de acceso a la justicia e inclusive la Corte Interamericana los ha estudiado frecuentemente de manera conjunta, son autónomos uno del otro, con una dimensión y alcances propios. La diferencia entre ambos derechos ha sido destacada puntualmente por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, actual juez de la Corte Interamericana, en su voto concurrente a la sentencia del citado caso *Liakat Ali Alibux*, resaltando la importancia de dar a cada uno de los derechos los alcances y dimensiones que les corresponden.

La garantía prevista en el artículo 25 de la Convención obliga a los Estados a consagrar normativamente y a asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. Es un instrumento para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución y en la Convención y, por tanto, un elemento integrador entre la normativa nacional e internacional.

El juicio de amparo, si bien en muchos casos es equiparado al proceso de *habeas corpus*, ha sido objeto de múltiple jurisprudencia de la Corte Interamericana, señalando que se encuentra en el ámbito del artículo 25 del Pacto de San José, y reconociéndolo, por su naturaleza, como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención.

La Corte IDH también ha precisado que el recurso consagrado en el citado artículo 25 *no es el recurso de apelación*, el cual está previsto precisamente en artículo 8.2 h) del mismo tratado. En este sentido, en casos como *Barreto*

Leiva vs. Venezuela y *Mohamed vs. Argentina* no declaró violado el artículo 25, al considerar que los alegatos de las partes se vinculaban con la imposibilidad de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

Por su parte, en el amparo directo en revisión 2814/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si bien los derechos a recurrir un fallo ante una instancia superior y a acceder a un recurso adecuado y efectivo giran en torno al derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva contenido en el artículo 17 de la CPEUM, lo cierto es que dichas prerrogativas exigen desarrollos interpretativos individualizados que abonen al entendimiento y la configuración del núcleo esencial de cada derecho. Además, la Suprema Corte de México estableció que la diferencia entre el derecho a la protección judicial y el derecho a la revisión es de suma relevancia para entender cuándo se está en presencia del derecho a recurrir un fallo ante una instancia superior, en respeto al derecho al debido proceso, y cuándo se está ante la exigencia del derecho a un recurso que ampare derechos fundamentales de fuente nacional o convencional. Fue a partir de lo anterior que concluyó que el juicio de amparo es un medio de defensa diseñado para proteger los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana, pero no es un recurso o mecanismo de segunda instancia que sirva de margen para la revisión de una decisión en el marco de un proceso.

En conclusión, el derecho a recurrir el fallo no puede considerarse subsanado por medio del juicio de amparo directo, independientemente de la materia de que se trate; afirmar lo contrario sería tal como llegar al extremo de señalar que, al existir el amparo directo, la apelación resulta ociosa.

Daniel Álvarez Toledo
Ana Paulina Ortega Rosado

304. DERECHO A EJERCER EL CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO

La protección del derecho a ejercer el cargo público representativo parlamentario deriva de una evolución jurisprudencial —propia de una interpretación evolutiva— tanto del derecho fundamental a ser votado (sufragio pasivo) como del principio democrático. En efecto, este principio encuentra en el Parlamento su mayor representación, pues la formación de su voluntad solamente puede ser válida si todos los integrantes participan en condiciones libres e igualitarias.

En este contexto, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional español, a partir de la sentencia 220/1991, de 25 de noviembre, el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos representativos, vertiente del derecho al sufragio pasivo, no solo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también el derecho fundamental a permanecer en el cargo público en las mismas condiciones de igualdad y el no ser removido del mismo. Lo anterior conlleva, de este modo, la protección constitucional del derecho a desempeñar el cargo y a ejercer sus funciones propias en condiciones de igualdad.

Esta singular interpretación del Tribunal Constitucional de España encuentra su similitud, aunque a través de procesos constitucionales distintos, en la protección que otros reconocidos tribunales constitucionales han concedido al derecho a ejercer el cargo público representativo. Así, por ejemplo,

en el caso *Powell vs. McCormack* (1969), la Suprema Corte de Estados Unidos reconoció que una vez que un legislador haya sido electo en apego a la Constitución, no puede ser excluido del ejercicio de su cargo por la Cámara. En Alemania, a su vez, los parlamentarios están legitimados para acudir al Tribunal Constitucional por vía del conflicto entre órganos constitucionales, para defender las facultades y derechos que derivan de la Constitución o del reglamento autónomo del Parlamento federal. Esta legitimación encuentra su fundamento, según el criterio del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el principio democrático por el que fueron electos los miembros del Parlamento, por un lado, y en el principio de igualdad de condiciones de participación de todos los parlamentarios que se desprende del principio constitucional del mandato libre, por el otro.

En México, en cambio, por medio de una doble jurisdicción constitucional puede protegerse el derecho al ejercicio del cargo público representativo de los parlamentarios. Por un lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante el control abstracto de constitucionalidad de una norma jurídica aprobada, puede verificar el cumplimiento de los principios esenciales del procedimiento legislativo. Estos se concretan, de acuerdo con su tesis aislada P.L/2008 (9a), “Procedimiento legislativo. Principios cuyo cumplimiento se debe verificar en cada caso concreto para la determinación de la invalidación de aquel”, en el principio democrático (participación libre e igualitaria de los parlamentarios, correcta aplicación de las reglas de votación establecidas y la publicidad).

Por otro lado, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), puede tutelar los derechos político-electorales de los ciudadanos vulnerados por actos y resoluciones de autoridades formal o materialmente electorales. En este contexto, dicho Tribunal ha señalado que el derecho a ejercer el cargo público representativo es propio de su jurisdicción, en tanto que es una vertiente del derecho al sufragio pasivo.

Sin embargo, ambos tribunales comparten una falla común en su jurisprudencia: si bien los dos afirman, en general, que es posible tutelar que el derecho a ejercer el cargo se lleve a cabo en condiciones igualitarias, ninguno ha concretado el alcance de este derecho o las condiciones constitucionales mínimas que deben respetarse en la función legislativa o en otro procedimiento parlamentario a fin de garantizar su preservación. De este modo, aunque pueden extraerse buenas intenciones de su jurisprudencia, en la práctica aún hay incertidumbre e inseguridad jurídica para su verdadera protección.

La jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana, por un lado, no parece proteger en su amplitud todas las fases esenciales del procedimiento legislativo que determinan el contenido de la norma jurídica y que requiere la necesaria participación libre e igualitaria de los parlamentarios. El Tribunal Electoral, por el otro, ha sido contradictorio y omiso en sus sentencias respecto a la protección del derecho al ejercicio del cargo público representativo, particularmente debido a la falta de delimitación de las facultades esenciales de los parlamentarios que no pueden ser trastocadas en aras de la preservación del principio democrático dentro del Parlamento.

En este contexto, estas facultades esenciales de los parlamentarios que merecen protección jurisdiccional son aquellas que, como lo ha señalado el

Tribunal Constitucional de España, solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Así, estas funciones son las que integran lo que dicho Tribunal ha denominado el “núcleo de la función representativa”, el cual se integra por la función legislativa y la función de control del gobierno (STC 220/1991, de 25 de noviembre).

Luis Felipe Nava Gomar

305. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Por derecho a la alimentación se entiende el derecho a tener acceso, de manera regular y permanente, a una alimentación adecuada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Estos dos perfiles diferentes del derecho a la alimentación implican el derecho fundamental del individuo a un acceso suficiente a una alimentación segura; es decir, sin riesgos para su salud. En este sentido, podemos decir que cada persona tiene derecho a la seguridad alimentaria, entendiendo por esta un derecho bidimensional, que comprende tanto el perfil del acceso, la llamada *food security*, cuanto el derecho a consumir un alimento que sea sano, lo que se llama *food safety*. En las fuentes jurídicas, el derecho a la alimentación se encuentra tradicionalmente afirmado asociado a una vida física y psíquica satisfactoria y digna, entonces como *food security* y solo recientemente ha sido reconocido también el perfil de *food safety*.

Derecho a la alimentación (derecho internacional). A nivel internacional, el derecho fue reconocido por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 25.1 afirma que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación (...)”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 ha consagrado el derecho a la alimentación, en su art. 11.1, en el que afirma: “(...) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. Mas específicamente, el art. 11.2, consagra “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”. A estos efectos, se establece, además, que los Estados partes del Pacto adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) “Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

En 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la observación general 12, con la que interpretó sus obligaciones en detalle. El derecho ha sido reconocido, además, en varios otros documentos internacionales *ad hoc*, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c) y art. 27.3), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Dis-

crimación contra la Mujer (art. 12.2), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25.f), y art. 28.1).

El derecho a la alimentación ha sido también reconocido por distintos instrumentos regionales, aunque no como derecho autónomo, siendo afirmado más o menos explícitamente como uno de los perfiles mencionado en el marco de la protección de otros derechos, y esencialmente del derecho a la vida, a la salud o a la educación. Es este el caso de los siguientes documentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, también conocida como “Pacto de San José” (art. 4, “derecho a la vida” y art. 5, “derecho a la integridad personal”), y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el llamado “Protocolo de San Salvador”, de 1988 (art. 10, “derecho a la salud”); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990, (art. 5, “supervivencia y desarrollo”, art. 11, “educación” y art. 14, “salud y servicios médicos”); el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, de 2003. Varias son, además, las fuentes de derecho internacional no vinculantes que afirman el derecho, como las Directrices voluntarias adoptadas en 2004 por todos los estados miembros de la FAO para realizar progresivamente el derecho a la alimentación.

Derecho a la alimentación (derecho europeo). En el marco europeo, que es siempre un ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, no hace una referencia explícita a un derecho a la alimentación, pero goza indirectamente de la protección ofrecida a otros derechos, y principalmente el derecho a la vida (art. 2) y la prohibición de la tortura (art. 3).

Asimismo, por los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, aunque no mencionando el derecho a la alimentación, consagra toda una serie de principios que lo incluyen como proyección del bien jurídico que estos mismos expresamente protegen, es decir: la dignidad humana (art. 1), el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad de la persona (art. 3) y la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4). Además de este perfil implícito de protección de la alimentación como *food security*, la Unión Europea prevé también una perspectiva explícita y acentuada de *food safety*, y, con el reglamento n. 178/02 ha consagrando claramente el derecho a la seguridad alimentaria, que goza de protección también en vía de precaución, dando así lugar a una rama completamente nueva de derecho de la Unión Europea, y, por el principio de supremacía, también del derecho interno de los Estados miembros, que es el derecho alimentario.

Derecho a la alimentación (derecho comparado). Si se hace un análisis comparado sobre la afirmación del derecho en las Constituciones nacionales, incluidos los Estados que contemplan las citadas normas internacionales en materia de protección del derecho en su “bloque constitucional”, y por consecuencia deben cumplir con ellas, señalamos la existencia de dos categorías: por un lado, la categoría de los Estados que no incluyen el derecho a nivel constitucional y, por otro lado, la de los Estados que hacen una referencia explícita al derecho. La decisión de reafirmar explícitamente el derecho en el texto de su Constitución corresponde, en este caso, al deseo de reafirmar aún más su fuerza en el plano interno. En esta segunda categoría todavía hay que matizar entre las Constituciones que afirman el derecho de forma general y

las que lo prevén tanto de manera general como con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población.

En el primer grupo se colocan la Constitución de Bolivia (art. 16), Bangladesh (art. 15 y art. 18), Congo (art. 34), Etiopía (art. 90), Haití (art. 22), India (art. 47), Malawi (art. 13), México (art. 4 y art. 27), Nicaragua (art. 63), Nigeria (art. 16), Pakistán (art. 38), República Dominicana (art. 8), República Islámica de Iran (art. 5 y art. 43), Rusia, Sri Lanka (art. 27), Ucrania (art. 48) y Uganda (art. 14).

En el segundo grupo es posible incluir las Constituciones que hacen una mención específica del derecho con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población, como la Constitución de Paraguay, con relación a los niños, que tienen derecho a que la familia, la sociedad y el Estado garanticen una protección contra la desnutrición (art. 54), y las personas de tercera edad, que gozan de una protección integral a cuyo efecto la familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios asistenciales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, etc. (art. 57). La misma actitud de Paraguay es adoptada por Brasil (art. 227), Colombia (art. 44), Guatemala (art. 51 y art. 99) y Cuba (art. 9.b). La Constitución de Ecuador, de 2008, afirma el derecho para todos los ciudadanos (art. 23.20 y art. 42) y también con referencia a algunas categorías (art. 43, art. 49 y art. 50), además, combinando ambos aspectos *security* y *safety* del derecho. En esta misma categoría se puede colocar la Constitución de Sudáfrica (arts. 27 y 28).

Derecho a la alimentación (jurisprudencia). Hay pocos casos que tratan específicamente del derecho de la alimentación y que reconocen su justiciabilidad, tanto a nivel constitucional que en un marco más amplio de protección del derecho.

En el ámbito nacional, destaca una sentencia de julio 2013, que condena por omisión al Estado de Guatemala por no garantizar el derecho a la alimentación de cinco niños y niñas en un proceso enmarcado dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (*Juzgado de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del Departamento de Zacapa*).

En Argentina, una sentencia de 2007 ha afirmado que tanto el Estado Nacional como una provincia no han cumplido cabalmente con el mandato legal de garantizar los derechos humanos de los pobladores de las zonas referidas, incluido el derecho a la alimentación (*Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y Provincia del Chaco*).

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado del derecho a la alimentación con referencia a la alimentación escasa de los detenidos, que integra una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes durante la detención (*Ostrovar vs. Moldova, Modárca vs. Moldova, Florea vs. Romania*).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido indirectamente la violación del derecho a la alimentación y la responsabilidad internacional del Estado principalmente por violación de garantías judiciales y de la integridad personal, y además de estas dos razones, también como consecuencia de la violación de otros derechos; es decir, por violación de los derechos a la vida (*Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*), y, cuando las víctimas hayan sido niños, de los derechos del niño (*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*), por tratos inhumanos y degradantes (*Díaz Peña vs. Vene-*

zuela), y también por falta de garantía del derecho de propiedad comunitaria, de reconocimiento de la personalidad jurídica, de protección judicial, por el incumplimiento del deber de no discriminar (*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*), así como por violación de la libertad de asociación, de la libertad de circulación y residencia (*Fleury y otros vs. Haití*).

Eloisa Denia Cosimo

306. DERECHO A LA CULTURA

Como señalara en 2016 la Relatora especial de las Naciones Unidas sobre los derechos culturales, “Los derechos culturales protegen los derechos de todas las personas, individualmente y en comunidad con otros, así como de grupos de personas, para desarrollar y expresar su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia y desarrollo mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida. Puede considerarse también que protegen el acceso al patrimonio cultural y a recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar”.

De modo acorde con el concepto anterior, es posible señalar acepciones diversas de “cultura”, que si bien son distintas, no son opuestas en modo alguno, sino que están relacionadas. Así, por cultura se entiende tanto un “patrimonio” como un “modo de vida”. En el primer caso, se trata del acervo formado por obras (artísticas, científicas, etc.), así como de la actividad creativa que las produce. El segundo sentido se vincula con el de “identidad”: la posibilidad de distinguir un grupo social de otros, a partir de actividades o productos (en sentido amplio) que le son propios.

En lo que sigue se hará alusión a la primera acepción: cultura como patrimonio y actividad. La segunda se aborda respecto a la voz “derecho a la identidad cultural”, en este volumen. Se aclara que esta división se hace solo a efectos de la exposición y que ambos aspectos se encuentran estrechamente ligados, inclusive respecto a la tutela jurídica de los mismos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 27 de que “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural e la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

En la primera parte, el artículo reconoce el derecho de participar y disfrutar de la vida cultural, lo que abarca el goce de los beneficios del progreso científico; en la segunda parte, reconoce que merecen protección los “intereses” de quienes participen de la vida cultural como autores de productos atinentes a la misma. A continuación se formulan algunas consideraciones sobre ambos aspectos, siguiendo, principalmente, los señalamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) en sus observaciones generales 17 y 21, como también indicaciones del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador (Grupo de Trabajo).

El derecho a participar en la vida cultural tiene un contenido amplio, que abarca, entre otros, aspectos tales como el ejercicio (de una persona sola, en

conjunto con otras, o como una comunidad) de las propias prácticas culturales, de la participación en la vida política de la sociedad, de actividades creativas, de la expresión en la lengua de elección, o de la búsqueda, desarrollo y transmisión de conocimientos y prácticas culturales.

El derecho abarca, asimismo, el acceso y la contribución a la vida cultural. Lo primero incluye el derecho a conocer y comprender su propia cultura, a recibir educación con respeto a la propia identidad cultural, a seguir un estilo de vida asociado a bienes culturales y recursos como la tierra o el agua, y a beneficiarse del patrimonio cultural y las creaciones de otros individuos o comunidades, inclusive, en palabras del Grupo de Trabajo, “al uso de los conocimientos científicos y aplicaciones tecnológicas, encaminadas a satisfacer los derechos humanos de todas las personas y pueblos”.

Lo segundo se relaciona con la contribución a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad.

Existe, por otra parte, un derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones u obras culturales (científicas, literarias, artísticas) de que una persona sea autora (“derecho a beneficios por obras culturales”). El derecho implica que las personas autoras, respecto de sus obras: *a*) sean reconocidas como autoras y puedan oponerse a cualquier “deformación, mutilación u otra modificación [...], que cause perjuicio a su honor o reputación”, y *b*) puedan beneficiarse por la explotación económica. El primer aspecto no puede tener limitaciones temporales, mas sí el segundo.

El Comité DESC ha enfatizado que este derecho se distingue de los derechos de “propiedad intelectual”, que no son derechos humanos y son generalmente de índole temporal, susceptibles de ser revocados, cedidos o ser objeto de transacción o renuncia. El derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales tutela la relación entre las personas, pueblos o comunidades con sus creaciones y patrimonio cultural, como también intereses materiales básicos relativos a un nivel de vida adecuado. Los regímenes de propiedad intelectual son distintos, pues resguardan, esencialmente, intereses e inversiones comerciales y empresariales.

Resulta evidente la relación de los derechos a participar en la vida cultural y a beneficiarse de obras culturales con otros derechos humanos, tales como, entre otros, las libertades de expresión y de pensamiento, o los derechos políticos, a la educación, al trabajo, a un nivel de vida adecuado y el derecho de propiedad. A su vez, los Estados deben observar sus obligaciones respecto a todos los derechos. De ello se deriva que pueden ser admisibles restricciones a los derechos a la participación en la vida cultural o a beneficiarse de obras culturales. Interesa destacar, en relación con el primer derecho, que tales limitaciones pueden ser necesarias, en particular en el caso de prácticas que atenten contra otros derechos humanos, inclusive las relacionadas con costumbres o tradiciones. Por otra parte, en cuanto al derecho a beneficiarse de obras culturales, los Estados deben procurar un equilibrio entre su satisfacción y el interés social en el disfrute de las obras. De ese modo, en la regulación de los derechos debe considerarse el interés público en el disfrute de un acceso generalizado a las producciones. Las restricciones, en todo caso, deben ser proporcionadas, debiendo adoptarse la medida menos restrictiva posible.

Más allá de lo anterior, los Estados tienen deberes concretos, que se desprenden de sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos. En ese sentido, deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos a la vida cultural o al beneficio por obras culturales y adoptar medidas para impedir que otros actores lo hagan, así como para lograr la plena realización de ambos derechos.

Entre las acciones que esto implica se encuentran, entre otras, aquellas dirigidas a proteger el patrimonio cultural, inclusive de pueblos indígenas; prohibir la discriminación sobre la base de la identidad cultural; facilitar el acceso de la población a un conjunto diversos y variado de expresiones culturales; apoyar instituciones públicas que permitan aplicar tales políticas, o estimular las actividades de científicos y artistas. Asimismo, los Estados deben contar con procedimientos y recursos —judiciales o de otro tipo— aptos para la defensa de los intereses morales y materiales que correspondan a las personas autoras por razón de sus producciones. En ese sentido, deben prever legislación y sistemas institucionales. Los mismos deben procurar impedir que terceras personas modifiquen ilegítimamente las obras o infrinjan el derecho de los individuos autores de reivindicar su autoría. También deben estar dirigidos a que las personas autoras obtengan una remuneración adecuada por el uso de sus producciones, así como una indemnización por el perjuicio irrazonable que pudieran sufrir a causa de la utilización no autorizada de las mismas.

Las violaciones a los derechos a participar en la vida cultural o al beneficio por obras culturales pueden ocurrir tanto por la acción directa del Estado como por la de otras entidades o instituciones, inclusive del sector privado que el Estado no regule de modo suficiente. Se vulnera el primer derecho cuando se impide el acceso de individuos o comunidades a la vida, las prácticas, los bienes y los servicios culturales, o cuando no se adoptan medidas que permitan ejercer el derecho, tales como legislación relevante, o recursos administrativos, judiciales o de otro tipo. El derecho a beneficiarse por obras culturales se vulnera por el Estado si este no adopta todas las medidas necesarias para proteger a las personas autoras en sus derechos, como es el caso si no prevé recursos judiciales o de otro carácter que permitan a dichas personas —en especial si pertenecen a grupos desfavorecidos o marginados— acceder a una reparación frente al irrespeto de sus intereses materiales o morales.

*Agustín Martín
Micheli Piuccio*

307. DERECHO A LA DIFERENCIA

Para definir el derecho a la diferencia nos referiremos en primera instancia al más conocido término de derecho a la igualdad. La idea del derecho a la igualdad se encuentra profundamente arraigada en las distintas corrientes del pensamiento occidental. Desde las Institutas de Justiniano encontramos que los atributos de la personalidad y sus derechos derivan de la naturaleza humana, por lo cual las leyes que sustrajeran al hombre sus derechos eran consideradas antinaturales.

El cristianismo refuerza esta idea, en que las personas, como hijos de Dios, tenían igualdad de sustancia, pero desigualdades reales, que derivaban

de su pueblo, situación familiar, sexo, edad o condición social. Con la codificación de los derechos humanos en la era moderna, y en particular con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se fortalece la idea del derecho a la igualdad, el derecho a tener los mismos derechos, a pesar de ser diversos.

Al constatar, sin embargo, que la diversidad conduce frecuentemente a la desigualdad y a la discriminación, la Organización de las Naciones Unidas promulgó diversas convenciones de derechos humanos que reconocen la diversidad, la igualdad de derechos y el *derecho a la diferencia*, entendido como el derecho a ser diferente sin ser desigual, respetando el acceso a los derechos, es decir, a no ser discriminado por ser diferente.

Estas convenciones son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 1990, y por último, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

En los ordenamientos jurídicos actualmente se reconoce el derecho a la diferencia por edad, al reconocer derechos específicos a niñas, niños y jóvenes o a personas adultas mayores o por sexo, al reconocer los derechos por embarazo y maternidad por ejemplo. De manera más reciente, se encuentra el reconocimiento a la diversidad cultural. Ejemplos del derecho a la diferencia se encuentran en:

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...” (art. 2) (2001).

2) Constitución Nacional de Argentina: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural...” (art. 75, inc. 17) (1994).

3) Ley Constitucional sobre los Derechos de las Minorías Nacionales (Narodne novine, nos. 155/2002 y 47/2010) de la República de Croacia: “La República de Croacia garantiza a las y los miembros de las minorías nacionales, el derecho a la representación en el Parlamento Croata” (art. 19).

El derecho a la diferencia, íntimamente relacionado con el derecho a la identidad cultural (en sentido amplio, que incluye preferencia religiosa, orientación sexual o política entre otras), no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los “distintos”, sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia; es decir, evitar la discriminación.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

308. DERECHO A LA EDUCACIÓN

La educación es un derecho humano fundamental del que nadie puede ser excluido, y que conduce a la realización de otros derechos. El derecho a la educación se puede entender como la función pública ineludible del Estado, de otorgar enseñanza accesible, obligatoria, general y gratuita, al menos en las etapas elementales o fundamentales, a toda persona (menor o adulta) que le permita adquirir conocimientos y alcanzar el pleno desarrollo de su persona, así como el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Al respecto, se debe señalar que la desigualdad en la educación es extrema, ya que dos tercios de los 781 millones de adultos analfabetos del mundo son mujeres. El derecho de la educación se puede entender como el conjunto de normas que regulan la formación de toda persona.

Del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pueden desprender algunos elementos que deben caracterizar el derecho de toda persona a la educación, la cual debe ser gratuita y obligatoria, al menos en la enseñanza primaria; por su parte, la educación secundaria, media superior y profesional debe ser generalizada y accesible a todos, y procurarse la gratuidad de la misma; fomentar la libertad de enseñanza; orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su obra hacia la dignidad, y fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, así como promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz, y finalmente, procurar la educación para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

En materia internacional, los primeros antecedentes del derecho a la educación se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, pero fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), donde se estableció que toda persona tiene derecho a la educación. Otros instrumentos, declaraciones y proyectos internacionales y regionales que se refieren al derecho a la educación son: 1960. Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (en donde se señala la igualdad de oportunidades y trato en la educación, así como interrumpir cualquier práctica que implique discriminación en la educación). 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1979. Declaración de México en el marco de la Conferencia Regional de Ministros de Educación y de Ministros encargados de la Planificación Económica de los Estados miembros de América Latina y El Caribe convocada por la UNESCO (cuyo propósito es ofrecer una educación general mínima de ocho a 10 años y tener como meta incorporar a todos los niños en edad escolar antes de 1999, adoptar una política decidida para eliminar el analfabetismo antes del fin del siglo y ampliar los servicios educativos para los adultos; dedicar presupuestos gradualmente mayores a la educación, hasta destinar no menos del 7 u 8% de su producto nacional bruto a la educación, con objeto de superar el rezago existente y permitir que la educación contribuya plenamente al desarrollo y se convierta en su motor principal). 1989. Convención sobre los Derechos del Niño (disponibilidad y accesibilidad de la educación para

todos los niños). 1990. Declaración Mundial de Educación para Todos (necesidades básicas de aprendizaje, calidad y equidad). 2000. Informe Mundial de la Educación de UNESCO: El derecho a la educación: hacia una educación para todos a lo largo de la vida (empleabilidad; es decir, educación para todos a lo largo de la vida). 2000. Marco de Acción de Dakar (la educación es elemento clave del desarrollo sostenible y de la paz, así como un medio de participación en los sistemas sociales y económicos). 2007. Proyecto Regional de Educación para América Latina y El Caribe: Educación de Calidad para Todos: un asunto de derechos humanos (empleabilidad). 2007: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (derechos colectivos, culturales e identidad; derecho a la salud, la educación y el empleo; combatir la discriminación y el racismo, así como oportunidades de aprendizaje en sus propias lenguas).

En la historia constitucional mexicana se ha considerado a la educación como una de las funciones públicas esenciales del Estado contemporáneo, y en consecuencia una obligación inexcusable del Estado. Desde la apertura del Congreso de Chilpancingo del 14 de septiembre de 1813, José María Morelos en su documento denominado *Sentimientos de la Nación*, en el punto 12, decía “Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia e indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, *aleje la ignorancia*, la rapiña y el hurto”. Los *Sentimientos de la Nación* consideraron a la educación como un instrumento indispensable del naciente Estado mexicano. Posteriormente, el art. 39 de la Constitución de Apatzingán señaló: “La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder”.

Por su parte, el art. 50 de la Constitución de 1824 otorgó facultades exclusivas al Congreso General para promover la educación creando “...establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas”. Lo anterior, sin perjuicio de la libertad de las legislaturas de los estados para la regulación de la educación en sus territorios. A su vez, la Constitución de 1857, en su artículo 3o. señaló que “La enseñanza es libre”. Durante las discusiones en el Congreso Constituyente de 1857, Ignacio Ramírez comentó que lo anterior era un corolario de la libertad de pensamiento, y Ponciano Arriaga sostuvo que también lo era de la libertad de cultos.

En el Congreso Constituyente de 1917 la discusión del art. 3o. produjo una intensa polémica. Al respecto, Francisco Múgica expresó: “estamos en el momento más solemne de la Revolución”. El resultado fue que el artículo 3o. de la Constitución de 1917 condensó una nueva idea del Estado en México: la secularidad. Aunque en 1857 se logró vencer la inercia religiosa de siglos, el art. tercero solo señaló que “La enseñanza es libre”; sesenta años más tarde, se agregó que la educación impartida en los establecimientos oficiales y la ofrecida por particulares en sus diferentes niveles sería laica. Además, se prohibía que las corporaciones religiosas establecieran o dirigieran escuelas primarias, y se introdujo el derecho del Estado a supervisar el funcionamiento de todos los centros educativos.

En 1934, ese precepto fue reformado para introducir el principio de la educación socialista, medida adoptada un lustro después de haber concluido

el conflicto *cristero*. Muchas fueron las tensiones generadas, porque planteaba una contradicción dentro del sistema constitucional, e implicaba una cuestión que dividía a la sociedad. En 1946 el precepto fue reformado una vez más. El principio socialista cedió su lugar al principio democrático. La democracia fue considerada como una estructura jurídica, como un régimen político y como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

La reforma de 1946 también introdujo un gran cambio en materia de enseñanza gratuita. El texto de 1917 establecía la gratuidad de la enseñanza primaria. La reforma de 1934 adicionó su obligatoriedad, y a partir de 1946 el derecho a la educación gratuita se extendió a todos los niveles de la educación impartida por el Estado. Recientemente, la reforma constitucional del 9 de febrero del 2012 extiende la obligatoriedad de la educación hasta la enseñanza media superior: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios—, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; esta y la media superior serán obligatorias”. Del art. tercero constitucional se desprende que la educación debe ser obligatoria, gratuita, laica y de calidad. Además, se señala que “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”. En la Constitución, además del art. 3o, se alude a la educación en los arts. 2o., 4o., 18, 31, frac. I, 41, y 73, frac. XXV y 123 constitucionales.

En el art. 2o. constitucional se señala que las autoridades federales, estatales y municipales tienen la obligación de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior para los pueblos y comunidades indígenas.

El art. 4o constitucional otorga a la niñez el derecho a satisfacer sus necesidades de educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. En materia de readaptación social, el art. 18 constitucional establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Por su parte, el art. 31 constitucional, frac. I, establece la obligación de los mexicanos de hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar. En materia política, el art. 41 constitucional se refiere a la educación cívica. En el art. 73 constitucional, frac. XXV, faculta al Congreso para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios; también para erigir museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación, y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones. El Con-

greso puede asimismo dictar leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los estados y los municipios el ejercicio de la función educativa, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, de donde ha resultado la Ley General de Educación.

Las fracciones XII y XXXI del apartado A del art. 123 constitucional establecen las bases para la capacitación y adiestramiento. Al respecto, debe destacarse la reforma constitucional y legal de 1978, en materia de capacitación y adiestramiento en el trabajo (formación profesional) caracterizada por su originalidad, al señalar el vínculo necesario entre la escuela y el trabajo. Desde entonces la formación profesional es vista como una de las formas en que se actualiza el derecho a la educación.

Destacan también las recientes reformas constitucionales, del 26 de febrero de 2013, a los art. 3o., en sus fracs. III, VII y VIII; y 73, frac. XXV y la adicción de un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la frac. II y una frac. IX al art. 3o. de la Constitución. Reformas que buscan garantizar la calidad en la educación obligatoria; que el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos en la educación básica y media superior que imparta el Estado se llevará a cabo mediante concursos de oposición; garantizar la prestación de la calidad educativa a través de la creación de un Sistema Nacional y un Instituto para la Evaluación Educativa, y facultan al Congreso de la Unión para establecer el Servicio Profesional Docente. Reformas constitucionales que se han manifestado en el mismo 2013, en reformas a la Ley General de Educación (para crear el Sistema de Información y Gestión Educativa, además de impulsar las escuelas de tiempo completo y facultar a la Secretaría de Educación Pública para que en las escuelas haya alimentos nutritivos); la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación Educativa (que implica la creación del organismo público autónomo que emitirá lineamientos para las autoridades educativas para realizar las funciones de evaluación) y la creación de la Ley General del Servicio Profesional Docente (que contempla la existencia y concursos y evaluaciones periódicas para el ingreso, permanencia y promoción de los docentes).

Las anteriores leyes tienen por objeto la mejora de la calidad de la educación, concursos para ingresar como docente y evaluar su labor. Sin embargo, existen algunas dudas; si se está confundiendo en la legislación la evaluación educativa con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo (se incluyen por ejemplo nuevas causales de separación para el docente). Asimismo, existen algunas regulaciones que ya no dejan ver a los trabajadores docentes como tales, sino como colaboradores del Estado o sujetos administrativos para los cuales la estabilidad en el empleo no tiene lugar en la nueva legislación.

Alfredo Sánchez-Castañeda

309. DERECHO A LA FAMILIA

La Real Academia Española define a la familia como el “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos o descendencia”.

La familia es un grupo de personas ligadas por lazos de parentesco, y a los adultos se les atribuye la responsabilidad del cuidado de los hijos. Esos lazos de parentesco se establecen, bien porque todos descienden de un tronco común, o se crean con motivo del matrimonio.

Las relaciones familiares siempre has sido reguladas por el derecho, estableciéndose puntualmente los derechos y obligaciones de los miembros que conforman la familia: tradicionalmente, en las sociedades occidentales, esas relaciones familiares han estado asociadas al matrimonio. Así se conformó el derecho de familia, que contiene todas esas normas que regulan las relaciones entre los miembros de la familia.

Sin embargo, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se plantea el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a constituir una familia, considerando a esta como el elemento fundamental de la sociedad, y por ser la familia una de las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad debe ser protegida.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que todos los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, en la que disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. También este instrumento internacional considera a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que establece para el Estado la obligación de protegerla.

A partir de estas declaraciones, con el reconocimiento, tanto de la importancia que la familia tiene para el buen desarrollo de una sociedad como de la necesidad de que el Estado la proteja, se fortalece el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a tener una familia, y el Estado les debe garantizar plenamente el goce de ese derecho.

El derecho de las personas a tener una familia se convalidó en posteriores instrumentos internacionales. Así, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en todos ellos se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconociéndoles a la mujer y al hombre el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas del país.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, también reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en donde, en particular las niñas y niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Asimismo, reconoce que niñas y niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, que le fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ratifica, en principio, que la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza

del núcleo familiar. El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye, según la Corte, un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado tanto en la Declaración Universal como en la Declaración Americana, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana.

En las Directrices de Riad igualmente se enfatiza que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, por lo que los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, en su art. 4, considera a la familia como la unidad básica de la sociedad y el medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, por lo que debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, y señala que los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

En la Constitución Política de Colombia se reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, estableciendo para el Estado y la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de la familia.

Rosa María Álvarez

310. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Es un derecho humano que consiste en el reconocimiento jurídico y social de las personas como sujetos de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio y una sociedad como condición necesaria para preservar su dignidad individual y colectiva. Está regulado en el artículo 2, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en los artículos 2 y 33, párrafo primero, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; en los artículos 1, párrafo segundo, y 2, párrafo segundo, inciso b) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como en el artículo 4 de Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Diversidad Cultural.

El derecho a la identidad cultural ha sido objeto de diversas controversias en el marco de los derechos humanos, los derechos individuales y los derechos colectivos, como la libre determinación, la autonomía, el autogobierno, la propia lengua, entre otros, así como respecto a su relación con el principio de universalidad y progresividad de los propios derechos humanos. Es por ello que también se le conoce como un derecho integral que demanda el real y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, al mismo tiempo, su ejecu-

ción está sujeta a la vigencia de otros derechos internacionalmente tutelados, con el fin de preservar una identidad cultural propia (véase CIDH, Informe sobre la Población Nicaragüense de Origen Miskito, párr. 14).

La identidad cultural se entiende también como una “identidad étnica: en la que el individuo se asume y es reconocido como miembro de una configuración social que es portadora de una cultura propia, lleva el derecho a participar de tal cultura y el acceso a los elementos culturales indispensables para satisfacer los requerimientos de la vida en sociedad. La afirmación de identidad étnica significa, la decisión de pertenecer al grupo étnico correspondiente, formar parte de un complejo nudo de interdependencias que ubican socialmente al individuo a partir de derechos y obligaciones culturalmente prescritos o conocidos” (Bonfil, 1998).

Al haber cambios, la identidad cultural se reconstruye, es el lugar en el que se vive, que forma e identifica a sus miembros, al que se le confiere valor y representa un bien mayor como la existencia. La identidad cultural está enlazada con las distintas formas en que se ordena el mundo, se aplican las normas y derechos; y de igual manera, incluye la conciencia de la diferencia, la cual forma parte de la idea de dignidad.

Asimismo, la identidad cultural es un conjunto de referencias culturales, por el que una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto. El derecho a la identidad cultural constituye la manifestación de la interacción social respecto a las formas de comprender y actuar de las personas.

La cultura redefine a las comunidades, a los pueblos, en su totalidad o en parte, con algún único elemento, como puede ser su lengua o sus instituciones políticas o religiosas; pero su historia y los elementos que las componen se mantienen. Pueden adquirir y tomar características del exterior, de otras culturas y pueblos —que beneficien o alteren su organización—. En el caso de permitir que sus miembros ejerzan derechos que anteriormente no tenían, si bien puede cambiar su estructura económica o política, ello no es un rasgo condicionante de la desaparición de la identidad cultural. La misma cultura es una condición esencial de la existencia humana (Geertz, 2005), que no es estática, pero es permanente.

Un ejemplo del reconocimiento del derecho a la identidad cultural es observable en dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana, en las cuales señala que la protección a la identidad cultural comprende dos tipos: “una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad”. En ese sentido, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia. No se trata de “garantizar las manifestaciones individuales de la identidad cultural, sino que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”.

Todo grupo indígena o de cualquier comunidad o sociedad, así como sus miembros, tienen derecho a la identidad cultural, por el solo hecho de pertenecer a una cultura.

Roselia Bustillo Marín

311. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho a la identidad cultural se relaciona con la noción de “cultura” como “modo de vida” (véase los conceptos de “cultura”, “derechos culturales” y “derecho a la cultura” abordados en la voz “Derecho a la cultura” en este volumen). A continuación se hará referencia a este derecho dando cuenta de algunos aspectos generales y atinentes a “minorías”, inclusive derechos territoriales de pueblos indígenas o tribales, cuestión sobre la que se hará énfasis, dando cuenta en forma somera de jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La cultura ha sido conceptualizada en el preámbulo de la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Diversidad Cultural como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, la manera de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

El mismo documento, en su artículo 1, afirma que la “cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. [La] diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

Lo anterior permite comprender la importancia que para cada persona tiene su propia identidad cultural, así como la existencia de otras manifestaciones culturales. El derecho a detentar y manifestar la propia cultura asiste, entonces, a todas las personas y es protegido a través de distintos derechos humanos. Al respecto, no podría hacerse un catálogo exhaustivo de derechos vinculados a la vida cultural, pues según las circunstancias, el ejercicio o disfrute de distintos derechos puede expresar la relación de los mismos con la vida o identidad cultural. A su vez, el ejercicio de la propia cultura no puede ser base legítima para la vulneración de otros derechos humanos. En ese sentido, el artículo 4 de la Declaración citada refiere: “La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance”.

Dicho texto expresa la necesidad de proteger a “minorías”. Al respecto, es necesario señalar que evidentemente toda persona se desarrolla en una cultura y tiene una identidad cultural, así como derecho a la misma. No obstante, en los distintos Estados pueden existir diversas manifestaciones culturales, siendo necesario proteger en forma particular a aquellas que son expresión de “minorías” pues, por este mismo carácter, pueden verse amenazadas.

En línea con ello, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que “[en] los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros

de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. En adelante, se hará referencia a este derecho como “derecho de las minorías”.

Por su parte, en su Observación general 23, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas señaló que el derecho receptado en el citado artículo 27 es distinto al derecho a la igualdad ante la ley y a la obligación de no discriminación, que rigen respecto de todas las personas, sea que integren una minoría o no. A su vez, el derecho de las minorías se distingue del derecho a la libre determinación. El primero lo detentan las personas pertenecientes a una minoría —sean nacionales o no, ciudadanas o residentes permanentes del Estado en cuestión—, mientras que el segundo se reconoce a los pueblos.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, los Estados deben asegurar la realización del derecho de las minorías y adoptar acciones positivas para ampararlo, no solo contra actos estatales sino también respecto de actos de particulares. Las medidas a adoptarse deben basarse en la consideración de que, si bien se trata de un derecho individual, el mismo depende, para su ejercicio, de que el grupo minoritario como tal pueda conservar sus prácticas culturales propias.

El derecho de las minorías no menoscaba la soberanía e integridad territorial de los Estados. Sin perjuicio de ello, en ocasiones puede estar estrechamente relacionado con el territorio y recursos naturales, especialmente en el caso de pueblos indígenas. En ese sentido, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala, en sus artículos XIII.1 y XXV.1, respectivamente, que los pueblos indígenas tienen derecho a “su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras” y a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras”. Los Estados, adoptando las medidas positivas que fueren necesarias, deben posibilitar el disfrute de los derechos de pueblos indígenas vinculados al territorio, así como su participación eficaz en las decisiones que los afecten.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido en múltiples ocasiones a derechos de pueblos indígenas.

En el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH se pronunció respecto al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras como un ejercicio del derecho a la cultura. Los pueblos indígenas, según la Corte, tienen una relación estrecha con sus tierras, que son fundamentales para el desarrollo sus culturas: “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

El fallo en *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2007) dio la oportunidad a la Corte IDH de referirse a un pueblo tribal y señalar que, al respecto, son relevantes

las pautas equivalentes a las seguidas en casos de pueblos indígenas. La Corte IDH consideró que, además de los indígenas, los pueblos tribales tienen el derecho de gozar de sus tierras, como forma de “garantizar su supervivencia física y cultural”. Así, expresó que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que reconoce el derecho a la propiedad privada), los Estados deben respetar y garantizar a los pueblos indígenas y tribales su territorio, como una forma de asegurar su “supervivencia social, cultural y económica”.

Con posterioridad, la Corte IDH analizó en diversos casos el derecho de los pueblos indígenas sobre el territorio ancestral como forma general de ejercicio al derecho a la cultura. Ejemplos de ello son *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012); *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá* (2014); *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* (2015), y *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (2015).

Por último, en 2018, al decidir *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, recordando sus precedentes, señaló que “[al] desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.

**Agustín Martín
Valeria Rodríguez**

312. DERECHO A LA IMAGEN PERSONAL

La palabra “imagen” proviene del latín *imago*, *imaginis*, y significa la figura, representación, semejanza y apariencia de un bien o una persona. La imagen personal es nuestra apariencia física, la cual puede ser reproducida por dibujo, fotografía, grabación y cualquier otro medio existente para su captación y reproducción. También dentro de ella se encuentran los rasgos que permiten identificar a una persona.

El derecho a la imagen personal es un derecho de la personalidad, que faculta a la persona para impedir que su apariencia física sea reproducida sin su consentimiento. La necesidad de su protección surge con la fotografía como mecanismo para captar la imagen de una persona sin que ella se percatara de dicha conducta, y sobre todo cuando su destino fuera crear publicidad o algún prestigio a la persona o su familia.

Los antecedentes legislativos de protección a la imagen personal a través del derecho de autor del fotógrafo se dieron en Alemania (1876), Australia (1885) y Bélgica (1886); en todos ellos se reconoce el derecho de autor del artista, pero se indica la necesidad del consentimiento de la persona representada en el retrato. La jurisprudencia francesa hizo contribuciones importantes, al vincular el derecho a la imagen personal y familiar con los sufrimientos que puede sentir un familiar cuando se divulga la imagen de un integrante de su familia en el lecho de muerte, y como consecuencia el deber de reparar el daño a los sentimientos, lo que hoy conocemos como “daño moral”.

El derecho a la propia imagen tiene dos facetas: la positiva, la facultad personalísima de imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra propia imagen, y la negativa, para poder impedir la obtención, reproducción, difusión y distribución por un tercero sin nuestro consentimiento expreso o tácito.

El derecho a la imagen se ha relacionado con varios derechos de la personalidad, como el respeto a la privacidad, el derecho al honor, a la identidad, al propio cuerpo; incluso se consideró como parte de alguno de esos derechos. Nosotros tenemos la convicción de la autonomía del derecho a la imagen, que cada vez necesita mayor protección, porque los medios para la captación de imágenes y su difusión son prácticamente vertiginosos, y en algunos casos se causan daños graves a la persona o su familia.

Cuando se niega la independencia del derecho a la imagen, de la vida privada, del honor y la fama, es porque se considera que el daño es más grave cuando se suma el ataque a la fama, al honor o a la privacidad; pero igual daño se causa cuando la imagen de la persona es distribuida, incluso sin que se afecte la privacidad, el honor y la fama; si esta no está de acuerdo con ese hecho.

La normatividad como derecho de la personalidad autónomo la encontramos en el Código Civil italiano; en España, en la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; esta legislación consta de 9 artículos.

En México, Distrito Federal, en 2006 se publicó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen. En su art. 16 define a la imagen personal como “La reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material”, y el art. 17 identifica el derecho a la imagen como “ Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma”.

Como todo derecho, y en particular como derecho de la personalidad, esta facultad encuentra límites generales y particulares, que se reflejan en la propia personalidad del titular de la imagen y en las circunstancias concretas de la captación y difusión.

Elvia Lucía Flores Ávalos

313. DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información encuentra su más claro antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo art. 19 se establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Esta garantía también es reconocida, con ligeras modificaciones, por otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.1). De los mencionados instrumentos internacionales se desprende que junto al derecho de no ser molestado por las propias opiniones, el objeto de la comunicación son ya ideas, opiniones e informaciones sobre las que se proyectan las facultades de investigar, difundir y recibir. Destaca la incorporación de los conceptos recepción e investigación, y el de información, que se suma a las libertades de opinión y expresión, dándole un contenido más amplio.

La evolución que tuvieron los medios de comunicación e información durante el siglo xx, con la invención del telégrafo, el teléfono, la radio, el cine,

la televisión, hasta llegar al surgimiento de las computadoras y el internet, amplió y modificó la capacidad de los seres humanos de comunicarse. Este avance tecnológico hizo necesario reformular la concepción original de la libertad de expresión, que protegía principalmente al emisor de la información, es decir, la persona que expresa sus ideas y pensamientos, frente a la eventual intervención de un tercero —autoridad o persona—, que pretendía impedirlo, para ampliar su ámbito de protección a los receptores de la información, adquiriendo así un nuevo alcance.

Para Jorge Carpizo, el derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días, y que es indispensable tener en cuenta para fortalecer y garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural. Para explicar esta evolución establece un modelo de círculos concéntricos, en el que en un primer círculo se encuentra la libertad de pensamiento; en un segundo círculo, que engloba al primero, se contiene la libertad de expresión; en un tercer círculo se encuentra la libertad de imprenta, y un cuarto círculo, más amplio, que engloba a los otros tres, y que es el derecho a la información. Los círculos exteriores van ampliando los derechos y las libertades con la finalidad de hacerlos más efectivos (*Constitución e información*).

Sergio López Ayllón señala que el derecho a la información (contenido en la libertad de expresión en sentido amplio) es la garantía que tienen las personas de conocer de manera activa —es decir, investigando— o pasiva —recibiendo— las ideas, opiniones, hechos o datos que se producen en la sociedad, y que les permiten formarse su opinión dentro de la pluralidad, diversidad y tolerancia que supone una sociedad democrática. Resulta entonces que la libertad de expresión, en su concepción contemporánea, comprende tres libertades interrelacionadas: las de buscar, difundir y recibir informaciones e ideas; la protección alcanza tanto aquellos que expresan y difunden sus ideas o pensamientos como a quienes las reciben, y aun a quienes desean investigarlas (*El acceso a la información como derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana*).

Por su parte, para Héctor Faúndez Ledesma, de la Declaración Universal se pueden apreciar dos elementos fundamentales, que deben ser examinados en forma separada: en primer lugar, la libertad de expresión propiamente dicha, en cuanto vehículo para manifestar nuestras inquietudes, opiniones o ideas, y, en segundo término la libertad de información, como medio para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Precisa que se han distinguido dos “subespecies” de la libertad de expresión: a) la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de opinión, la que estaría configurada por la libertad de pensamiento o la libertad ideológica, y b) el derecho a la información en su doble vertiente, que permite comunicarla y recibirla. Mientras en el primer caso el objeto de protección es la idea, en el segundo lo sería la noticia, o el dato (*Los límites de la libertad de expresión*).

El derecho a la información, en tanto derecho humano fundamental que se encuentra reconocido en varios tratados internacionales, obliga a los Estados que los han suscrito por formar parte de su derecho interno, así como en diversas Constituciones políticas, como la mexicana (art. 6o.), permite a

cualquier persona, en relación con el Estado, buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal persona tiene frente al Estado un derecho a que este no le impida buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio. En caso de una violación por parte del Estado, la persona tiene una competencia específica para su protección, que en el caso mexicano se configura a través del juicio de amparo.

A la obligación del Estado de abstenerse tiene adicionalmente la obligación positiva de garantizar al individuo el acceso a una información, que, por serle útil y beneficiosa, constituye un bien jurídico; en tanto derecho subjetivo, es un derecho individual y público que posee una proyección social, debido a que se encuentra indisolublemente unido al interés social y garantiza el pluralismo ideológico de la sociedad. Contempla la intervención del Estado para tutelarlos, asumiendo la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad sea veraz y refleje la realidad y tenga un contenido que le permita una participación informada en la atención de los problemas nacionales.

Se debe precisar que el objeto sobre el que recae el derecho a la información no se limita únicamente a las noticias, sino que su objeto es más amplio, extendiéndose a datos, hechos, comentarios y juicios, cualquiera que sea la forma que revistan y el medio por el que se transmitan. Otro aspecto importante del derecho a la información es la difusión, que debe ser sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión, circunstancia que implica reconocer la universalidad en la difusión de las informaciones.

El derecho a la información también reconoce el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de interés público, por lo que es obligación de todo Estado democrático no obstaculizar o restringir el ejercicio de ese derecho, así como es su responsabilidad facilitar el acceso a la información en poder de las distintas instituciones públicas. Esta es una modalidad clave mediante la cual se cumple el derecho a la información. En América Latina, la tendencia ha sido ampliar las funciones del Estado en la garantía de los derechos informativos, reconociendo que, además de garante, es una fuente de información, como lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, indicando que el art. 13 del Pacto de San José establece el derecho de todas las personas a pedir información y la obligación del Estado de proveerla sin necesidad de acreditar un interés directo para obtenerla o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

Luis Raúl González Pérez

314. DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

En el derecho constitucional comparado, el derecho a la libertad de información es una herencia del siglo diecinueve, que ha penetrado en el derecho constitucional. La mayoría de las Constituciones democráticas y cartas de derechos humanos en el mundo establecen a la libertad de información como una libertad interrelacionada con la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información es necesario para ejercer ideas y opiniones que contribuyan a la pluralidad democrática.

Para Thomas Emerson, la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer las propias creencias y comunicarlas por cualquier medio, pasando por los de audiencia e investigación y de acceso a la información, hasta los derechos de reunión y asociación.

El desarrollo normativo de estas Constituciones en las diversas regiones del mundo ha sido influenciado por el propio desarrollo del derecho a la información en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La doctrina tradicional de interpretación del derecho a la información en estos tratados comprende el concepto de información como aquella que proviene de los medios de comunicación, y que tiene el carácter de contribuir al interés general democrático.

El derecho a la información ha sido tradicionalmente entendido como un derecho a la información inherente al ser humano y realizado a través de los medios de comunicación y las tecnologías de la información. Las Constituciones y cartas de derechos anglosajonas fundan la garantía de expresión e información en el deber de la no injerencia, que impone una obligación negativa al Estado de intervenir y obstruir el principio del “libre flujo de información”, incluso a través de las fronteras. Dicho principio proviene de la doctrina norteamericana dentro de los discursos del estadista norteamericano James Madison.

En esta concepción, la información es necesaria para participar en decisiones que le afectan, sobre procesos de gobierno, pero también sobre asuntos de interés público. Esta idea tiene su fundamento en la filosofía de John Milton, quien definió que la búsqueda y el descubrimiento de la verdad en el “mercado de las ideas” es una libertad del hombre, y que con Felix Frankfurter derivó en una idea moderna del “progreso de la civilización”. En opiniones constitucionales de Estados Unidos, el juez Oliver Wendell Holmes en 1919 utilizó la metáfora del libre intercambio de las ideas, tal y como sucede en un mercado comercial, y en 1953 el juez William O. Douglas argumentó que los periódicos, revistas y libros son una oferta fundamental en el mercado de las ideas.

La jurisprudencia constitucional europea vincula estrechamente la libertad de información con la libertad de expresión. Se caracteriza por ser un derecho social fundamentalmente en jurisprudencias de España, Inglaterra, Francia, Italia y los países nórdicos. La interpretación dominante es que se trata de una libertad a estar informados y a recibir información plural proveniente de las diversas fuentes de información, retomando las ideas liberales del mercado de información y el principio del libre flujo.

La doctrina internacional más antigua coincide en que se trata de una libertad no absoluta, y que sus límites deben estar previamente fijados en la ley para asegurar “el respeto a los derechos y a la reputación de los demás”, “el derecho a la vida privada” o la “protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”.

Las leyes que garantizan el derecho a la información gubernamental han cambiado drásticamente el panorama jurisprudencial desde las últimas décadas del siglo veinte. Más de noventa países en el mundo han adoptado leyes de transparencia y acceso a la información. Estas leyes se conforman desde

dos enfoques: uno basado en la libertad de información constitucional (orientado a derechos humanos), y otro procedimental administrativo, fundado en el principio de publicidad de los gobiernos liberales.

La jurisprudencia constitucional interamericana ha reconocido que el derecho a la información incluye un derecho de acceso a la información gubernamental, como es el caso de Argentina, Chile y México. Las cortes constitucionales y tribunales de la región han reconocido el derecho a la información como un derecho humano inalienable y universal. Derecho que está considerado indispensable para garantizar la formación y la existencia de la opinión pública y para la realización de otros derechos humanos que pueden satisfacerse mediante el acceso a la información (Costa Rica). El derecho a la libertad de información se ha consagrado también para que el público decida por sí mismo si la acción de gobierno es apropiada o no, a través de peticionar directamente información gubernamental (Estados Unidos).

En otra tendencia de la jurisprudencia constitucional comparada ha vinculado el derecho a la información con el “derecho a la verdad”. Se encuentra como un derecho que protege a las víctimas, a sus familiares, y a la sociedad en general, para conocer los hechos de las atrocidades perpetuadas por los gobiernos del pasado. Esta ha sido la interpretación de cortes constitucionales en Hungría, Bulgaria, Moldavia, México, Guatemala, entre otros.

Issa Luna Pla

315. DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a la información se encuentra previsto en gran parte de las Constituciones de los Estados europeos; es reconocido en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea en el art. 11 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el art. 10. La larga tradición del derecho a la libertad de información europea se distingue por el inseparable vínculo con la libertad de expresión, en el que comparten su justificación y aplicación. La libertad de información es, por lo tanto, un pilar fundamental en el marco de la idea de democracia liberal europea.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10, los Estados parte decidieron establecer una relación filial de las libertades informativas, donde la libertad de expresión “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informes o ideas”. De manera que la interpretación de la justificación de la libertad de información se hace a través de las razones democráticas que sostienen la defensa de la expresión.

El art. 10, párrafo 2, del Convenio, prevé que los límites conllevan “deberes y responsabilidades” y “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley”. El Convenio enumera límites a la libertad de información concretos: “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección a la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de información confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la información establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el papel clave que juega la prensa en la sociedad democrática. Ha dicho

que en el ejercicio del “derecho del público a obtener información, opiniones e ideas” la prensa no debe rebasar los límites de sus deberes y responsabilidades cuando difunde información e ideas de todos los aspectos del interés público. Esto lo ha dicho en casos como *Zana v. Turquía*, 1997; *Von Hannover v. Alemania*, 2012; *Axel Springer v. Alemania*, 2012; *Handyside v. Reino Unido*, 1976.

El derecho de la prensa incluye la libertad de recibir ideas e información, ya que de otra forma no podría llevar a cabo su papel de contrapeso del poder. De manera que por el término de “información” en el derecho internacional europeo se ha entendido información noticiosa que transmiten los medios de comunicación, en el estilo de la doctrina del libre flujo de las ideas norteamericana. De ahí que el derecho a la información de las personas que no son medios de comunicación a acceder a información de gobierno ha tenido un reconocimiento reacio en el Tribunal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado el derecho a la información con el derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Ha dicho que la publicidad de los documentos en los casos donde la muerte de una persona se está investigando es relevante involucrar a los familiares de la víctima y proveerlos de información, pues la incapacidad de tener acceso a los testimonios de los testigos antes de que sean llamados a declarar los puede colocar en una posición de desventaja en el procedimiento judicial (*McKerr v. Reino Unido*, 2001; *Oğur v. Turquía*, 1999). Se trata del derecho a los hallazgos del caso y a los documentos del expediente de la investigación en fases preliminares, para participar efectivamente en la defensa.

La publicidad también se ha vinculado con un proceso judicial equitativo (art. 6o. de la Convención), que garantiza el derecho a un juicio público, donde las partes han sido proveídas de información pertinente para su defensa efectiva expresada en audiencia pública (*Nideröst-Huber v. Suiza*, 1997; *KP v. Finlandia* 1996).

Asimismo, en la jurisprudencia europea el derecho a la información gubernamental está también vinculado con el derecho a una vida privada y familiar. En el caso *Gaskin v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo dijo que toda persona tiene garantía al derecho a recibir información necesaria para conocer y entender su infancia y se propio desarrollo infantil. También reconoció la confidencialidad de la información de la vida privada como un límite al derecho a la información para la protección de terceras personas (*Gaskin v. Reino Unido*, 1989; *Godelli v. Italia*, 2009).

Aunque el Tribunal ha reconocido el valor democrático de la transparencia gubernamental y la utilidad de la información pública, se ha negado a reconocer y garantizar específicamente el derecho de la prensa y de las personas a recibir u obtener información de las autoridades o de documentos en posesión de las autoridades. Ha reconocido que es difícil interpretar el Convenio un derecho general al acceso a los datos y documentos administrativos. Por ello, su tendencia tradicional ha sido la de rechazar la idea de un derecho de acceso a la información pública de documentos administrativos (*Gaskin v. Reino Unido*, 1989; *Leander v. Suecia*, 1987).

En el caso *Guerra y otros v. Italia*, el Tribunal dijo concretamente que la libertad de recibir información “no impone ninguna obligación positiva”

a los Estados a entregar dicha información, tal y como lo dijo la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución 1087, y la Directiva 90/313/EEC del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la libertad de acceso a la información ambiental, donde se reconoce el acceso, y no un derecho de información. Por ello, el derecho del público a recibir información e ideas sobre asuntos de interés público es un “corolario” de las funciones de los periodistas, y en el Estado recae la obligación de no interferir o restringir que las personas reciban información que otros transmiten.

En el caso *Eccleston v. Reino Unido*, de 2002, el Tribunal reiteró el criterio de *Guerra y otros v. Italia*, resolviendo que el derecho a recibir información que está contenido en el art. 10 del Convenio se refiere a información que otros comunican, y que no impone ninguna obligación en el gobierno de proveer información. Finalmente, en *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría*, de 2009, el Tribunal puso en claro que cuando los órganos de gobierno detentan información que es necesaria para el debate público y niegan los documentos a solicitantes de esta información, se está frente a la violación del derecho a la libertad de expresión e información garantizada en el art. 10 del Convenio.

Por ello, aunque en el sistema europeo no existe un derecho general de acceso a la información de gobierno, las excepciones versan en la garantía a los derechos consagrados en los arts. 2o., 6o., 8o. y 10 de la Convención. Porque se trata de un derecho que las personas ejercen a través de la prensa y los medios de comunicación, el Tribunal ha dado preferencia en la garantía de este derecho a los medios. En el debate se discute cómo justifica el Tribunal esta desigualdad en la garantía del derecho a la información, y también lo que el Tribunal ha llamado “el derecho a conocer información de interés público”, sin que haya definido este término a detalle.

Issa Luna Pla

316. DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La libertad de expresión y de información son libertades hermanadas en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica). La libertad de pensamiento y de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, y de ahí que su vínculo interpretativo sea fundamental dentro de la jurisprudencia interamericana.

El derecho a la información en el sistema interamericano recoge la doctrina norteamericana del libre flujo de la información “sin consideración de fronteras”, y retoma su carácter democrático como un derecho individual y social. El ejercicio del derecho a la información no es absoluto, y está sujeto a los límites de “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, de acuerdo con la Convención.

En el sistema interamericano de derechos humanos, a diferencia de otros sistemas, el derecho a la información ha cobrado un carácter de justiciabilidad a través del llamado derecho de acceso a la información. Cada vez que el sistema internacional se ha encargado del derecho a la información hay una inclinación por extender su definición, promover su protección y fortalecer su causa. Esta tendencia ha sido en gran medida impulsada dentro del sistema

de derechos humanos por los relatores especiales de la libertad de expresión, organismos de la prensa y de la sociedad civil organizada.

Diversos documentos del derecho interamericano dan cuenta de ello. La Declaración de Chapultepec, adoptada en 1994 por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), demanda que “las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público”. En esta categoría están los Principios de Lima, adoptados el 16 de noviembre de 2000 a convocatoria de la Sociedad Interamericana de Prensa, donde se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. Los Principios de Lima y la Declaración de Chapultepec no comprometen ni obligan a los gobiernos de los Estados latinoamericanos, pero contienen una relevancia social y moral para la región. Ambos documentos son un reflejo clave de la demanda social, del lenguaje que reclama la garantía del derecho de acceso a la información, y han sido retomados por los relatores de la OEA y la ONU como pruebas de la fortaleza de la voz que tiene la sociedad en Latinoamérica.

Igualmente importante de referir es el trabajo del Relator para la Libertad de Expresión de la OEA, que en octubre de 2000 elaboró la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Establece que la garantía del acceso a la información en el poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos, contribuye a una mayor transparencia de los actos del gobierno y las instituciones democráticas; afirma que toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma y a actualizar, rectificar y/o enmendar estos datos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la primera Corte internacional en reconocer el acceso a la información como un derecho humano que supone la obligación del Estado a proporcionar la información a los individuos o grupos de personas. La resolución de la Corte en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 2006, recogió diversas recomendaciones sobre el acceso a la información que desde 1994 venía realizando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte enaltece la importancia individual y social del derecho, rompiendo con la tradición europea de que el derecho a la información se centra principalmente en la información noticiosa que producen los medios de comunicación. La Corte sostuvo que el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula expresamente los derechos a “buscar” y “recibir” informaciones que “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado”, sin necesidad de acreditar un interés jurídico.

Reafirmando este sentido democrático y la reformulación de la interpretación hacia la información gubernamental, ya no solo mediática, la Corte alude a la Carta Democrática Interamericana, que en su art. 4o. reconoce la importancia de “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad expresión y de prensa”, así como la participación de la ciudadanía en las decisiones del Estado. Se incorpora también el sentido de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde el derecho de acceso a la información es la herramienta para que los ciudadanos

ejerzan un control democrático de las gestiones estatales. Finalmente, la Corte señala que el derecho de acceso a la información tiene restricciones; no es un derecho absoluto, mismas que deben aplicarse bajo los principios de proporcionalidad y conducencia, “interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

En la jurisprudencia interamericana, los principios rectores del derecho de acceso a la información son la máxima divulgación y el principio de buena fe de los funcionarios de gobierno en la atención a las solicitudes o peticiones de información de las personas. Asimismo, las obligaciones impuestas al Estado por el derecho de acceso a la información interamericano son las de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes que sean formuladas; contar con un recurso que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información; contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información; la transparencia activa; producir o capturar información; generar una cultura de transparencia; implementación adecuada; adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información.

Issa Luna Pla

317. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El art. 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho a la integridad personal dando expresamente una protección amplia, incluyendo en su inciso 1 a la integridad física, mental y moral. Permite que se declare responsabilidad internacional de los Estados por una violación a ese derecho, sin que necesariamente se lleguen a acreditar específicamente actos de tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Otros tratados solo enumeran estos últimos en sus textos (ej. art. 3, Convenio Europeo y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (véase Thomas Antkowiak y Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles*, 2014).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana —coincidente con la europea y universal— destaca como características principales de este derecho: *a*) su inderogabilidad, aun en situaciones de emergencia (art. 27 de CADH); *b*) el principio de prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, aun en casos de amenazas a la seguridad nacional o uso para combatir el terrorismo; *c*) las obligaciones tanto negativas (abstención) como positivas que genera al Estado (medidas de prevención razonable contra ataques de particulares, deber de investigación y sanción a responsables, reparación y adopción de leyes y prácticas). Se destacan violaciones “procesales” al art. 5o. por incumplimiento del deber de investigar denuncias serias de tratos crueles o tortura (caso *Bayarri*), y *d*) en casos de privación de libertad se admite como legítimo únicamente el inevitable sufrimiento inherente a la detención, enfatizando la obligación de los Estados de garantizar la salud y la “vida digna” de las personas privadas de libertad (art. 5.3 CADH y caso *Vera*).

La jurisprudencia interamericana en torno al art. 5.2 es cuantiosa, y se apoya en tratados universales y regionales específicos contra la tortura, así como en las interpretaciones de sus respectivos órganos de implementación (ONU y Corte Europea). Si bien en ocasiones resulta ambigua o antojadiza,

se han desarrollado elementos para distinguir: *a)* casos de tortura, y *b)* casos de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

a) Actos de tortura: la CADH no define “tortura”, pero la interpretación de los órganos del sistema interamericano, en concordancia con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, requieren los siguientes elementos para que se configure: 1) intencionalidad (no resultado de negligencia, accidente o fuerza mayor); 2) sufrimiento físico o psicológico severo; 3) cometida con un propósito u objetivo determinado (caso Buenos-Alves, párr. 79-81). Algún caso aislado que trataba sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez sugirió un criticado 4 elemento: participación de agentes del Estado o de particular actuando con su apoyo, aquiescencia o tolerancia, en cuya ausencia no se puede comprometer al Estado (véase caso González y voto “concurrente” jueza Medina Quiroga, en realidad disiente con este elemento).

A diferencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, de Naciones Unidas, la Corte Interamericana exige la severidad del sufrimiento, y no requiere necesariamente el propósito de extraer una confesión inculpativa o una declaración en contra de otra persona como propósito, aceptando también, por ejemplo, el objetivo de intimidación y castigo como fines de la tortura (Gómez Paquiyauri, párr. 116). Para determinar la severidad se usan tanto factores exógenos: característica del trato, duración, métodos usados y los efectos físicos y psicológicos (caso Buenos-Alves, párr. 83 y Loayza Tamayo, párr. 57), como factores endógenos: características de la víctima, edad, género, condición de salud o cualquier otra circunstancia personal.

Al categorizar casos como severos, declaró que constituyeron tortura, por ejemplo, golpes infligidos por policías durante tres días, uso de bolsas en la cabeza de la víctima y amenazas de dañar a un familiar (caso Bayarri), golpes en las orejas y estómago, insultos y privación de medicamentos (caso Buenos-Alves), puñetazos en el cuerpo y la cara, quemaduras de cigarro, descargas eléctricas en los testículos y práctica del submarino (caso Tibi); confinamiento solitario (De la Cruz Flores); violencia y violación sexual, privación de asistencia de salud pre y postnatal y de productos para la higiene personal (caso del Penal Miguel Castro Castro); castigo corporal, como el uso de látigo de nueve colas, junto a otras circunstancias de detención (caso Ceasar). En muchos de estos casos se combina tortura psicológica y física y condiciones de detención.

Asimismo la jurisprudencia desarrolló el concepto de tortura psicológica como aquella que a pesar de no contar con una consecuencia física visible en la víctima implica su sometimiento a un contexto de angustia y sufrimiento intenso, de modo intencional, para suprimir su resistencia psíquica y forzar a autoinculparse, o a confesar determinadas conductas delictivas; o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma (ej. propósito de anular la personalidad y desmoralizar a la víctima, caso Maritza Urrutia).

b) Pena o trato cruel, inhumano y degradante: la CADH no contiene definición expresa, y la interpretación conceptual de los órganos es ambigua. Se presentan dificultades de diferenciar los actos de tortura en algunos casos con los que son categorizados solo como tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de lograr la evidencia en el litigio internacional. El elemento de severidad

juega un rol fundamental para la distinción, ya que los elementos de intencionalidad y propósito determinado también son exigidos para esta calificación (ver voto concurrente Cecilia Medina, caso González). Con base en la jurisprudencia de la Corte Europea surgieron algunos elementos que pueden ayudar a la categorización de los actos estudiados.

Trato degradante puede caracterizarse por énfasis en la inducción de sentimiento de miedo, ansiedad e inferioridad a la víctima, con el propósito de humillarla y quebrar su resistencia moral y física. Aun en la ausencia de lesiones físicas, puede existir sufrimiento moral y psicológico, que alcanza a trato inhumano (caso Loayza Tamayo, p. 57).

Trato inhumano enfatiza el sufrimiento mental y físico, considerando como tal a las amenazas de tortura inminente o de muerte tanto a la víctima como a un familiar, pudiendo incluso en algunos casos escalar hasta tortura psicológica (ej. testigos de brutal masacre Masacre Ituango).

Se ha calificado como trato cruel el fenómeno del corredor de la muerte o la espera en detención hasta que se haga efectiva la pena de muerte. Si bien no se afirma claramente que dicho fenómeno sea *per se* trato cruel, fue declarado como tal sumado a las circunstancias de detención de los casos particulares atendidos (casos *Raxcacó-Reyes*, *Hilaire y Boyce et al.*). También se consideró trato cruel actos de violencia sexual (adoptando concepto amplio que no solo se refiere a violación y no requiere necesariamente contacto físico) contra mujeres por ser obligadas a permanecer desnudas y negarles la posibilidad de higiene personal. De esta manera, también se consideró como violación del art. 5.2 el deterioro físico y psicológico debido a las condiciones de detención (caso del Penal Miguel Castro Castro).

Pero la categorización como conducta atentatoria del art. 5.2 de la CADH o una simple declaración de violación del art. 5.1 es muchas veces ambigua. En ocasiones no se encontró como trato cruel, inhumano y degradante, sin mayor explicación, conductas similares a las acaecidas en otros casos que lograron tal categorización (ej. caso Valle Jaramillo, la situación de sobrevivientes fue agonizante y amenazante, pero no clasifican como violación al art. 5.2). En el caso de que las víctimas involucradas sean niños o niñas, la Corte se inclina a encontrar más fácilmente una violación del art. 5.2, a diferencia de casos en que con hechos similares las víctimas son adultos (caso Instituto de Reeducción del Menor).

En cuanto a las violaciones al art. 5.1 de la CADH, se debe destacar la presunción *iuris tantum* de sufrimiento mental y moral de familiares cercanos (padres, hermanos, cónyuges y compañeros permanentes) de personas desaparecidas, torturadas o víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Para seres queridos con otros vínculos, se debe remitir evidencia que demuestren su cercanía (ej. búsqueda de justicia). En casos aislados la Corte ha dejado fuera de esta categoría a hijos de desaparecidos (caso Radilla Pacheco) y ha decretado una violación del art. 5.2 respecto de familiares de víctimas (caso Bámaca Velásquez). Por otra parte, se declaró la violación a la integridad personal de periodistas por las afectaciones en su profesión sufridas como consecuencia de actos de hostigamiento de particulares mientras trataban de ejercer su labor (caso Luisiana Ríos y otros y Perozo y otros), así como respecto de personas que no pudieron acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva (caso Atravía Murillo).

En cuanto a la separación física de condenados y procesados garantizada por el art. 5.4 de la CADH, la Corte solamente encontró violación en pocos casos, afirmando que atenta con el derecho a la presunción de inocencia. Sostiene que se requieren medidas más adecuadas que la sola separación de celdas, colocando a los detenidos en diferentes secciones de un centro de detención o, incluso, de ser posible en distinto centro (caso Yvone Neptune). También la Corte, aunque no declara violación del art. 5.4, se pronunció en casos de necesidad de separar personas que se encuentran detenidas por incumplimiento de ley migratoria de carácter civil de aquellas alcanzadas por el sistema penal (caso Vélez-Loor).

En cuanto a la separación de niños, niñas y adolescentes de adultos exigida por el art. 5.5 en casos en los que pueden ser procesados, la Corte determinó que esto requiere medidas especiales de protección (art. 19, CADH), entre ellas: instituciones, jueces y procedimientos diferentes, así como tener como objetivo la búsqueda de rehabilitación (OC-17 caso Instituto de Reeducción del Menor).

En cuanto al concepto de reforma y readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la pena privativa de libertad descrita en el art. 5.6, la jurisprudencia de la Corte es escasa. En algún caso la Corte afirmó que las graves condiciones de detención de niños (violencia, abuso, corrupción, promiscuidad, etc.) no logran cumplir el objetivo de rehabilitación para regresar a la vida social. Como medida de reparación se ordenó asistencia vocacional y programas especiales de educación para las víctimas (caso Instituto de Reeducción del Menor).

Finalmente, cabe solo mencionar que en el marco de su función cautelar, ambos órganos del sistema cuentan con numerosas decisiones de protección de beneficiarios con riesgo inminente de sufrir daño irreparable a la integridad personal, y ha sido un mecanismo que ha salvado numerosas vidas (ejemplo, CIDH Medidas Cautelares. Anánias Laparra Martínez, preso que luchando por su inocencia obtuvo su libertad por condiciones de salud a través de medidas cautelares. Caso de fondo pendiente de decisión).

Alejandra Gonza

318. DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la protección de datos personales tiene un origen marcadamente europeo, surge en la década de 1970 en Alemania como autodeterminación informativa. Se define como el control sobre los propios datos, traducido en el haz de facultades (acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como derechos ARCO) necesario para que resulte verdaderamente efectivo, y que deviene como un derecho imprescindible para garantizar la protección a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en un mundo dominado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Este derecho contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad, al honor y al pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos. Por ello se dice que es en sí mismo un derecho fundamental.

El objeto de protección de este derecho no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo,

cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Cabe enfatizar que el derecho a la protección de datos personales no protege a los datos *per se*, sino a su titular.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000 es reveladora al especificar los motivos por los que el derecho a la protección de datos es un derecho autónomo y diferenciado del derecho a la intimidad, precisando que poseen diferencias que atienden a su función, objeto y contenido. No obstante, ambos comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida personal y familiar, ya que atribuyen a su titular un haz de facultades consistentes, predominantemente, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinada conducta.

Así, el derecho a la intimidad tiene la función de proteger, frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar, aquella información que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. Por su parte, el derecho de protección de datos le garantiza al individuo un poder de control sobre sus propios datos, su uso y destino, impidiendo su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Esta garantía impone al sector público y privado la prohibición de convertirse en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información.

Por otro lado, el objeto del derecho a la protección de datos personales, respecto de la intimidad, es más amplio. Es decir, extiende la garantía los datos que sean relevantes para el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar. En otras palabras, el objeto de protección no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos o esfera personal; por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos. Cabe destacar el hecho de que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los concernientes a la vida privada o íntima de la persona, sino todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, y servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, que eventualmente pudiera constituir una amenaza para el individuo.

Finalmente, en cuanto a su contenido, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; en otras palabras, deberes de no hacer. Mientras que el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades, consistente en imponer a terceros deberes jurídicos para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales; es decir, deberes de hacer, como el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el uso y destino de esos datos, así como el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

María de los Ángeles Guzmán García

319. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido considerado por los países democráticos como un principio fundamental de una sociedad pluralista (Alemania, España, Costa Rica, Colombia, México, Estados Unidos, Francia, Turquía, Italia, Canadá, entre muchos otros). Su propósito fundamental es respetar las creencias personales sin distinguir por sus contenidos y protegerlas de los valores mayoritarios que pueden ser opresivos. Sin embargo, la comprensión de este derecho y la valoración de sus eventuales restricciones han presentado múltiples dificultades interpretativas.

La dogmática del derecho no es unánime, de tal suerte que los conceptos de religión y conciencia aparecen usados indistintamente en la jurisprudencia. Al parecer, la libertad de pensamiento y de religión da origen a la libertad de conciencia y a la libertad de culto. Las primeras permiten a los sujetos creer o no, y la última, a manifestar, comportarse, dar a conocer o expandir esos pensamientos y creencias según sus convicciones no religiosas o religiosas. La libertad de culto incluye la libertad de propaganda, de congregación o fundación, de enseñanza, de reunión y asociación de las comunidades religiosas. Estas dos facetas podrían coincidir con la dimensión interna y externa del derecho. En general, al menos en Occidente y en países democráticos, solo la segunda faceta podría ser objeto de limitación estatal con base en el orden público, entendido como una situación que trasciende lo policivo, y que se refiere al mantenimiento de las condiciones que permiten el goce de los derechos y libertades de todos los individuos. No obstante, los Estados que proclaman una religión oficial, ya sean democráticos o no —como Costa Rica o los regímenes religiosos islámicos— o como parte de ciertos ordenamientos políticos —como Cuba o China— han llegado prácticamente a prohibir algunas o todas las religiones y han querido invadir todas las esferas de este derecho.

Los contextos políticos y culturales también marcan diferencias en cuanto a la jurisprudencia en la materia. En América del Norte y en ciertos Estados latinoamericanos (Colombia) se han hecho interpretaciones más inclinadas a la pluralidad; a diferencia de algunos países Europeos, esta distinción indica las dificultades que debe abordar la jurisprudencia en diferentes regiones, y llama la atención sobre el eventual avance de la tolerancia religiosa —entendida como simple consentimiento de las creencias religiosas o las convicciones no religiosas— hacia el pluralismo.

Las herramientas metodológicas para juzgar las restricciones a este derecho también varían: en Europa se aplica el juicio de proporcionalidad (legitimidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), mientras que en Estados Unidos y en Canadá se aplica el juicio de razonabilidad, que analiza la proporcionalidad de manera graduada (juicio intermedio), y en algunos países de América Latina se ha intentado fusionar el procedimiento europeo y el estadounidense (Colombia), aunque esta última región no ha proferido abundante jurisprudencia sobre este derecho.

Los aspectos más problemáticos que se han planteado ante los jueces son, entre otros, la objeción de conciencia —médica o militar—, el reconocimiento de personería a los grupos religiosos, la discriminación, el derecho de los padres a escoger la educación religiosa para sus hijos, la tensión entre

el derecho a la vida y las creencias religiosas, el uso de vestimenta o símbolos religiosos, la instalación de símbolos religiosos en establecimientos públicos, tensiones que se presentan en el ámbito laboral por los tiempos y espacios de culto, e incluso el no pago de impuestos y la desobediencia civil.

Algunos países europeos (España y Alemania) han considerado que existe un deber de neutralidad de las autoridades estatales respecto de convicciones religiosas, que implica la igualdad de trato de todas las agrupaciones. En países en los que no hay religión de Estado, la jurisprudencia ha considerado violatorio de la libertad de conciencia, de creencia y de culto colocar un crucifijo en aulas de escuelas estatales no confesionales, porque prima la neutralidad estatal (Alemania). Estos Estados también reconocen excepciones a la ley para asuntos que tocan de manera directa con la religión; por ejemplo, las dispensas por razones religiosas para sacrificar de cierta forma los animales que habrán de ser consumidos por los creyentes de un culto específico (Inglaterra). Tanto en Europa como en América Latina se ha afirmado que cuando las creencias religiosas o ideológicas se contraponen al derecho a la vida existe un deber de protección a la vida en el caso de personas sometidas a una especial tutela del Estado, a la edad o madurez de la persona sin que se puedan imponer tratamientos (España y Colombia). Además, en varios Estados la jurisprudencia ha considerado inconstitucional la obligación de asistir a actos de culto por violación de los derechos de los no creyentes o de adeptos a otra fe (España, Estados Unidos).

En Estados más severos con las restricciones, generalmente europeos, se ha admitido la prohibición de vestimenta religiosa en instituciones educativas (Francia y Turquía), a diferencia de lo que ocurre en países (Estados Unidos y Canadá).

Estos dos Estados cuentan con la jurisprudencia más profusa y elaborada en América. La jurisprudencia estadounidense ha evolucionado activamente en los últimos cincuenta años, y ha determinado que el libre ejercicio de la religión incluye que los adeptos puedan desobedecer una ley generalmente aplicable, a menos que el gobierno pueda demostrar: *i*) la existencia de un interés de Estado importante —es decir, mayor que simplemente razonable—, y *ii*) que no haya alternativa o medios legislativos menos lesivos para lograr ese interés.

Esta protección también ha amparado a sujetos no religiosos para efectos de manifestaciones pacifistas; por ejemplo, en contra de la guerra de Vietnam. El trato indistinto entre creencias religiosas y no religiosas parece confuso dogmáticamente, y podría llevar a pensar en la necesidad de definir lo que es una religión. Pero la indefinición del concepto no afecta la protección de los derechos. De hecho, un enfoque similar es asumido por la jurisprudencia europea y canadiense, siendo esta última más detallada, al optar por evaluar la sinceridad de la creencia junto con el nexo entre la religión y ciertas prácticas. Por eso los demandantes no tienen la carga de mostrar la importancia teológica de su creencia, y solo deben demostrar que su creencia personal y subjetiva (religiosa o no) es sincera.

En Estados Unidos el uso de símbolos religiosos por parte de los empleados públicos está protegido. La jurisprudencia estadounidense ha determinado que los empleadores estatales deben ofrecer un “lugar razonable” para la práctica religiosa o probar que esas prácticas han impuesto un *undue hardship*

al empleador. De manera similar ocurre en Canadá, donde los empleadores deben ajustar el lugar de trabajo y las regulaciones que tengan un impacto desproporcionado en ciertas minorías religiosas; es decir, dotar de unas condiciones razonables a estos grupos. Sin embargo, son admisibles las restricciones de buena fe resultantes de una necesidad ocupacional; por ejemplo, la prohibición de usar turbante porque el trabajo requiere el uso del casco. En el caso de empleadores privados, en los Estados Unidos se ha considerado que no hay límites constitucionales a la posibilidad de los empleadores de restringir el uso de ropa o símbolos religiosos. No obstante, las restricciones previstas para empleadores públicos son aplicables si el empleador tiene más de 15 empleados. Adicionalmente, la jurisprudencia ha considerado que los empleadores deben garantizar el derecho al día de guardar por razones religiosas.

En cuanto a la protección a los derechos de los estudiantes, desde hace más de treinta años las cortes federales estadounidenses concluyeron que la neutralidad de las escuelas en temas religiosos no riñe con la potestad de exponer a los estudiantes a diferentes perspectivas en el currículo, incluso si ellas van en contra de las inclinaciones religiosas de las familias de los niños. Lo más importante es no obligar a los estudiantes a afirmar o negar una creencia religiosa determinada. Algunos eventos que sí podrían afectar los derechos de los estudiantes serían la instalación de símbolos religiosos aunque fueran financiados por privados (por ejemplo, los 10 mandamientos) o la participación de un ministro de una religión específica en un evento escolar (como la graduación), porque en ambos casos se ejerce sobre los estudiantes una presión indirecta y velada que puede ser tan poderosa como una obligación.

En América Latina los conflictos han sido mucho menores dado el contexto sociocultural, y, en general, reproducen problemas similares a los ya enunciados. Sin embargo, la región cuenta con países que tienen religión oficial (Costa Rica), y con uno que prohibió hasta hace muy poco la religión (Cuba). Además, uno de los aspectos más interesantes de sus debates tiene que ver con la confusión entre libertad religiosa y proselitismo político —que eventualmente ha llevado a cancelar la autorización a muchas congregaciones en épocas de agitación política— y con la protección de las comunidades indígenas tanto en sus usos y costumbres como frente a religiones que adelantan procesos de evangelización que amenazan a las culturas originarias. Sin embargo, la tendencia normativa hacia la adopción del principio de pluralismo está presente, con lo cual la jurisprudencia parece inclinarse a dar una protección a todos los grupos que puedan coexistir en democracia y a brindar atención especial a los pueblos indígenas.

Ethel Nataly Castellanos Morales

320. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El continente americano no ha afrontado los acalorados debates derivados del derecho a la libertad de conciencia y de religión que ha afrontado Europa, debido, entre otras causas, a su composición sociocultural y a diversos fenómenos demográficos. Sin embargo, el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha reconocido este derecho como elemento fundamental de la democracia en medio de sociedades diversas. Las tensiones derivadas de esta norma han propiciado varias discusiones, que en general

han sido abordadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes y recomendaciones —especialmente por restricciones impuestas por dictaduras, durante guerras civiles o a causa de los principios de ciertos modelos de estado— y no por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). No obstante, esta última ha aportado elementos valiosos sobre este derecho en sus opiniones consultivas.

El manejo de la dogmática del derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido similar a los desarrollos de Europa: el derecho contempla un aspecto externo y uno interno. El externo consiste en la libertad de profesar y divulgar sus creencias de manera individual o colectiva en la esfera pública o privada. El aspecto interno implica la libertad de conservar o de cambiar de religión o de creencias. Solamente el aspecto externo podría ser objeto de las restricciones que sean establecidas legalmente y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Adicionalmente, los Estados están obligados, a través de la ley, a prohibir la apología del odio religioso como incitación a la violencia y otras acciones ilegales similares contra una persona o grupo por motivos religiosos. Sin embargo, la norma no contempla la obligación de los Estados de reconocer la objeción de conciencia.

Los principales problemas que ha afrontado la región tienen que ver con las tensiones básicas que genera este derecho: discriminación, objeción de conciencia, reconocimiento de organizaciones religiosas, protección de minorías religiosas, entre otras. Con todo, existen particularidades propias del contexto político y de la historia de la región: por ejemplo, la promoción de doctrinas sociales y políticas vinculadas a una visión teológica que ciertos regímenes políticos han perseguido ilegítimamente y el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas.

La CIDH ha reconocido que los Estados tienen la obligación de controlar a los grupos que discriminan, promueven el odio religioso, persiguen u obstaculizan el ejercicio de derechos religiosos. Pero en ocasiones han sido los mismos Estados quienes directamente han afectado ese derecho. Por ejemplo, la CIDH constató obstáculos para ciertas religiones (Testigos de Jehová en Argentina y Paraguay, comunidad judía en Venezuela). Uno de los casos más alarmantes fue la persecución a la Iglesia católica durante la dictadura en Guatemala y durante la guerra civil en El Salvador debido a las actividades de asistencia religiosa y social, así como a los llamados a la no violencia. En todos los casos la CIDH ha llamado la atención de los Estados para eliminar las restricciones indebidas, sancionar las conductas que restrinjan el libre ejercicio del derecho, y adoptar medidas que garanticen la no repetición de estos hechos.

El trabajo de la CIDH también ha sido notable en el caso cubano, donde existían severas restricciones a la libertad religiosa debido al régimen político establecido. No obstante, la posición de la Comisión fue constante, y hace poco se logró una reforma constitucional a favor del derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

En cuanto a la relación entre la cultura, la espiritualidad y la posesión de tierras tradicionales de comunidades indígenas, no existe claridad ni uniformidad en los pronunciamientos de la CIDH y, por el contrario, aparece un elemento crítico, que eventualmente ocupará la atención tanto de la Comisión como de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido muy poco al derecho a la libertad de conciencia y de religión; en general lo ha hecho en ejercicio de su función consultiva con respecto a la intangibilidad de derechos y garantías y a la obligatoriedad de un recurso efectivo para su protección. En ese sentido, el derecho a la libertad de conciencia y de religión es intangible en su dimensión interna, y en su dimensión externa solo puede ser restringido bajo ciertas circunstancias determinadas por la CADH y, en todo caso, dada la intangibilidad del derecho, el recurso efectivo a través del cual se protege también es intangible.

En sede contenciosa, la Corte solo ha proferido una sentencia que trata directamente el tema con respecto a la censura de una película sobre la vida de Jesús. La Corte IDH no encontró que se hubiera producido una interferencia con art. 12 de la CADH por censurar un filme que, según los peticionarios, daba información sobre la religión y podría incidir en la decisión de la comunidad. Aunque sí descalificó la censura, la Corte consideró que esta no lesionaba el derecho a la libertad de conciencia o de religión, pues no privó a ninguna persona de su derecho a conservar, cambiar, profesar o divulgar con libertad su religión o creencias.

A pesar de la inexistencia de otras decisiones al respecto —en términos de *rationes decidendum*— también se han presentado intentos por construir una dogmática que relacione la libertad de conciencia y de religión con el territorio ancestral en el caso de comunidades indígenas; sin embargo, aún no es clara la conceptualización.

En cuanto a la metodología de análisis de las restricciones a este derecho, llama la atención que la Corte IDH haya destacado que el art. 12 de la CAHD se refiere a la necesidad de aplicar un juicio de proporcionalidad en los casos en los que haya restricciones a la esfera externa del derecho, con lo cual parece asumirse la tendencia del modelo europeo.

Ethel Nataly Castellanos Morales

321. DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ha enfrentado algunos de los grandes desafíos de la integración: respetar diferentes tradiciones constitucionales y proteger los derechos individuales en medio de herencias religiosas y culturales diversas. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contempla este derecho en su art. 9, sin definir lo que es una religión; sin embargo, se ha enfatizado en la seriedad e importancia de la creencia, la cohesión de grupo y su compatibilidad con la dignidad humana.

El CEDH distingue un ámbito interno y uno externo de este derecho: las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión interna— son intangibles; las libertades de manifestación de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión externa— sí se pueden restringir para proteger el orden público y los derechos y libertades de los demás. Ejemplos de la dimensión interna son la no obligatoriedad de jurar como requisito para posesionarse en un cargo público, por cuanto obliga a manifestar una creen-

cia específica; y la prohibición de utilizar categorías religiosas como datos relevantes en los documentos de identidad, por exhibir y clasificar al sujeto como creyente. La dimensión externa se ejemplifica con la vestimenta religiosa o con las manifestaciones de pacifistas que se oponen al servicio militar obligatorio. Este último ejemplo recuerda que el ámbito de protección del art. 9 abarca a sujetos religiosos y no religiosos.

Además de estas distinciones, la jurisprudencia del TEDH ha acudido a los principios de neutralidad y de amplitud del margen de apreciación de los Estados para resolver los casos que involucran estos derechos. El primero de estos principios se ha aplicado, entre otras, a través de las siguientes formulaciones: *i)* el Estado debe ser neutral con respecto a la organización interna de grupos religiosos y a la selección de sus líderes; *ii)* si los Estados lo deciden, pueden establecer procedimientos para el reconocimiento oficial de los grupos religiosos, pero no pueden usarlos para favorecer o perjudicar a alguno de ellos, y *iii)* los Estados pueden regular los lugares de culto bajo las mismas condiciones mencionadas en el inciso anterior.

El principio de neutralidad, sumado a las obligaciones de un Estado democrático, llevan al deber de garantizar tolerancia en caso de choques entre grupos religiosos. Para el cumplimiento de estas obligaciones, cuya complejidad no es de poca monta en el contexto europeo, la jurisprudencia del TEDH ha reconocido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación que permite considerar el contexto específico.

Los casos que ha estudiado el TEDH implican restricciones al art. 9 del CEDH, y los peticionarios cuestionan el sustento de las mismas. Por eso la herramienta metodológica que ha usado el TEDH corresponde a un juicio de proporcionalidad, en el que analiza la legitimidad de las medidas, que puede corresponder a su legalidad o a la persecución de un fin legítimo, según el CEDH; la necesidad de las mismas, consistente en la inexistencia de otras medidas menos restrictivas del derecho, y su proporcionalidad en sentido estricto, que implica que el beneficio de la medida en términos de derechos es mayor que la restricción de los mismos.

Algunas de las reglas jurisprudenciales del TEDH en la materia son las siguientes. El TEDH ha reconocido la autonomía de cada Estado para reconocer o no la objeción de conciencia. Sin embargo, en casos extremos y en países que no protegen a los objetores, el TEDH les ha dado protección con base en otros derechos distintos al art. 9 del CEDH; por ejemplo, la prohibición de tratamiento degradante y el principio de no discriminación.

La jurisprudencia del TEDH considera violatorias del CEDH las prohibiciones genéricas y poco precisas de proselitismo, porque aunque ese tipo de prohibiciones puede ser legítimo para mantener la paz y la democracia, la extrema amplitud normativa no es necesaria, ya que pueden existir otras medidas menos restrictivas del derecho.

El TEDH considera que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con la aplicación del margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas para efectos, entre otros, del reconocimiento legal de las Iglesias. Por otro lado, la jurisprudencia entiende que los derechos contenidos en el art. 9 del CEDH exigen al Estado asegurar que los grupos religiosos enfrentados entre sí por razones religiosas se toleren y puedan profesar sus creencias libremente. Aunque es legítimo adoptar medidas para el man-

tenimiento del orden público y los principios democráticos, la denegación de reconocimiento no es una medida necesaria, y resulta desproporcionada.

Sobre los lugares de culto, el TEDH ha considerado que es violatoria de la obligación de neutralidad e imparcialidad la irrupción injustificada de autoridades estatales en una reunión de culto que se realice en un lugar alquilado para ese efecto si no se hace de acuerdo con la ley

Por otra parte, el TEDH ha establecido que el solo hecho de utilizar vestimenta con connotaciones religiosas en un lugar público no influencia a otros ni viola la neutralidad estatal; por lo tanto, no puede prohibirse. Sin embargo, en otros casos la posición del sujeto y la de su eventual audiencia son relevantes, y hacen necesaria la restricción del uso de prendas con connotaciones religiosas. Fue el caso de una profesora de primaria que usaba prendas islámicas en sus clases, y la escuela se lo prohibió. El TEDH consideró que la restricción era necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, el orden y la seguridad públicos, ya que era muy difícil conciliar el principio democrático de la igualdad de género con el precepto religioso; además, enfatizó en la eventual posición de influencia de la maestra sobre los niños. En otros casos el TEDH ha considerado admisible la prohibición de usar burka o pañuelos islámicos en universidades públicas. La jurisprudencia entiende que la interferencia al derecho está justificada porque su objetivo es proteger las libertades y derechos de otros, así como el orden público. El derecho a la libertad religiosa no es absoluto, y toma en consideración elementos de demografía política, porque bajo ciertos contextos tales restricciones ayudan a considerar y respetar todos los intereses religiosos. En este tipo de casos, la manifestación de símbolos religiosos en países con mayorías religiosas puede constituir presión a los estudiantes que no practican esa religión, y las restricciones se consideran legítimas y necesarias para proteger a la ciudadanía frente al extremismo religioso. De acuerdo con ello, el TEDH favorece el margen de apreciación, ya que las normas estatales deben proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y mantener el orden público.

Sin embargo, la jurisprudencia no es tan clara en el caso del uso de símbolos religiosos en lugares públicos. El TEDH ha aceptado que la instalación de crucifijos en escuelas públicas es admisible, porque se trata de un símbolo pasivo que no ejerce influencia o adoctrinamiento en los demás ni los hace partícipes en actividades religiosas de manera obligada. En ese sentido, no es proselitismo religioso, y no viola el art. 9 del CEDH.

Adicionalmente, cabe anotar que la jurisprudencia europea ha considerado que si los sujetos conocen las condiciones de ciertos establecimientos —como empleos y universidades— que implican restricciones al art. 9, y aún así se hacen parte de sus actividades, no podrían luego alegar violación de su derecho. Por eso los empleadores no están obligados a facilitar espacios o tiempos de culto.

Sin embargo, el art. 9 tiene varias facetas en el ámbito laboral, como lo muestra un caso reciente del TEDH, que estableció que una empleada cristiana podía usar un crucifijo de manera visible mientras atendía a los clientes de la empresa. Para el TEDH, la restricción a ese derecho que ejerció el empleador no superaba el juicio de necesidad. Sin embargo, como es propio del derecho jurisprudencial, los fundamentos fácticos de cada caso son rele-

vantes para las decisiones. En un caso similar que transcurrió en un hospital, la restricción fue hallada legítima y necesaria por razones de seguridad laboral, seguridad de los pacientes y de salubridad.

En el mismo escenario laboral se han presentado conflictos de empleados religiosos que se niegan a adelantar ciertas funciones por considerarlas contrarias a su fe. Esos fueron los casos de un empleado que se negaba a adelantar funciones propias del registro civil en el caso de uniones de parejas del mismo sexo y de un terapeuta que se negaba a atender a estas parejas. En los dos casos el TEDH consideró que los despidos de los dos funcionarios fueron legítimos y necesarios porque buscaban la protección de los derechos de otros, que además eran personas históricamente discriminadas, por lo que es del interés de la democracia eliminar esa discriminación. La necesidad de la medida fue constatada por el TEDH, ya que no existía otra forma de lograr el objetivo propuesto de tratar en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo.

La complejidad de la jurisprudencia es notable, y los desafíos que aún debe enfrentar el TEDH son inmensos. Sin embargo, las *rationes decidendum* establecidas, aunque muchas de ellas sean altamente cuestionables, operan como fuente fundamental para la resolución de casos futuros.

Ethel Nataly Castellanos Morales

322. DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho fundamental a la libertad de expresión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que este derecho ocupa un lugar central el instrumento referido, dado que constituye un presupuesto indispensable para la protección de otros derechos fundamentales y para el funcionamiento de la democracia en su conjunto. En este sentido, ha considerado que “[la] libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” (OC-5/85. Reiterado posteriormente en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, entre otros).

Según el artículo 13 citado, el derecho a la libertad de expresión consiste en el derecho de “toda persona a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. La misma norma, en su inciso segundo, establece que el ejercicio de este derecho “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, las que deben superar el llamado test tripartito o de necesidad. En su inciso tercero, prohíbe las restricciones indirectas, como las que se ejercen a través del uso arbitrario de los bienes y recursos públicos para castigar a quien emite expresiones críticas. El inciso cuatro admite la restricción legal del ingreso de niños y niñas a espectáculos públicos. Finalmente, su quinto inciso excluye del ámbito protegido por la libertad de expresión, a la propaganda en favor de la guerra y a la apología del odio que constituya incitación a la violencia.

Dado que este precepto establece excepciones a la presunción general de cobertura del artículo 13, las mismas deben ser interpretadas de manera particularmente restrictiva en aquellos casos en los que la expresión se con-

vierta en una verdadera y voluntaria acción violenta con clara capacidad de producir un daño a bienes jurídicos como la vida o la integridad personal de terceros.

Para la Corte Interamericana, la libertad de expresión es un derecho de “doble vía”, por cuanto abarca una dimensión individual y otra colectiva. Lo anterior significa que cualquier restricción que se produzca —por ejemplo, por una condena civil o penal a una persona a raíz de su ejercicio— no solo afectaría a la persona condenada, sino a la sociedad en su conjunto. En efecto, mientras la dimensión individual consiste en el derecho que le asiste a toda persona para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de cualquier índole y a través de cualquier medio, su dimensión social consiste en el derecho colectivo que le asiste a la sociedad, en su conjunto, a tener acceso a la información y las ideas de otras personas. Si un periodista no puede hacer una publicación, la afectación alcanza a la sociedad entera que queda privada de conocerla. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH ha reconocido que, aun cuando *toda* persona, natural o jurídica, tiene derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de este derecho por parte de periodistas y medios de comunicación (la libertad de prensa) reviste particular importancia y goza por ello de una protección especial reforzada. En palabras de la Corte, a los periodistas y a los medios de comunicación les corresponde una función esencial para el funcionamiento de la democracia: la función de mantener informada a la ciudadanía, de promover la discusión sobre los asuntos de interés general y de controlar los excesos del poder público. Ha sostenido que el periodismo constituye la “manifestación primaria y principal” de la libertad de expresión (caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*).

Atendiendo a la naturaleza y función del derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH ha enfatizado que este protege, incluso, aquella información que es ingrata, ofensiva o perturbadora para el Estado o para una parte de la sociedad (caso *Kimel vs. Argentina*).

Cualquier restricción a la libertad de expresión, para ser considerada compatible con la Convención Americana, debe satisfacer cada uno de los requisitos del test tripartito o de necesidad: *i*) la restricción debe estar contenida en una ley tanto en sentido formal como material, y ser formulada de forma clara, concreta y precisa, libre de ambigüedades o vacíos normativos; *ii*) debe perseguir una finalidad reconocida como legítima por la Convención, y *iii*) debe ser necesaria y proporcionada para el logro de dicha finalidad (véanse los casos referidos y, adicionalmente, *Palamara Iribarne vs. Chile*, y *Tristán Donoso vs. Panamá*).

Las leyes que establecen restricciones amplias o ambiguas a la libertad de expresión tienen por lo menos tres efectos contrarios a la Convención Americana. En primer lugar, “deslegalizan” la facultad de restringir la libertad de expresión; en segundo lugar, abren un espacio a la discrecionalidad y arbitrariedad por parte de las autoridades encargadas de aplicarlas; en tercer lugar, producen un efecto intimidatorio que puede conducir a la autocensura.

Para realizar la ponderación exigida en el último paso del test tripartito, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha sostenido que, en aquellos casos en los que el contenido de la información publicada contribuye a un debate de interés público, tiende a prevalecer la libertad de expresión sobre los derechos o bienes enfrentados. En todo caso,

ante una duda razonable sobre si la información publicada reviste o no interés público, el derecho debe inclinarse por proteger su publicación o difusión. De ninguna otra manera puede entenderse la prelación *prima facie* del derecho a la libertad de expresar opiniones e informaciones que puedan tener relevancia para la construcción de la opinión pública o el debate democrático.

Entre más severa resulte la sanción que se impone por el presunto ejercicio abusivo de la libertad de expresión, más estricta la evaluación del cumplimiento de cada uno de los tres pasos del test de necesidad. Esto no solo como resultado del principio de legalidad, sino porque a mayor severidad de la sanción, mayor el potencial inhibitorio sobre el debate democrático. Por esta razón, resultan en principio incompatibles con la garantía de la libre expresión las restricciones de naturaleza penal respecto de expresiones de interés público, así como las restricciones de naturaleza civil que sean desproporcionadas (*Fontevicchia y D'amico vs. Argentina* y *Tristán Donoso vs. Panama*). En efecto, en todos los casos tramitados en el SIDH referidos a la imposición de sanciones penales a quien ha formulado o difundido expresiones que la Corte considera de interés público, el Tribunal ha encontrado que la sanción es desproporcionada y ha condenado al Estado. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que las sanciones penales respecto de cualquier expresión de interés público resultan contrarias a la Convención y ha sostenido que las condenas civiles en estos mismos supuestos solo son procedentes cuando la persona cuya expresión es objeto de juicio emitió una información falsa que produjo un daño ilícito, sabiendo que la información era falsa o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad.

Tanto para la CIDH como para la Corte Interamericana, las opiniones no pueden ser motivo de reproche estatal y, por tanto, no son objeto de responsabilidades ulteriores (caso *Kimel vs. Argentina*).

Finalmente, ambos órganos han reconocido que el derecho de acceso a la información pública está resguardado por el citado artículo 13 de la CADH. En ese sentido, todos los habitantes de la región tienen derecho a solicitar y acceder, en forma oportuna, completa y fidedigna, a la información que repose en los archivos en poder del Estado o de actores privados cuando atañen funciones, servicios o recursos públicos y la información solicitada se refiera a tales ejecuciones. La Corte ha señalado que toda restricción del derecho de acceso está sometida al test tripartito o de necesidad (caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*).

Catalina Botero

323. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal es el derecho humano relativo a la protección física de las personas en contra de arrestos, detenciones u otras formas de privación ilegal o arbitraria por parte de los poderes públicos.

La anterior definición se ha manejado con frecuencia, como puede identificarse en diversas Constituciones latinoamericanas, en tratados internacionales de derechos humanos, y en su interpretación, corresponde a un sentido estricto y de forma negativa; es decir, que se protege en contra de su limitación; no obstante, como da muestra la reciente jurisprudencia interamericana, el derecho a la libertad personal, en un sentido amplio, se ha entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la libertad personal es una condición que toda persona en lo general debe disfrutar.

Etimológicamente, la palabra “libertad” proviene del latín *libertas* o *libertatis*, que se identificaba con el estatus de ser libre, en oposición a la de ser esclavo. En la actualidad, la prohibición de la esclavitud también se reconoce como un derecho humano. Aunque por lo regular esta prohibición y el derecho a la libertad personal son abordados de forma independiente en los distintos instrumentos nacionales e internacionales, países como Ecuador (a. 66.29 b y c) y Perú (a. 2.24) los protegen en mismo art. constitucional.

Entre las diversas construcciones conceptuales de “libertad” puede destacarse la de Isaiah Berlín, en el siglo xx, quien dividió la libertad en: 1) libertad negativa o “libertad de”, relacionada con la ausencia de obstáculos para su ejercicio, y 2) libertad positiva o “libertad para”, en donde la voluntad es un elemento crucial. Esta clasificación ha sido seguida por diversos autores, entre ellos Norberto Bobbio, quien definió a la libertad negativa como la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos; asimismo, sobre la libertad positiva señaló que se identifica con una cualificación de la voluntad.

Francisco Laporta, desde un punto de vista jurídico-político, señaló que hay libertad para actuar cuando: 1) no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo, entonces se puede actuar libremente; 2) no existe una norma que obligue a actuar de determinada manera, la ausencia de obligación permite igualmente actuar libremente, y 3) existe una norma que permite actuar de determinada forma. Con relación a lo anterior, la Constitución de Perú precisa en su art. 2.23, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; en consecuencia, “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Disposiciones similares contemplan los ordenamientos constitucionales de Ecuador (a. 66.29 d) y Guatemala (a. 5). Por su parte, Miguel Carbonell relaciona el tercer supuesto de la clasificación señalada, con los *derechos fundamentales de libertad* que se encuentran reconocidos en las Constituciones modernas y en los tratados internacionales en la materia; entre ellos se encuentran la libertad de tránsito, de religión, de expresión, de asociación, entre otras. Sin detenernos en ellas, por no ser objeto de la presente voz, un elemento que se puede destacar es que los poderes públicos están obligados a no interferir en las conductas amparadas en estos derechos y también a resguardar su cumplimiento.

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido en diversas Constituciones de los países latinoamericanos, entre las que se encuentran Argentina (43), Bolivia (23); Brasil (5.LIV), Colombia (28), Costa Rica (20 y 37), Chile (19.7), Ecuador (66.29), el Salvador (11), Guatemala (5 y 6), Honduras (69 y 71), México (14), Nicaragua (25.1 y 33), Panamá (21), Paraguay (9 y 11), Perú (2.24), República Dominicana (40) y Venezuela (60). Asimismo, España (17).

En el derecho internacional de los derechos humanos también está protegido el derecho la libertad personal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, lo formuló relacionado con la prohibición de esclavitud y la detención arbitraria (3, 4 y 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempló el derecho a la libertad personal (9) y dispuso la prohibición de detencio-

nes o prisión arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos, órgano creado en virtud de este tratado, en su observación general 8, señaló que el art. 9, párrafo 1, es aplicable “a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la migración”. Asimismo, dispone el derecho de toda persona a ser informada de las razones de la detención, el derecho a ser llevada sin demora ante el juez para ser juzgada o puesta en libertad, a recurrir ante un tribunal y al derecho de obtener reparación por su detención o privación ilegal.

Los tratados regionales de derechos humanos consagran también el derecho a la libertad personal. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales precisa ciertos supuestos en los que está permitida la detención y las garantías que deben acompañar a limitación de este derecho (5); la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consagra este derecho y prohíbe su privación ilegal o arbitraria (6), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege este derecho y dispone las garantías que deben acompañar su limitación (7).

El derecho a la libertad personal ha sido protegido de forma paralela con la seguridad personal por distintos tratados internacionales, como el PIDCP, los tratados regionales antes referidos y algunos ordenamientos constitucionales, entre los que se pueden mencionar los de Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y España. Lo anterior, en el sentido que se protege la libertad física de la persona en contra de su afectación por otras.

Como garantías específicas del derecho a la libertad personal, en sentido estricto; es decir, en la protección física de la persona, se pueden identificar: la prohibición de arresto o detención arbitraria, la legalidad en la privación de la libertad, el derecho a ser informado de las razones de la detención, a ser presentado ante un juez en un plazo razonable, el derecho al control judicial de los arrestos y detenciones y la compensación por el arresto o detención ilegal o arbitraria. Asimismo, se relaciona con la prohibición de la desaparición forzada de personas, que justamente inicia con la privación de la libertad protegida por las convenciones Internacional e Interamericana en la materia.

Mireya Castañeda

324. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho a la libertad personal, consagrado en diversos ordenamientos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, ha sido interpretado por diversos órganos jurisdiccionales o constitucionales competentes en el ámbito interno de los distintos países, emitiendo criterios de prioridad importancia. Como algunos ejemplos de interpretación constitucional de este derecho se pueden mencionar los siguientes:

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-163/08, señaló que del preámbulo y de diversos artículos de la Constitución de Colombia se deriva la consagración de la libertad como principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción de la libertad individual. En las sentencias C-730/2005 y C-1001/05, entre otras, señaló que el art. 28 de su Constitución representa la cláusula general del

derecho a la libertad personal, en donde se reconoce que “toda persona es libre”. Este derecho puede tener límites, pero no puede ser arbitraria, por lo que la norma constitucional alude a garantías que están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental. Por lo anterior, nadie puede ser detenido ni apresado sino: 1) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) con las formalidades legales; 3) por motivo previamente definido en la ley; 4) la persona detenida previamente será puesta a disposición de juez competente, y 5) la detención no podrá ser por deudas.

En México, se ha señalado en una tesis de jurisprudencia en materia constitucional, que la libertad personal, entendida en sentido amplio, “es la capacidad de hacer o no hacer todo lo que está lícitamente permitido, luego, los actos que la restrinjan o limiten más allá de lo razonable, aun cuando no exista una determinación por escrito al respecto, violan ese derecho humano” (TA, 10ª época, T.C.C., *S.J.F y su Gaceta*; libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1435).

El Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 120/1990, abordó el concepto constitucional de libertad personal, y diferenció entre la libertad como autonomía del individuo para elegir diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses protegida en el art. 1.1 constitucional, y la libertad personal protegida en el art. 17.1 del mismo ordenamiento, relativa a la libertad física frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios.

Mireya Castañeda

325. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales. El numeral dispone el derecho de toda persona a la libertad y seguridad. Este derecho puede tener limitaciones, que pueden derivar en la privación legal de la libertad, como son: que sea en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; que sea conforme a derecho para comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. En el mismo sentido, contempla disposiciones relativas a la detención de niños por razones médicas o sociales, y a extranjeros.

El citado numeral establece también ciertas garantías para la privación de la libertad de una persona, como son: el derecho a ser informada de las causas de su detención en un plazo breve y en la lengua que comprenda, que sea presentada ante un juez y a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad, a presentar un recurso sobre la legalidad de su privación y, en su caso, a una reparación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha emitido diversas sentencias, en donde ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal. Por ejemplo, en el caso *Mckay v. The United Kingdom* (2006) señaló que el art. 5, junto con los arts. 2, 3 y 4, son derechos fundamentales que protegen la segu-

ridad física e individual, y cada uno es de importancia primordial, en tanto que el propósito del numeral 5 es prevenir la privación de la libertad arbitraria o injustificada (párr. 30). En el caso *Ladent v. Poland* (2008), señaló que el derecho a la libertad y seguridad personal es de la más alta importancia “en una sociedad democrática” de acuerdo con el significado de la Convención (párr. 45). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Medvedyev and others v. France* (2010 párr. 76).

En el caso *Engel and others v. The Netherlands* (1976), señaló que el derecho a la libertad personal (art. 5.1) es compatible con la noción de libertad individual en sentido clásico; esto es, la libertad física de la persona, y pretende que nadie sea desposeído de ella de forma arbitraria (párr. 58). En el caso *Guzzardi v. Italy* (1980), señaló que la privación de la libertad se puede identificar con la clásica detención en prisión o estricto arresto, pero que se puede presentar en otras numerosas formas (párr. 95). En este mismo caso indicó que la privación de libertad, según el art. 5, depende de la situación concreta en la que deben ser considerados distintos criterios, como el tipo, duración, efectos y la manera de implementación (párr. 92). Precisó que la diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es relativo al grado o intensidad y no a la naturaleza y sustancia (párr. 95). Los anteriores criterios han sido recogidos en casos más recientes, como el caso *Medvedyev and others v. France* (2010, párr. 73) y el caso *Creangă v. Romania* (2012, párr. 91).

Por otro lado, el TEDH, en el caso *Rantsev v. Cyprus and Russia* (2011), ha indicado que la privación de la libertad, en el significado del art. 5.1, aunque el tiempo de la misma sea corto, ello no afecta la conclusión sobre su conculcación, sino que debe enfatizarse la seriedad de la naturaleza y las consecuencias de la detención en el caso (párr. 317). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Iskandarov v. Russia* (2010, párr. 140).

Con relación a las obligaciones positivas respecto a la privación de la libertad de las personas, en el caso *Storck Germany* (2005), señaló que el Estado está obligado a tomar medidas efectivas para proteger a las personas vulnerables, incluida la prevención de la privación de la libertad (párr. 102).

Mireya Castañeda

326. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este numeral se encuentra contemplada la prohibición de la privación, detención o encarcelamiento arbitrarios de una persona, el derecho a ser informada de las razones de su detención, el derecho a ser llevada ante un juez o dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad; el derecho a recurrir ante un tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto y la prohibición de prisión por deudas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal en diversas ocasiones. Entre su jurisprudencia más destacable y reciente se pueden señalar los siguientes casos. En el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* (2012) señaló que el art. 7 interpretado en forma amplia incluye un concepto de libertad en sentido extenso, como el derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, relativo a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permi-

tido. Constituye así el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (párr. 142). Lo anterior también lo había señalado en el *caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007), aunque en esta ocasión destacó que el art. 7 protegía el derecho a libertad física del titular del derecho, y que se expresa normalmente en el movimiento físico, cuya afectación se da de forma negativa con la privación o restricción de la libertad (párr. 53).

En el *caso Familia Barrios vs. Venezuela* (2011) y en el *caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009), destacó que el art. 7 tiene dos tipos de regulaciones; una general, que indica el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales, y una específica, compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (7.2) o arbitrariamente (7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (7.5), y a impugnar la legalidad de la detención (7.6) (párrs. 54 y 143, respectivamente).

En el *caso García y familiares vs. Guatemala* (2012), la Corte reiteró: 1) el aspecto material de la restricción al derecho a la libertad personal, que debe estar fijado en las Constituciones o leyes dictadas conforme a ellas, y 2) el aspecto formal, relativo a la estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la mismas. Asimismo, el Tribunal ha considerado que toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de la detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física (párr. 100).

Otra sentencia que aborda una temática interesante es el *caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), en donde la Corte analizó la privación ilegal de la libertad de manera conjunta con la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.

Mireya Castañeda

327. DERECHO A LA NACIONALIDAD

En una concepción básica, podemos entender a la nacionalidad como un vínculo de orden jurídico que tiene una persona para con un Estado-nación, generándole un sentido de pertenencia con esta, otorgándole derechos y obligaciones. De igual forma, podemos entender a la nacionalidad como una condición particular de los habitantes de un determinado lugar (nación), pertenecientes a este, generándoles derechos y aspectos propios del lugar, y reconocimiento dentro de la sociedad en la que se desenvuelven cotidianamente. La nacionalidad se puede establecer desde diversos puntos de vista, ya sea desde un ámbito social o desde un ámbito jurídico-político. Lo anterior la ubica en el supuesto de ser reconocida como un derecho humano. Es de señalar que la nacionalidad se obtiene mediante diversos factores, que dependen de la normatividad interna de cada nación, sin que se desconozca la protección y reconocimiento que se le otorga a este derecho a nivel internacional.

Los derechos humanos son un instrumento de reconocimiento de la personalidad, misma que en un comienzo fue de naturaleza civil o privada, hasta

llegar a un reconocimiento por parte de las propias autoridades, extendiéndose para ubicarlos dentro de un panorama internacional, dándoles mayor fuerza y protección frente a cualquier transgresión que pudiera ocasionárseles. Por ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (proclamada el 10 de diciembre de 1948) hizo un reconocimiento de derechos iguales a toda persona, de entre los cuales no podía faltar el derecho humano a una nacionalidad que identifique a la persona (art. 15); además, se establece que se protegerá la nacionalidad de la persona, pues no se podrá privar de ella arbitrariamente.

Dentro de la teoría de los derechos humanos, estos se pueden diferenciar por generaciones; lo anterior, atendiendo a su orden prelativo de reconocimiento por los Estados y naciones. Por ello, al ser la nacionalidad un derecho de índole civil (estatus civil de la persona residente y perteneciente a una determinada nación, lo cual le genera derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos, a manera de ejemplo, recibir educación otorgada por el Estado; enrolarse en el servicio militar y contribuir al gasto público, entre otros.) y político (generando de igual forma derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos participar en asuntos públicos, votar, y la posibilidad de ser electo en cargos públicos de elección popular), se le ubica en los derechos individuales clásicos o también llamados de *primera generación*, los cuales surgen del liberalismo político del siglo XVIII, y fueron instaurados en las primeras Constituciones escritas (Fix-Zamudio).

La nacionalidad se puede adquirir por diversas formas, las cuales son: *i) Nacionalidad originaria*, aquella que se adquiere con el nacimiento en un determinado Estado-nación (*ius soli*); es decir, se adquiere la nacionalidad del territorio en el que se nació, o la que se adquiere por la estirpe de la persona (*ius sanguinis*); es decir, corresponde a la calidad de nacionalidad que tengan los padres, a efecto de que el hijo herede alguna (filiación), y *ii) Nacionalidad derivada*, la cual se genera con la modificación primigenia de la nacionalidad, para adquirir la de otro Estado, en términos de la normatividad que le es aplicable.

Existen diversos Estados en los que la nacionalidad se vincula estrechamente a la autoridad estatal. Tal es el caso de países como Argentina, España, Chile, entre otros; es decir, la nacionalidad debe ser documentada mediante un certificado emitido por la autoridad estatal en la que se le reconozca dicha calidad. Lo anterior, a través de diversos requisitos establecidos en sus propias normas, previéndose, además, derechos y obligaciones para con el Estado al que pertenecen y les expidió su nacionalidad.

En el caso del Estado mexicano, la nacionalidad es un derecho reconocido dentro de su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (promulgada el 5 de febrero de 1917), en sus arts. 30, 32 y 37. En ese sentido, se prevé como un derecho que puede adquirirse en dos formas: *i) Nacimiento* (los nacidos dentro del país sea cual fuere la nacionalidad de los padres, los que nazcan en el extranjero, pero que sean hijos de padre o madre mexicanos, estos últimos aun cuando fueran por naturalización, y los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes), y *ii) Naturalización* (los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores una carta de naturalización, así como la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos en ley). Además, la normatividad mexicana protege a la na-

cionalidad como un derecho reconocido en el ámbito nacional y extranjero, por lo que en ningún caso, siendo mexicano por nacimiento, se puede privar de dicha calidad; contrario a ello, en el supuesto de que el derecho haya sido adquirido mediante la naturalización, este sí se puede perder bajo algunas circunstancias, como lo son: *i)* La adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera; *ii)* Por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero; *iii)* Por usar un pasaporte extranjero; *iv)* Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y *v)* Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

Es de resaltar que a nivel internacional se ha establecido un reconocimiento y protección de manera constante al derecho que se tiene a la nacionalidad, el cual, al ser un estado civil de las personas, sirve como base para el reconocimiento de otros derechos humanos. Por ello, de conformidad con la Convención American sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (suscrita en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969), en su art. 20 se reconoció y protegió la nacionalidad, estableciendo que “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”, además, “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él, con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”; además, señaló el referido Tribunal que el art. 20 del Pacto de San José recoge un doble aspecto en el tema de la nacionalidad, pues “significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado”, y por otra implica “protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por último, es preciso mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la nacionalidad sin hacer diferenciación alguna en la forma que fuera adquirida, ya sea por nacimiento, naturalización o algún otro medio establecido en cualquier normatividad de los Estados-nación (caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

César Bernal Franco

328. DERECHO A LA PRIVACIDAD

Podría definirse como el derecho que toda persona tiene a separar aspectos de su vida privada del escrutinio público. A pesar de lo importante que resulta la privacidad en la vida de cualquier ser humano, este derecho no fue expresamente incluido en los primeros catálogos de derechos humanos, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) o las Diez Enmiendas a la Constitución Estadounidense (*Bill of Rights*, 1791).

Esto podría explicar, quizá, su ausencia en el texto de muchas constituciones del mundo, incluida la mexicana. El derecho a la privacidad ha surgido, más bien, a partir de la doctrina y jurisprudencia de varios países del mundo.

Las primeras conceptualizaciones de este derecho fueron acuñadas por Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes, en 1890, publicaron su célebre ensayo *The Right to Privacy*. En este trabajo, estos juristas estadounidenses articularon por primera vez una definición del derecho a la privacidad, el cual definieron como el derecho a no ser molestado, *the right to be let alone*. Warren y Brandeis se sintieron amenazados por una prensa que cada día invadía los más “sagrados precintos de la vida privada y doméstica” y que podía ser capaz de traspasar los límites más obvios de “la propiedad y decencia”. Para defenderse, derivaron del *common law* un derecho que le permitiera al individuo aislarse del mundo, que lo llevara a alcanzar solitud y privacidad, y, al alcanzarlas, pudiera proteger sus pensamientos, sentimientos o emociones. Para ello, utilizaron el *tort law* (derecho de la responsabilidad civil), concretamente el *right to be let alone*, que había sido utilizado por el juez Thomas Cooley para explicar el derecho a la completa inmunidad que toda persona tiene y la correspondiente obligación de los demás de no hacerle daño.

A finales de los años sesenta, el politólogo y jurista estadounidense Alan F. Westin amplió la concepción articulada por Warren y Brandeis e incluyó dentro de este derecho la facultad que toda persona tiene para controlar su información personal. Westin escribió su libro, *Privacy and Freedom*, en 1967, justo en el momento en que surgía la “sociedad de la información”. Dado que en esta sociedad la información se concibe como generadora de riqueza, era importante que la idea de privacidad quedara vinculada al control que una persona podía ejercer sobre su información personal. Westin entendió la privacidad como “el derecho que los individuos, grupos e instituciones tienen a determinar, para ellos mismos, cuándo, cómo y hasta qué punto su información personal es comunicada a los demás”. Esta dimensión del derecho a la privacidad le confiere a cualquier persona el poder de controlar su información personal. Es el individuo quien elige qué aspectos de su vida privada le revela a los demás; en qué momento lo hace y en qué nivel de detalle. Así, Westin lo entendió no solo como el derecho a estar solos, esto es, a separarnos de los demás, sino también como la facultad que tiene el ser humano para regular, mediante la revelación de su información personal, cómo interactúa con otros.

De esta forma, a partir de esas definiciones podemos decir que el derecho analizado tiene dos componentes: el primero es el derecho que toda persona tiene a aislarse de los demás: amigos, familia, vecinos, comunidad o Gobierno; esta facultad le permite escudarse de las entrometidas miradas de los demás. El segundo es el derecho a controlar la información de uno mismo, incluso después de haberla divulgado; esto quiere decir que cada quien elige cuándo, cómo y hasta qué grado desea compartir su información personal. Esta dimensión le permite al ciudadano participar activamente en sociedad sin necesidad de renunciar al control de su información personal.

Si se toman como punto de partida estas definiciones, se podrá descubrir que el derecho a la privacidad resguarda una zona de libertad y autonomía que son fundamentales para la realización del ser humano. En dicha zona convergen distintos espacios como el domicilio, las comunicaciones, la familia, el cuerpo, la

información personal. En todos ellos, las personas deben encontrar privacidad no solo para disfrutar de libertad y autonomía, sino para poder desarrollar su individualidad. Por este motivo, en una sociedad democrática, las invasiones a la privacidad deben considerarse como la excepción y nunca podrán convertirse en la regla. Esto quiere decir que las intromisiones en la vida privada de las personas únicamente podrían darse en casos justificados y forzosamente deberán estar autorizadas por el orden jurídico.

Aunque la Constitución mexicana de 1917 no consagró expresamente el derecho en estudio, nuestros constituyentes sí previeron algunas protecciones aisladas sobre distintos aspectos relacionados con nuestra privacidad. El artículo 16 constitucional señala que tenemos el derecho a no ser molestados en nuestras personas, familias, domicilios, papeles y posesiones, a menos que se cuente con una orden escrita firmada por autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Esta disposición también precisa que las comunicaciones privadas son inviolables y que solo podrán intervenir cuando se tenga una orden expedida por un juez federal a solicitud de una autoridad federal competente o el ministerio público de una entidad federativa. De igual modo, señala que la correspondencia deber circular, libre de todo registro, por todo el territorio nacional, y que en tiempos de paz ningún militar puede alojarse “en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna”. Es en virtud de todas estas protecciones que se considera al artículo 16 de la Constitución mexicana como el fundamento constitucional de tal derecho. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su jurisprudencia, ha validado en reiteradas ocasiones este criterio.

A diferencia de otros derechos fundamentales, el derecho a la privacidad puede ser violado tanto por el Estado como por otros particulares. Las protecciones constitucionales antes descritas les son oponibles exclusivamente a las autoridades estatales. En el caso de particulares, el orden jurídico busca evitar que sea vulnerado a partir del establecimiento de ciertas sanciones, principalmente las de tipo penal. Los delitos de allanamiento de morada o violación de correspondencia son ejemplos claros de cómo los códigos penales buscan inhibir que los particulares se entrometan en la vida privada de las personas.

Este derecho no es absoluto, pues su ejercicio puede llegar a entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, de imprenta, o el derecho de acceso a la información pública. También puede contraponerse con la salvaguarda de ciertos valores de interés general, como la prevención del delito o la preservación de la seguridad y salud públicas. Esto quiere decir que —al igual que cualquier otro derecho fundamental— puede admitir límites, siempre que estos se encuentren previstos en la propia Constitución o en la ley. En tales casos, deberá ponerse atención a los diferentes contextos sociales en los que pudiera llegar a ocurrir el conflicto de derechos, para que pueda encontrarse un balance adecuado y se dé cabida a todos los valores que, eventualmente, pudieran entrar en conflicto.

Diego García Ricci

329. DERECHO A LA PROPIEDAD

El derecho a la propiedad figura en las declaraciones de derechos desde los orígenes del constitucionalismo, y encuentra reconocimiento de forma generalizada en las Constituciones vigentes.

Esta garantía ha sido recogida también a los sistemas americano y europeo de derechos humanos. La protección de la propiedad, que no se incluyó en la redacción inicial del Convenio Europeo, fue incorporada en 1952 al artículo 1 del Protocolo Adicional 1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre este derecho fue escasa en una primera etapa (puede destacarse la sentencia *Marckx* contra Bélgica, del 13 de junio de 1979), pero posteriormente ha experimentado un enorme desarrollo (algunos autores señalan como punto de inflexión la sentencia *Sporrong y Lönnroth* contra Suecia, del 23 de septiembre de 1982). Muchas de las sentencias tienen como objeto problemas relacionados con la inseguridad sobre los títulos de propiedad en el contexto de la transición a sistemas capitalistas de los países del antiguo bloque comunista.

El derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes aparece en el artículo 21 del Convenio Americano. Una aportación de la Corte Interamericana es la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y el derecho de estos a ser consultados sobre la realización de proyectos de explotación de los recursos naturales (las sentencias *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra Nicaragua, del 31 de agosto de 2001; *Plan Sánchez* contra Guatemala, del 29 de abril de 2004, *Comunidad Moiwana* contra Surinam, del 15 de junio de 2005; *Comunidad Yakye Axa* contra Paraguay, del 17 de junio de 2005; o más recientemente *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* contra Ecuador, del 27 de junio de 2012).

El derecho de propiedad aparece también en el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recogiendo la influencia del Convenio Europeo y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como una importante jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia, que se remonta a finales de la década de 1970 (Sentencia *Hauer*, del 13 de diciembre de 1979, caso 44/79).

Quizá deba empezarse a analizar el régimen jurídico del derecho de propiedad precisando que bajo una denominación común, que da una apariencia de homogeneidad, es posible apreciar diferencias en la delimitación del objeto del derecho. En el alcance que debe atribuirse al derecho de propiedad influye el reconocimiento de forma independiente en la constitución de derechos colindantes. La existencia de normas constitucionales que se ocupan de la propiedad intelectual, el derecho de fundación, el derecho a la herencia o la libertad de empresa, lleva frecuentemente a los tribunales a delimitar de forma más precisa el objeto del derecho de propiedad, tratando de distinguir el ámbito de aplicación de las diferentes garantías constitucionales. Por el contrario, en el contexto de una declaración de derechos menos prolija, los órganos jurisdiccionales pueden ampliar el objeto del derecho de propiedad para dar respuesta a reclamaciones muy diferentes. Es lo que sucede, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que ha adoptado un concepto amplio de propiedad, que incluye la titularidad de créditos, licencias administrativas o prestaciones públicas (la sentencia *Stec* y otros contra el Reino Unido, del 12 de abril de 2006, que analiza un recorte en las pensiones de jubilación, es un ejemplo relevante de la ampliación del concepto de propiedad).

Las Constituciones habilitan al legislador nacional para configurar el contenido y los límites del derecho de propiedad, conciliándolo con otros dere-

chos e intereses públicos. En muchas Constituciones se hace referencia a la “función social” de la propiedad (Constituciones de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, España, Honduras, Italia, Nicaragua y Panamá), una idea que tiene su origen en León Duguit. En algunos casos, la Constitución hace una referencia expresa a la conexión que existe entre la función o beneficio social que debe orientar la regulación de la propiedad y la protección del medio ambiente (Constitución mexicana), llegando a hablar de una función ambiental de la propiedad (Constituciones de Colombia y Eslovenia).

Los órganos jurisdiccionales controlan la constitucionalidad de las leyes que regulan el derecho de propiedad con intensidad variable. Mientras en algunos casos se adopta una posición muy deferente hacia el legislador y el tribunal analiza solo si la medida es manifiestamente irrazonable, en otros casos se aplica un control de proporcionalidad más exigente. Del mismo modo, la posición del Tribunal Europeo parece oscilar entre el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a los Estados y el examen de la proporcionalidad de las regulaciones estatales.

Algunas Constituciones incorporan limitaciones al derecho de propiedad de los extranjeros, normalmente respecto de la adquisición de bienes de especial relevancia pública (playas, aguas, minas) o que estén situados en zonas fronterizas (Constituciones de Guatemala, México o Perú).

Las garantías constitucionales de la expropiación comunes en la mayoría de las Constituciones (y que se incorporan al Convenio Americano y Europeo) son que la expropiación se funde en alguna razón de utilidad pública o de interés social, se produzca de acuerdo con las condiciones previstas en la ley y se compense mediante el pago de indemnización justa. Uno de los problemas que surgen en la interpretación de la garantía expropiatoria es la definición de cuándo se produce una expropiación y las diferencias con lo que es una regulación del derecho de propiedad. En algunos sistemas los órganos jurisdiccionales han recibido la influencia de los conceptos de *regulatory takings*, *de facto expropriations* o *excessive regulation* acuñados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En relación con este tema, resulta interesante la cláusula de la Constitución chilena, que especifica que tiene naturaleza expropiatoria tanto la privación del bien como de “algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio”.

En algunas Constituciones se añaden exigencias adicionales respecto de la indemnización: que sea previa (Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador o Perú, entre otras) y en dinero (Constituciones de Brasil, Chile y Guatemala). Estas cautelas no aparecen recogidas en el Convenio Americano y Europeo y tampoco están tan generalizadas en las Constituciones europeas (las Constituciones belga, griega, francesa, luxemburguesa y holandesa recogen la exigencia de que la indemnización sea previa, mientras que las de Estonia y Hungría exigen que sea inmediata). El hecho de que la Constitución no exija el carácter previo de la indemnización (como sucede, entre otras, en las Constituciones alemana, italiana o española), no significa que esta condición deje de estar garantizada por la ley y por los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, encontramos en algunas Constituciones latinoamericanas criterios para el cálculo de la indemnización, variando la base que se adopta como referencia en cada caso: el daño patrimonial efectivamente causado

(Constitución de Chile), el valor actual del bien (Constitución de Guatemala), el valor fiscal que figure en las oficinas catastrales o recaudadoras (Constitución de México, que incluye reglas muy detalladas, que en otros países son materia legislativa).

Desde el punto de vista de las garantías constitucionales, puede señalarse que la exclusión de la propiedad de los derechos que pueden ser invocados a través del recurso de amparo en algunos ordenamientos (como España) puede hacer que algunos casos lleguen al Tribunal Europeo directamente desde los órganos jurisdiccionales ordinarios, sin que el Tribunal Constitucional haya tenido oportunidad de pronunciarse previamente.

Ignacio García Vitoria

330. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha construido una plataforma jurisprudencial importante sobre la cual interpretar los aspectos que se desprenden del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Por un lado, se establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y, por otro, se hace referencia a que este podrá subordinarse al interés social o a la utilidad pública. Los alcances de este derecho se construyen sobre la base de dos narrativas en principio contrapuestas. Así, para la jurisprudencia interamericana, establecer los alcances del uso y goce de la propiedad ha resultado en la construcción de un modelo de mediación entre la persona o los colectivos (pueblos indígenas y tribales) y el Estado.

Algunas sentencias de la Corte IDH que sirven para caracterizar el concepto de *bien* son: *Cinco Pensionistas vs. Perú* (sentencia de 28 de febrero de 2003, núm. 98); *Ivcher Bronstein vs. Perú* (sentencia de 6 de febrero de 2001, núm. 74); *Abrill Alosilla y otros vs. Perú* (sentencia de 4 de marzo de 2011, núm. 223); *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (sentencia de 21 de noviembre de 2007, núm. 172); *Familia Barrios vs. Venezuela* (sentencia de 24 de noviembre de 2011, núm. 237); *Furlan y familiares vs. Argentina* (sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246); *Palamara Iribarne vs. Chile* (sentencia de 22 de noviembre de 2005, núm. 135); *Perozo y otros vs. Venezuela* (sentencia de 28 de enero de 2009, núm. 195); *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (sentencia de 6 de mayo de 2008, núm. 179), o *Barbani y Duarte y otros vs. Uruguay* (sentencia de 26 de junio de 2012, núm. 243).

En *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, por ejemplo, la Corte IDH determinó que el concepto amplio de propiedad comprende el uso y goce de los bienes, conforme a lo establecido en el propio artículo 21 de la Convención. Los bienes son definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte IDH ha reconocido y protegido los derechos adquiridos, mismos que define como aquellos que se han incorporado al patrimonio de las personas.

En *Ivcher Bronstein vs. Perú* se entendió que las acciones del empresario Ivcher Bronstein formaban parte de su patrimonio y que la actuación del Estado peruano había violentado el derecho a la propiedad del demandante. En este asunto, Perú revocó la nacionalidad del empresario de origen israelí, lo cual permitió una serie de hechos que en la práctica significaron la salida de

Bronstein del Consejo Directivo de la empresa en la que era accionista mayoritario (un canal de televisión con línea editorial incómoda para el régimen de Alberto Fujimori). Esta sentencia es ejemplar por no circunscribir la privación de los bienes hecha por el Estado a la expropiación formal (directa) o a la desposesión, sino que reconoce que se debe examinar cada caso en particular para comprobar si efectivamente se vulneró el derecho a la propiedad “más allá de las apariencias”.

Palamara Iribarne vs. Chile es una sentencia relevante para el resguardo de la propiedad intelectual y los derechos de autor. En dicha oportunidad, luego de que el quejoso (un militar que publicó el libro *Ética y Servicios de Inteligencia*) denunciara que el Estado chileno, entre otras acciones, incautó ejemplares del libro, originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electrostática de la publicación, la Corte IDH estableció que los derechos de autor comprenden el aprovechamiento, la autoría y la integridad de la obra, así como la facultad de difundir la creación realizada. Asimismo, reconoce que en este caso la vulneración del derecho a la propiedad se encuentra íntimamente relacionada con la vulneración del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

Uno de los aspectos en los que la Corte IDH ha generado perspectivas innovadoras con respecto a la concepción de propiedad es cuando analiza la tenencia colectiva de pueblos originarios o tribales. Las sentencias *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006, núm. 146) y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001, núm. 79) son las más recurridas para comprender esta dimensión de la propiedad. Más recientemente debemos resaltar las sentencias en *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (25 de noviembre de 2015, núm. 309) y *Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador* (27 de junio de 2012, núm. 245). Para la Corte no es necesario sustentar la propiedad comunal con un título de propiedad, la presencia ancestral en determinados territorios es una condición suficiente para su pleno reconocimiento.

Los recursos naturales, en su relación estrecha con el desarrollo, supervivencia y defensa cultural de comunidades indígenas o tribales, adquieren en la jurisprudencia de la Corte IDH una dimensión interesante, pues cuando se describe la relación de estas comunidades con el entorno ancestral, se reconoce que el uso y goce de bienes se articula alrededor de sus cosmovisiones y toma una dimensión diferente al de la propiedad privada “ordinaria”.

A la par de la definición extensiva de los bienes la Corte también ha abordado lo relacionado con las limitaciones al derecho a la propiedad referidas específicamente en la propia Convención, estableciendo que es necesario que estas se construyan a partir del cumplimiento de ciertos elementos. Si un Estado logra acreditar el interés social y/o la utilidad pública, puede compatibilizarse la privación de bienes con el derecho a la propiedad. Para tal efecto, es necesario que la privación se fundamente en la ley, que la restricción o privación sea proporcional y necesaria, que se logre una indemnización justa y, por su puesto, que la restricción tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha considerado que los Estados deben valorar, caso por caso, las restricciones

que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre otro (propiedad privada contra utilidad pública).

Así, como se ha referido, en el fallo *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay* (sentencia de 17 de junio de 2005, núm. 125), la Corte consideró que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

En relación con los pueblos indígenas y tribales, la Corte también ha reconocido que estos pueblos difícilmente pueden sustentar la posesión de bienes en los términos y concepciones tradicionales bajo los que se concebía el uso y goce de bienes. Este escenario dificulta el pleno ejercicio del derecho a la propiedad y las acciones jurídicas en caso de inconformidad ante una acción de desposeimiento. En este sentido, es importante referir que los derechos de recuperación y reivindicación de tierras son otros alcances que se han visto enriquecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH.

La indemnización constituye un principio general de derecho internacional y, en este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha hecho evidente que el imperativo de esta proviene de encontrar el equilibrio justo entre el interés público y el privado. Asimismo, se entiende que esta compensación debe ser adecuada, pronta y efectiva. También es importante recordar que la privación de bienes debe tomar en consideración el valor comercial que sea anterior a la declaratoria de utilidad pública. En lo que atañe a los pueblos indígenas, la Corte ha considerado (*Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*) que si se decide dar prioridad a la propiedad privada sobre la comunal, deberá ofrecerse a la comunidad tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie, así como garantizarle la posibilidad de participar de cómo se dará esa reparación.

Marycarmen Color Vargas

331. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA

El derecho a la vida privada es la prerrogativa de los gobernados, que consiste en no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesaria para el libre desarrollo del ser humano, a fin de que cada quien pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la vida privada se materializa en el momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o el ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas las actividades y conductas que se realizan en lugares no abiertos al público. Al igual que lo que sucede con el derecho de réplica, la doctrina utiliza el vocablo derecho a la vida privada indistintamente como derecho a la privacidad o derecho a la intimidad, no habiendo diferencias en el objeto del derecho. Acaso, se podría señalar que el derecho a la intimidad es el núcleo más personal o interior del

derecho a la vida privada, y cuya afectación eventualmente sería digna de una protección legal mayor, pero que forma parte del concepto de derecho a la vida privada, según coincide la doctrina. Y es también el caso de México donde está previsto en la Constitución como límite a la libertad de expresión y a la Ley de Imprenta de 1917, así como la reciente Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho al Honor, a la Vida Privada y a la Propia Imagen para el Distrito Federal de 2006.

Este derecho contiene algunas peculiaridades, que es conveniente puntualizar: *a)* es un derecho esencial e inherente del individuo, independientemente del sistema jurídico particular o contenido normativo con el que está tutelado por el derecho positivo; *b)* es un derecho extrapatrimonial, que no puede comerciarse o intercambiarse como los derechos de crédito, pues forma parte de la personalidad jurídica del individuo, razón por la que es intransmisible e irrenunciable; *c)* es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la vida privada ha dejado de ser solo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo, en virtud del desarrollo científico y tecnológico que experimenta el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.

El derecho a la vida privada es producto, en esencia, del desarrollo de los medios de información, del aumento de datos y hechos noticiosos. Existe consenso en la doctrina de que el derecho a la vida privada, entendido como *right to privacy*, tiene su origen en 1890, a propósito de un amplio artículo publicado por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la *Harvard Law Review*, titulado precisamente “*The right to privacy*”. Este artículo contiene las bases doctrinales a partir de las cuales se ha desarrollado el derecho a la vida privada bajo la primera definición de “ser dejado a solas”. Posteriormente, por la vía jurisprudencial en Estados Unidos de América y a través de normas codificadas en otros países, el derecho a la vida privada se ha convertido hoy en día en uno de los derechos fundamentales reconocidos tanto por instrumentos jurídicos supranacionales como por los órdenes jurídicos nacionales.

Toda persona tiene derecho a vivir su propia vida, a desarrollarse conforme pueda y pretenda, a generar relaciones con otros o a mantenerse ajena y en soledad. Los comportamientos del ser humano serán externos cuando se proyecten hacia otros dando publicidad a esos actos, o serán internos e intransferibles cuando permanezcan en el espacio interior de la persona.

En la doctrina española se afirma que se está en presencia de un derecho de la persona, cuyo contenido parece determinado, inicialmente, por ella misma. Y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso y el valor cultural e histórico, y en definitiva, conforme al interés público del asunto sobre el cual se informa.

En el derecho internacional, la protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del hombre en virtud del art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos ratificó esos términos. Por su parte, en el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos ó Pacto de San José, también contiene disposiciones relativas.

En México, el derecho a la vida privada está regulado por el art. 7o. constitucional, que prescribe como límite a la libertad de prensa el respeto a la

vida privada. También es aplicable el art. 16 de la Constitución, primer párrafo, que a la letra dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Esta garantía de seguridad jurídica es, sin duda, amplia y suficiente para garantizar el derecho a la vida privada de las personas, pues regula con precisión los requisitos que debe reunir el mandamiento escrito mediante el que pueda afectarse o molestarse a la persona:

a) *Autoridad competente.* La afectación a la persona debe provenir de una autoridad competente; es decir, de un órgano facultado por la ley, pero en este caso el art. 16 constitucional no hace referencia a una ley secundaria, sino a la propia Constitución, por lo que se exige que la autoridad esté investida de competencia constitucional.

b) *Escrito fundado.* No solo basta que la autoridad esté atribuida de competencia, sino que el mandamiento por escrito que lesiona al particular debe tener fundamento en una norma jurídica general de derecho positivo, conforme a la cual pueda darse origen al mandamiento de referencia.

En la doctrina se advierten posturas distintas. Mientras la mayoría fundamenta la necesidad de proteger el derecho desde la Constitución y con la creación de una garantía específica, algunos sostienen que este derecho solamente trata de problemas vinculados con la denominada “libertad informática”, que pueden resolverse a través de leyes claras y precisas. En todo caso, probablemente la solución sea consagrar el derecho en el texto constitucional —que de cualquier forma está prevista en todos los principales instrumentos internacionales, como el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional merecen prácticamente protección similar a la prevista en los derechos humanos expresamente previstos en nuestra Constitución— y desarrollar leyes reglamentarias o secundarias que establezcan los elementos procedimentales, las vías de protección y las sanciones derivadas de su afectación. Esta tendencia ha adquirido carta de naturalización en cada vez más sistemas democráticos, particularmente en los regímenes que abrevan del sistema jurídico romano.

Ernesto Villanueva

332. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Se refiere a los posibles usos inadecuados de la información concerniente a las personas tanto físicas como morales. En muchos países dicha protección está regulada jurídicamente a nivel constitucional o en leyes generales o específicas. Los derechos más significativos al respecto son el de acceso, rectificación, cancelación y oposición (conocidos como ARCO).

Dichos datos personales pueden ser públicos o privados, dependiendo de si es el Estado o los particulares quienes los recaban, resguardan y/o emplean, sin importar si su procesamiento es realizado en forma manual o digitalizado.

En reformas constitucionales publicadas en el *DOF* primeramente el 30 de abril de 2009 en el art. 73, se adicionó la frac. XXIX-O como una de las facultades del Congreso para legislar “en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”, y por otra parte, del primero de junio de 2009 se adicionó en el art. 16 un segundo párrafo, que actualmente establece

que “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.

Lo anterior dio lugar a dos reformas legislativas: la primera, publicada en el *DOF* el 5 de julio del 2010, por la que se expidió la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y se reformaron los art. 3, fracs. II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y una segunda, publicada en el *DOF* el 21 de diciembre de 2011, por la que se expidió el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. La autoridad encargada de velar el cumplimiento de estas dos disposiciones legislativas es el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

De manera más reciente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en la meta IV: México Próspero, en la estrategia y líneas de acción transversales Gobierno Cercano y Moderno, en el rubro VI.A., se señala que la administración pública federal buscará “Garantizar el acceso a la información y a la protección de los datos personales [...]”.

La evolución constante de la tecnología genera nuevos esquemas de protección técnica de dichos datos personales, como por ejemplo la biometría; sin embargo, el derecho se ha caracterizado por mostrar continuos rezagos para articular modelos efectivos de tutela, por lo que continuamente se requieren de actualizaciones legislativas efectivas.

Julio Téllez Valdés

333. DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La protección judicial se refiere al derecho de toda persona de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica. Tiene como objeto garantizar formal y materialmente en sede jurisdiccional los derechos establecidos en el orden jurídico nacional; es decir, la posibilidad de obtener a través de los jueces y tribunales esa protección.

La protección judicial comprende el derecho a un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no de la persona que acude ante el tribunal.

El párrafo segundo del art. 17 de la Constitución consagra el derecho a la protección judicial, al disponer que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Esa disposición contiene diversas garantías, que se deben observar en el sistema de administración de justicia mexicana, las cuales se tratarán más adelante.

El cambio constante de paradigmas dentro de una sociedad democrática hace que la función legislativa no pueda ser completa y actualizada, impli-

cando que sus conceptos deban ser precisados a través del operador jurídico jurisdiccional ante situaciones jurídicas concretas.

El derecho a la protección judicial o bien la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido materia de desarrollo jurisprudencial a través del Poder Judicial de la Federación, trasladando el marco conceptual normativo al campo de la realidad del quehacer jurídico, sustentado en los principios mínimos que se precisan a continuación: 1. Cualquier persona se encuentra en aptitud de acudir ante un tribunal del Estado para solicitar la solución de una controversia relacionada con la pretensión de un derecho o el cumplimiento de una obligación; 2. La petición referida sea admitida, tramitada y resuelta en un plazo breve; 3. El tribunal tramite y resuelva con imparcialidad; 4. Resuelva con exhaustividad y congruencia, y 5. La sentencia sea ejecutada. (ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES). La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, solo materialmente jurisdiccionales (Tesis: 2a./J. 192/2007 Novena Época, Segunda Sala, SCJN, octubre, 2007. Además en: GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a

que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público—en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, esta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos. 9a. Época, Primera Sala, SCJN, abril, 2007, Tesis aislada.)

En la lógica de los párrafos segundo y sexto del art. 17 constitucional se procede a comentar las garantías que ahí se consagran.

Protección judicial gratuita. El carácter gratuito de la tutela jurisdiccional, así como las garantías de independencia judicial y ejecución de las sentencias son inherentes a ese derecho, por lo que para su garantía plena se armonizan con otras disposiciones de igual jerarquía; por ejemplo, en los arts. 1o., 14 y 20 constitucionales.

La justicia gratuita consiste en que la persona no tiene que retribuir al tribunal que juzgó su caso por el servicio de administración de justicia. En este sentido se ha pronunciado la judicatura federal; además, ha establecido diversas tesis, en las que ha razonado que si bien una de las partes en el juicio debe realizar alguna erogación, esta no implica una violación de tal prohibición; por ejemplo: 1. Pago de daños y perjuicios al actor originados por falta grave de la autoridad demandada (DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORIGINADOS POR “FALTA GRAVE”. EL ARTÍCULO 6O., CUARTO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO RELATIVA, AL PREVER EL PAGO DE LOS CAUSADOS AL ACTOR, A CARGO DE LA AUTORIDAD DEMANDADA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE GRATUIDAD DE JUSTICIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 17, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, T.C.C., octubre, 2011. Tesis aislada); 2. La carga de imponer al promovente de un recurso de apelación, para su trámite, que señale y exhiba las constancias para formar el cuaderno respectivo (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 719 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE QUERÉTARO, QUE CONDICIONA LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN A QUE EL APELANTE SEÑALE Y EXHIBA LAS CONSTANCIAS RELATIVAS PARA FORMAR EL CUADERNO RESPECTIVO, NO ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Segunda Sala, SCJN, abril, 2002. Tesis aislada.); 3. La condena por concepto de costas procesales (COSTAS. LA CONDENA EN TAL CONCEPTO QUE ESTABLECEN DIVERSAS LEGISLACIONES, SIN CONDICIONARLA A LA EXISTENCIA DE MALA FE O TEMERIDAD DEL LITIGANTE, NO LIMITA

LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA. 10a. Época, Primera Sala, SCJN, junio, 2012, Tesis aislada. Ver además, COSTAS, LA CONDENA AL PAGO DE LAS, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 1.227, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO, NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, T.C.C., noviembre, 2005, Tesis aislada.); 4. La fijación de una caución para desahogar una prueba foránea (PRUEBA QUE DEBA DESAHOGARSE FUERA DEL DISTRITO FEDERAL. EL REQUISITO DEL OTORGAMIENTO DE UNA CAUCIÓN PARA EL SEÑALAMIENTO DE SU RECEPCIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ARTÍCULO 300 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). 9a. Época, Pleno, SCJN, septiembre, 1997, Tesis aislada.); y 5. Los depósitos judiciales destinados al fondo para el mejoramiento de la administración de justicia (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LOS ARTÍCULOS 30., INCISO D), Y 16 DE LA LEY QUE CREA EL FONDO ADICIONAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ESTADO DE PUEBLA NO SON VIOLATORIOS DE ESA GARANTÍA. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 1995, Tesis aislada).

Por el contrario, se consideran como transgresores de dicho principio los casos siguientes: 1. Cuando una parte procesal se obliga a proporcionar al funcionario judicial los medios necesarios para realizar alguna diligencia fuera del juzgado (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA. 9a. Época, pleno, SCJN, marzo, 2000, tesis aislada., cuando en los hechos esta práctica es común y su desatención por parte del justiciable vulnera la garantía de justicia expedita y pronta, y 2. Al imponer al justiciable la obligación de pagar por la expedición de copias certificadas que posibiliten el trámite del recurso de apelación (RECURSO DE APELACIÓN. ES ILEGAL LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA DE TENERLO POR NO INTERPUESTO, BAJO LA CONSIDERACIÓN DE QUE NO FUERON EXHIBIDAS POR EL APELANTE LAS COPIAS CERTIFICADAS QUE HABRÍAN DE INTEGRAR EL TESTIMONIO DE APELACIÓN RESPECTIVO (ARTÍCULO 239, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO). 9a. Época, T.C.C., Marzo, 2002, Tesis aislada).

La gratuidad de la justicia es una garantía de carácter general, beneficia a todas las personas sin restricción, aun cuando alguna de ellas no la necesite por su condición socioeconómica; además, tal exención se extiende a los gastos inherentes del proceso, como el de remitir los autos al tribunal de alzada, debido a que este acto forma parte del procedimiento ordinario (APELACIÓN, LA REMISIÓN DE LOS AUTOS AL TRIBUNAL DE, DEBE SER GRATUITA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). 5a. Época, 3a. Sala, SCJN, tomo LXXI).

Protección judicial expedita y pronta. Este derecho reconoce que la protección judicial debe ser expedita y pronta en beneficio de las personas que acuden al tribunal; es decir, que los juicios se resuelvan dentro de un tiempo razonablemente breve, a efecto de que la sentencia resulte formal y materialmente oportuna, evitando dilaciones indebidas que a la postre se puedan traducir en denegación de justicia.

El tiempo que se considera como razonablemente breve es el que se prevé en la legislación procesal de la materia que se juzga, por lo que su transgresión se traduce en una violación a la garantía de acceso a la justicia (SENTENCIA DEFINITIVA. EL HECHO DE QUE NO SE HAYA EMITIDO RESOLUCIÓN SOBRE LA EX-

CEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD, NO EXIME AL JUEZ DE DICTAR AQUELLA EN EL TÉRMINO SEÑALADO POR LA LEY (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2001, Tesis aislada); sin embargo, cabe señalar que sobre el particular se admite una excepción, en el sentido de que el derecho a la justicia pronta debe ceder frente al derecho a la defensa (GARANTÍA DE DEFENSA. PREVALECE SOBRE LA DE PRONTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. 9a. Época, t.c.c., octubre, 2002, tesis aislada), en la medida en que esos dos derechos humanos convergen en la misma jerarquía constitucional, por lo que se debe privilegiar el derecho citado en primer lugar, debido a que es el que más beneficia a la persona.

No se pierde de vista que en 1997 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como tesis que agotar un procedimiento conciliatorio previo al judicial se contrapone a la garantía de justicia pronta, pues ello no lo reconoce el art. 17 de la Constitución ni reserva su reglamentación al legislador ordinario (JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA. LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO, PREVIAMENTE A ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES, CONTRAVIENE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. 9a. Época, Pleno, julio, 1997, Tesis aislada.); sin embargo, este criterio debe ser revisado o abandonado a la luz de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que ahora ya reconoce.

Protección judicial completa. La vigencia de esta garantía implica lo siguiente: 1. El establecimiento de tribunales de justicia; 2. El resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción; 3. El emitir sentencia con relación a la *litis* planteada en el juicio (congruencia) y pronunciarse respecto de todos los agravios alegados (exhaustividad) (CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS. 9a. Época, 1a. Sala, abril, 2005, Jurisprudencia), sin llegar al extremo de obligar a los tribunales a pronunciarse expresamente en sus fallos renglón a renglón, punto a punto de todas las alegaciones, aunque para decidir sí debe analizar en su integridad al planteamiento del problema (GARANTÍA DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA. ALCANCES. 9a. Época, t.c.c., marzo, 2002, Jurisprudencia). Conforme a la defensa, a las pruebas y al que le asista un mejor derecho, los tribunales deben otorgar una respuesta favorable o desfavorable a todas las pretensiones de las partes en el juicio.

Protección judicial a la defensa. El proceso, por sí solo, tiene características complejas, y para su éxito se necesita una asistencia técnica jurídica, dado el exceso de formalismos que caracterizan al derecho sustantivo y procesal; de lo contrario, se coloca al justiciable a un estado de indefensión.

El derecho a la asistencia de un abogado tradicionalmente se ha reconocido en el campo del proceso penal. Al respecto, se señala que consiste (DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. 10a. Época; 1a. Sala, SCJN, julio, 2012, Jurisprudencia) en lo siguiente: 1. Generar las condiciones formal y material para que el inculcado sea debidamente asistido; 2. Respetar la garantía de defensa adecuada al no obstuir su materialización, y 3. Asegurar que se cumplan las condiciones que permitan esa defensa.

En procesos diversos a la materia penal, el art. 17 constitucional no colma en forma plena la garantía a ser oído en juicio. Incluso, legislaciones procesales que prevén necesaria la intervención de un abogado se han declarado inconstitucionales (PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119

DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO. 6a. Época, Pleno, SCJN, enero, 1960. Similar criterio se sostuvo en ese año en las tesis con rubros: PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE, PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN. Y PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Para considerar eficaz la tutela jurisdiccional de los derechos se estima conveniente que esta se debe armonizar con la asistencia jurídica en todo tipo de procesos; con mayor razón, en los litigios donde se involucran derechos o personas de grupos de minorías o vulnerables.

Protección judicial y la ejecución de las sentencias. La plenitud de la protección jurisdiccional se agota con la ejecución material de la sentencia, es la expresión natural del cumplimiento de la decisión. Incluso, si se considera que el acto jurisdiccional culmina con la emisión del fallo, en un espectro amplio la ejecución misma trasciende más allá de ese momento de dictar el derecho.

Emitida la sentencia es ineludible su cumplimiento, al resultar de carácter legal de orden público, incluso quien ha sido condenado no puede eximirse de esa obligación, existen sendas tesis en ese sentido, se citan algunas solo a manera de ejemplo (SENTENCIA. SU CUMPLIMIENTO ES INELUDIBLE. 9a. Época, T.C.C., agosto, 1999, Tesis aislada. Ver además, AMPARO EJECUTORIAS DE. SU CUMPLIMIENTO DEBE SER INMEDIATO. 9a. Época, T.C.C., marzo, 1996, Tesis aislada). En materia agraria, el cumplimiento de la ejecutoria se torna de oficio (TRIBUNALES AGRARIOS. ESTÁN OBLIGADOS A PROVEER DE OFICIO LA EFICAZ E INMEDIATA EJECUCIÓN DE SUS SENTENCIAS. 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2004, Tesis aislada).

El uso de la fuerza pública en el cumplimiento de la sentencia jurídicamente es posible solo en casos excepcionales. El Ejecutivo debe facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el cumplimiento expedito de sus funciones (ARTÍCULO 89, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN, DISPOSICIONES SIMILARES SE CONSAGRAN EN LAS CONSTITUCIONES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS). El acto o la omisión de su auxilio oportuno en esa ejecución se pueden considerar transgresores del art. 17 constitucional (FUERZA PÚBLICA. LA OMISIÓN DE SU AUXILIO OPORTUNO PARA CUMPLIMENTAR LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL, IMPLICA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 1999, Jurisprudencia).

La protección judicial imparcial. La garantía de imparcialidad se vincula estrechamente con la de independencia judicial; se traduce en la existencia de jueces capaces de emitir sus sentencias sin influencia externa o interna que busquen determinar el sentido de sus fallos al margen del derecho.

También la independencia judicial se expresa de forma externa e interna. La primera se refiere a la posibilidad de generar las condiciones para que los poderes judiciales operen en condiciones óptimas a fin de colmar las necesidades de justicia de las personas, rechazando cualquier presión que signifique una afectación a esa independencia; y la segunda se ocupa de los elementos necesarios para constituir las garantías de los juzgadores que permitan su estabilidad en el cargo (RATIFICACIÓN DE JUECES DE DISTRITO Y MAGISTRADOS DE CIRCUITO. ES UNA GARANTÍA DE ESTABILIDAD EN EL CARGO Y PRINCIPALMENTE UNA GARANTÍA A LA SOCIEDAD DE CONTAR CON SERVIDORES IDÓNEOS PARA IMPARTIR JUSTICIA PRONTA, COMPLETA, IMPARCIAL Y GRATUITA QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2000, Tesis

aislada. Ver además: PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. CRITERIOS QUE LA SUPREMA CORTE HA ESTABLECIDO SOBRE SU SITUACIÓN, CONFORME A LA INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 2000, Jurisprudencia), dando lugar con ello al sistema institucional de la carrera judicial; de promoción, adscripción y remoción; de seguridad social y económica, entre otros.

En suma, el derecho a la protección judicial desde la jurisprudencia constitucional nacional es vasto, y lo que hasta aquí se ha mostrado es solo una aproximación. La jurisprudencia es dinámica, y concede una respuesta jurídica a cada caso concreto en el contexto de las demandas de una sociedad democrática, ante el constante cambio de paradigmas.

En esta lógica, el derecho en comento se compone de diversas garantías, las cuales han sido aquí materia de reseña. Cada una de ellas justifica su carácter constitucional, y armonizadas otorgan a cada persona el derecho pleno a la tutela judicial efectiva.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

334. DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La protección judicial es el derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica, mediante un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no del interesado.

Este derecho se reconoce de forma expresa en diversos instrumentos internacionales de derecho humanos con la denominación de *recurso efectivo*.

El art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

También el art. 2, párrafo 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: “Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

El Estado mexicano es parte del sistema interamericano de derechos humanos, al margen de las declaraciones interpretativas y reserva (“DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión ‘en general’, usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, en concepto del Gobierno de México la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

Reserva. El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos”) que en su momento hizo al adoptar la Convención, las cuales ameritan un análisis aparte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha aceptado México (16 de diciembre de 1998), ha emitido sendas sentencias condenatorias en su contra. El caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia del 23 de noviembre de 2009), es emblemático por el impacto que ha causado en el sistema de justicia nacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud del cumplimiento de la sentencia emitida en ese caso, estableció su posición frente a la jurisprudencia convencional a propósito del expediente *Varios 912/2010* (Resolución del 14 de julio de 2011), al analizar las acciones que debía realizar para darle debida ejecución. Al efecto, definió diversos criterios (Control difuso de convencionalidad. La inaplicación de la norma cuya inconventionalidad se declara solo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado al no existir la declaratoria relativa. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos donde el Estado mexicano fue parte. Para que sus criterios tengan carácter vinculante no requieren ser reiterados. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada), entre ellos el que señala el carácter *vinculante* para México las sentencias de la Corte Interamericana solo en las que ha sido parte, y *orientadora* en la que no se cumpla esa condición.

Esa decisión afortunadamente ha sido superada por la propia Suprema Corte, debido a que al resolver la *Contradicción de tesis 293/2011* (Sentencia del 3 de septiembre de 2013) determinó que la jurisprudencia de la Corte Inter-

americana es vinculante para los jueces mexicanos, con independencia de que haya sido parte o no, siempre que sea más favorable a la persona al analizar cada caso.

Las decisiones de la Corte Interamericana, como máximo intérprete de la Convención Americana, cuenta con una engrosada jurisprudencia relacionada con el derecho a la protección judicial consagrada en el art. 25 de esa Convención, denominado como *derecho al recurso efectivo*.

A continuación destacamos, de manera ejemplificativa, los temas que ha abordado esa jurisprudencia (los temas que se identifican tratan de seguir la clasificación que hace Silva García, Fernando, en *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, los cuales se consideran fundamentales para acercar al interesado en su conocimiento.

— El alcance general del derecho a la protección judicial (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 61, sentencia del 22 de noviembre de 2007).

— El alcance general del derecho a un recurso efectivo (*caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial debe respetarse ante actos y omisiones violatorios de derechos humanos (*caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 144, sentencia del 2 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial exige a los jueces evitar dilaciones innecesarias o indebidas (*caso Bulacio vs. Argentina*, párrafo 115, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

— El derecho a la protección judicial implica el deber de remover los obstáculos para acceder a los tribunales (*caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 49 y 50., sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— La protección judicial implica la prohibición de pagar sumas desproporcionadas por haber recurrido a los tribunales (*caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 54 y 55, sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— El derecho a la protección judicial incluye la adopción de medidas para cumplir la sentencia, incluso las de carácter presupuestal (*caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párrafo 75, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El derecho a la protección judicial es inherente al debido proceso y su interrelación con la justicia pronta y expedita (*caso Bayarri vs. Argentina*, párrafos 116 y 117, sentencia del 30 de octubre de 2008).

— El derecho a la protección judicial y su interrelación con la responsabilidad de diseñar y consagrar un recurso judicial interno eficaz e idóneo (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 60, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial comprende el control judicial de los derechos humanos consagrados en la Convención, en la Constitución y en las leyes nacionales (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 59, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite declarar que es inconvencional el derecho nacional cuando prevé la inimpugnabilidad de normas anteriores a la vigencia de la Constitución del Estado (*caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 152.c, sentencia del 21 de junio de 2002).

— El derecho a la protección judicial debe evitar el uso indebido del recurso de amparo (*caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafos 121 a 124, sentencia del 24 de noviembre de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite el control judicial relacionadas con penas corporales (*caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, párrafos 114 a 117, sentencia del 11 de marzo de 2005).

— El derecho a la protección judicial es inherente al control judicial en materia electoral (*caso Yatama vs. Nicaragua*, párrafos 174 a 176, sentencia del 23 de junio de 2005) y (*caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008).

— El derecho a la protección judicial implica que el juicio político debe revestir de las garantías de independencia e imparcialidad (*caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párrafo 96, sentencia del 31 de enero de 2001).

— El derecho a la protección judicial comprende la ejecución de las sentencias ejecutoriadas por formar parte integral del juicio (*caso Acevedo Buendía y otros “cesantes y jubilados de la Contraloría” vs. Perú*, párrafos 71 al 72, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El alcance general de la protección judicial trasciende al deber de reparación adecuada, y la responsabilidad administrativa y/o civil como medida de reparación es complementaria pero insuficiente para cumplir con esa obligación (*caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, párrafos 221 y 218 a 221, sentencia del 11 de mayo de 2007).

— La obligación de reparación adecuada no se limita al pago de compensación a los familiares de la víctima (*caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafos 213 y 214, sentencia del 15 de septiembre de 2005).

— La obligación de reparación adecuada no debe depender solo de la actividad procesal de las víctimas (*caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 122, sentencia del 22 de septiembre de 2006).

— La obligación de reparación adecuada en tratándose de situaciones de discriminación sistemática y generalizada, aquella debe ser transformadora con efecto restitutivo y correctivo (*caso González “Campo Algodonero” vs. México*, párrafos 450 y 451, sentencia del 16 de noviembre de 2009).

— La protección judicial en el cumplimiento de una sentencia internacional, ninguna disposición o institución de derecho interno puede oponerse para su plena aplicación, por ejemplo, la ley de amnistía o plazo de prescripción (*caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párrafos 167, sentencia del 15 de junio de 2005).

— El derecho a un recurso efectivo quiere decir que no es suficiente la existencia formal de recursos, sino que deben ser eficaces, incluso, para los familiares de la víctima (*caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El recurso efectivo, deber de los tribunales internos de observar las formalidades para la procedencia del proceso o recurso, previo al estudio de fondo (*caso Trabajadores Cesados del Congreso “Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, párrafo 126, sentencia del 24 de noviembre de 2006).

— El recurso efectivo. Debe ser idóneo y oportuno para reparar las violaciones a derechos humanos (*caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, párrafo 245, sentencia del 2 de septiembre de 2004).

— El recurso efectivo es inherente a los principios de independencia e imparcialidad porque son elementos esenciales del debido proceso (*caso Ivcher Brostein vs. Perú*, párrafo 137 a 142, sentencia del 6 de febrero de 2001).

— Recursos efectivos y pueblos indígenas. Los recursos legales para la defensa de sus derechos individuales son ineficaces para la defensa de sus derechos colectivos (*caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafos 178 a 185, sentencia del 28 de noviembre de 2007).

— La protección judicial implica declarar que son inconvencionales las leyes de autoamnistía, la prescripción en materia penal de delitos graves a derechos humanos y las normas de prescripción que obstaculizan las investigaciones a violaciones de derechos humanos (*caso Gomes Lund y otros “Guerrilha do Araguaia” vs Brasil*, párrafos 173 a 177, sentencia del 24 de noviembre de 2010), (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 111, sentencia del 22 de noviembre de 2007) y (*caso Bulacio vs Argentina*, párrafos 115 y 116, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

Con objeto de hacer patente la protección de los derechos humanos a la luz del art. 1o. de la Constitución mexicana, la jurisprudencia nacional debe mantener un diálogo cotidiano con la Interamericana, en la medida en que los mecanismos de protección y progresividad de sus interpretaciones permitirán consolidar la administración de justicia.

Con mayor razón ahora que aquella es vinculante para México, y todas las autoridades, incluyendo al juez nacional y local, deben ejercer sus atribuciones a partir del principio *pro personae*, según sea cada caso. La práctica judicial se abre al sistema interamericano ante la oportunidad de transformación que le concede la jurisprudencia convencional.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

335. DERECHO A LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA

Es el derecho de toda persona a obtener protección internacional, de forma complementaria o subsidiaria al derecho de asilo y de refugio. Se refiere a ciertos mecanismos legales de configuración nacional, alentados y fundamentados por el desarrollo de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, para proteger a las personas que no son reconocidas como refugiadas, en virtud de la interpretación que hacen los Estados sobre la definición de “refugiado”, de la Convención de Ginebra de 1951, y tampoco son acreedoras del derecho de asilo según los criterios nacionales; sin embargo, en forma pragmática se encuentran amenazadas en razón de la violencia indiscriminada, de la violación sistemática de los derechos humanos, de catástrofes naturales o ecológicas —causadas o no por el hombre—, entre otras razones, que pongan en situación de riesgo la vida o de sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes.

Consiste esencialmente en la no devolución o expulsión al país de origen, del territorio del lugar donde antes se tuviera la residencia habitual, en el cual persista una situación de riesgo que provoque temores fundados de sufrir persecución (entendida esta como el temor a sufrir daños graves y personales, físicos o psicológicos), en forma consecuente con los principios de derecho internacional consuetudinario de (*non refoulement*) y de proteger la vida.

Los beneficiarios de la protección complementaria o subsidiaria, por lo general tienen acceso a los derechos humanos considerados fundamentales por los Estados en su sistema jurídico interno, así como a un permiso de residencia, que suele ser inferior en tiempo al permiso de residencia que se otorga

en virtud del estatuto de refugiado o del estatuto de asilado (incluso este último en algunos países prevé vías muy accesibles para adquisición de la nacionalidad); por tanto, debe distinguirse claramente de otras formas de protección internacional que puedan otorgar una condición de asentamiento definitiva.

El estatuto de protección subsidiaria o complementaria viene a suplir en cierta forma las carencias de los distintos sistemas de asilo y refugio; sin embargo no debe entenderse en detrimento de dichos estatutos, ya que no los sustituye, sino que tal y como recomendó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (*vid.* las conclusiones sobre “protección internacional mediante formas complementarias de protección”, del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. EC/55/SC/CRP.16, 2 de junio 2005), debe quedar abierta la posibilidad de que toda persona en situación de protección subsidiaria o complementaria pueda ser reconocida posteriormente como un refugiado o asilado.

El comentado estatuto carece de un marco internacionalista especializado que establezca criterios mínimos de aplicación, por lo que en algunos Estados es regulado análogamente con el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado a asilado (*vid.* la ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria, *DOF* 27/01/2011; la Ley española 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* 263 31/10/2009).

Cabe comentar que en gran medida los desplazamientos masivos de personas ocurridos en la primera década del siglo XXI han encontrado un primer cobijo en la figura de la protección subsidiaria o complementaria, cuando escapan del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; sin embargo, esto debe entenderse como una solución temporal, que sin voluntad política de regulación internacional provocará un desarrollo normativo de carácter nacional desemejante, desequilibrado y perjudicial para los Estados receptores más recurridos (que suelen ser aquellos en vías de desarrollo), tanto para los propios destinatarios de la protección complementaria o subsidiaria.

Carlos Alberto Prieto Godoy

336. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Consiste en el derecho a conseguir y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: *a)* la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidentes laborales, vejez o muerte de un familiar; *b)* gastos excesivos de atención de salud, y *c)* apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y familiares a cargo (Comité DESC, Observación general 19, El derecho a la seguridad social, párr. 2).

El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en elPROTOCOLO

lo de San Salvador, el cual, en su artículo 9, estipula lo siguiente: “Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

En el ámbito nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo reconoce en el artículo 123, cuyo apartado A (sobre personas trabajadoras del sector privado), fracción XXIX, señala que la Ley del Seguro Social es de utilidad pública y deberá comprender diversas cuestiones encaminadas a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares. El apartado B (personas trabajadoras del Estado) regula la seguridad social en la fracción XI.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en la citada Observación general 19, ha explicado que “el derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.

En el mismo documento desarrolló los elementos fundamentales de este derecho, entre los que se encuentran: *a) disponibilidad*, es decir, la existencia de un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales; *b) riesgos e imprevistos sociales*, entre los que se incluye, por ejemplo, las prestaciones familiares y la maternidad; *c) nivel suficiente*, esto es, que las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración; *d) accesibilidad*, la cual implica que exista cobertura para todas las personas, que las condiciones para acogerse a las prestaciones sean “razonables, proporcionadas y transparentes”, que sea asequible para todas las personas, que se permita la participación e información de las personas beneficiarias y que estas tengan acceso físico a los servicios de seguridad social, y *e) relación con otros derechos*, pues el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de otros derechos humanos.

Además, en la citada Observación general 19, el Comité DESC ha destacado que todas las obligaciones previstas en la parte III del Pacto (entre las que se incluye la seguridad social) deben garantizarse sin discriminación; que debe garantizarse la igualdad de género; que los Estados parte deben tomar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que los sistemas de seguridad social incluyan a los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, incluidos los trabajadores a jornada parcial, los trabajadores ocasionales, los empleados por cuenta propia y las personas que trabajan en su domicilio, o quienes trabajan en la economía no estructurada.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo existen 22 convenios relacionados con la seguridad social, entre los que se encuentran: el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952 (núm. 102,

en vigor desde el 27 de abril de 1955 y ratificado por México el 12 de octubre de 1961), que regula las obligaciones de los Estados parte en materia de seguridad social; el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), de 1962 (núm. 118, en vigor desde el 25 abril de 1964 y ratificado por México el 6 de enero de 1978); el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121, en vigor desde el 28 julio de 1967, no ratificado por México); el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967 (núm. 128, en vigor desde el 1 de noviembre de 1969, no ratificado por México); el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, de 1969 (núm. 130, en vigor desde el 27 mayo de 1972, no ratificado por México); el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982 (núm. 157, en vigor desde el 11 septiembre de 1986, no ratificado por México), y el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988 (núm. 168, en vigor desde el 17 octubre de 1991, no ratificado por México).

Lelia Jiménez Bartlett

337. DERECHO A LA VIDA

I. DEFINICIÓN. Es el derecho que tiene todo ser humano a que su vida sea respetada por la comunidad política (el Estado) y por todas las demás personas. Este derecho se contraviene cuando alguien causa la muerte de otro. Por eso, se puede expresar también diciendo que nunca es lícito (o justo) matar a un ser humano inocente.

La aclaración de que no es lícito matar al «inocente» es necesaria para aclarar los casos en que puede ser lícito causar la muerte de un agresor violento que pretende matar a otro, como son los casos de la legítima defensa, la guerra o, en delitos muy graves, la pena de muerte. En estos casos no se niega que el agresor tenga derecho a la vida, simplemente se reconoce que, como toda persona, tiene derecho a la vida; el que es agredido al punto de poder ser muerto ejerce su derecho a la vida defendiéndola frente al agresor injusto.

El derecho a la vida está reconocido en los principales tratados de derechos humanos en términos muy claros, que no dejan lugar a dudas de que es un derecho universal, de todos los seres humanos o personas humanas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su art. 6-1: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 4-1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En ambos artículos se expresa que el derecho de no ser privado arbitrariamente de la vida es un derecho de todas las personas. Y estos tratados aclaran, cada uno a su modo, que todo ser humano es persona. El art. 16 del Pacto dice: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad”, lo que equivale a decir que todo ser humano es persona y debe ser reconocido como tal. El art. 1-2 de la Convención dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Con la reforma constitucional de 2011, que incorporó los derechos humanos contenidos en los tratados a la Constitución mexicana, se incorporó el derecho a la vida, que estaba pálidamente definido en la Constitución mexicana, tal como está formulado en los tratados. Por eso se puede afirmar que en el orden jurídico mexicano el derecho a la vida es el derecho de todo ser humano (que es lo mismo que decir toda persona) a no ser privado arbitrariamente de su vida.

II. DERECHO A LA VIDA Y ABORTO EN MÉXICO. Por lo general, el derecho a la vida no se cuestiona. Nadie afirma públicamente que es lícito o justo matar a otra persona. Pero la práctica difundida y legalizada del aborto voluntario ha hecho que se haya reflexionado mucho sobre el derecho a la vida en relación con el aborto voluntario.

El aborto, que es la privación voluntaria de la vida del ser humano concebido y no nacido, es evidentemente una transgresión del derecho a la vida de alguien que no puede defenderse. La idea de que el concebido menor de 12 semanas (que es el término que tiene la legislación penal de Distrito Federal), no es persona o ser humano es claramente errónea, porque no se puede negar que el embrión, o incluso el cigoto (embrión unicelular), es un ser humano que tiene en sí todo lo necesario para desarrollarse y crecer como tal, como lo sabe el sentido común (no hay ningún ser humano vivo que no haya sido cigoto y embrión) y lo demuestran las ciencias médicas.

Es también una idea peligrosa, porque admite que el poder político tiene la capacidad de decidir quiénes son seres humanos y quiénes no lo son. Al admitirse esta posibilidad se fractura todo el sistema de derechos humanos, pues de nada sirve que el Estado los defina, sancione y garantice si es el propio Estado el que decide quiénes son humanos y quiénes no.

En México, todos los códigos penales tipifican el aborto voluntario como un delito, y por lo general, admiten tres casos en que este delito no se castigará: cuando el no nacido es resultado de una violación, cuando tiene malformaciones congénitas graves y cuando está en peligro la vida de la madre. En estos casos, la doctrina jurídica y la misma Suprema Corte entendían que el aborto sigue siendo un delito, aunque las circunstancias en que se comete justifican que no se castigue (sentencia en acción de inconstitucionalidad, 29 de enero de 2002, *SJF* t. XV, marzo de 2002, pp. 793 ss.).

Con esa idea de una “excusa absolutoria” en los casos en que no se castigaba el aborto, se mantenía aparentemente intacto el derecho a la vida que, naturalmente, exige el castigo de quien prive arbitrariamente de la vida a otro.

En 2007 se modificaron los arts. 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal para establecer que la acción de la madre que aborta voluntariamente antes de cumplirse las 12 semanas de gestación no es un delito, sino una “interrupción voluntaria del embarazo”; es decir, una conducta permitida por la ley. También se reformó la Ley de Salud para el Distrito Federal para establecer que los hospitales públicos dieran el servicio de aborto gratuito.

La reforma fue impugnada por una acción de inconstitucionalidad por demandas del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del procurador general de la República. La sentencia de la Suprema Corte sobre esa acción fue declarar la constitucionalidad de esas reformas (sentencia en acción de inconstitucionalidad 147/2007, 28 de agosto de 2008). En la sentencia se afirma que el derecho a la vida no es un “derecho absoluto”,

que las reformas, al establecer el plazo de dos semanas, consideran que está protegida la vida del feto, pero no la del embrión, y que el legislador no tiene el deber de penalizar el aborto voluntario.

Con la afirmación de que el derecho a la vida no es un “derecho absoluto” se viene a decir que es un derecho que puede entrar en conflicto con otros, y que en tales casos de conflicto se debe ponderar qué derecho debe prevalecer. Por ejemplo, se dice que entre el derecho del no nacido a la vida y el derecho de la mujer a su proyecto de vida hay un conflicto de derechos que debe resolverse a favor de la madre. Lo que implícitamente se afirma con estos argumentos es que hay casos en que es lícito matar a un ser humano inocente o, en otras palabras, que existe un derecho, en ciertos casos, de matar a un ser humano inocente. Es, por lo tanto, una argumentación que destruye el derecho a la vida como derecho universal.

La sentencia de la Suprema Corte provocó una reacción en varios estados de la República, que modificaron sus Constituciones, para establecer que en sus territorios el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción. El primero que lo hizo fue Baja California, al que luego se sumaron 17 estados. Se presentó una acción de inconstitucionalidad contra la reforma en Baja California, alegando que violaba derechos fundamentales de las mujeres. El 28 de septiembre de 2011, en sesión pública del pleno, se tomó la votación sobre un proyecto de sentencia que declaraba que esa reforma era inconstitucional. La votación fue de siete a favor de declarar la inconstitucionalidad y tres en contra, votación que no alcanzó la mayoría requerida de ocho votos para declarar la inconstitucionalidad de la reforma, de tal suerte que la cuestión quedó sin decidir. El argumento principal del proyecto para declarar la inconstitucionalidad era que el concebido no nacido no es persona.

Jorge Adame Goddard

338. DERECHO A LA VIDA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho de toda persona “a que se respete su vida”, por lo que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” y, como consecuencia, los Estados tienen la obligación internacional de adoptar las medidas necesarias para respetar, garantizar, preservar y proteger el derecho a la vida.

El titular de este derecho es “toda persona”, entendiéndose por tal al “ser humano”. Ese reconocimiento respecto a toda persona está, a su vez, reforzado por la cláusula general de no discriminación, contenida en el artículo 1 de la Convención Americana.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el derecho a la vida que tiene toda persona humana es la condición previa necesaria para la realización y disfrute de todos los demás derechos.

En efecto, de no ser respetado y garantizado el derecho a la vida, los demás derechos de la persona se desvanecen, ya que se afecta la existencia misma de su titular. En tal razón, no son aceptables las restricciones del derecho a la vida que configuran una violación a la CADH y que, en consecuencia, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados parte.

A diferencia del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Hum-

nos (CEDH), la CADH introduce en el reconocimiento del derecho a la vida una referencia a la protección “en general, a partir del momento de la concepción”. La Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica* (sentencia de 28 noviembre de 2012, núm. 257), analizó el contenido y alcance del artículo 4.1 y 1.2 de la CADH, estableciendo por primera vez el alcance de la protección del derecho a la vida conforme a las siguientes pautas interpretativas: *i)* el sentido corriente de los términos; *ii)* su interpretación histórica y sistemática; *iii)* su interpretación evolutiva, y *iv)* su interpretación conforme al objeto y fin del tratado. En este caso, la Corte concluyó que la protección del derecho a la vida se inicia a partir del momento de la implantación, y que tal protección debe ser incremental conforme al desarrollo gestacional, el cual debe ponderarse con todos los derechos humanos involucrados.

La contrapartida del derecho de toda persona a la vida es la obligación internacional de los Estados de respetarlo, garantizarlo y protegerlo. De esta suerte, el incumplimiento de esa obligación a causa de la acción u omisión del Estado genera su responsabilidad internacional y, por tanto, su obligación de reparar los daños causados.

La Corte IDH ha realizado consideraciones respecto a cuándo las conductas de los agentes del Estado pueden constituir violaciones al derecho a la vida y, así, acarrear la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (sentencia de 15 de septiembre de 2005, núm. 134), reiteró que la responsabilidad internacional de los Estados ocurre con independencia de la jerarquía del órgano transgresor, del grado de culpabilidad de la persona perpetradora, e incluso no requiere, a estos efectos, la identificación individual del agente transgresor (párr. 110). Asimismo, en la citada sentencia reafirmó que la responsabilidad internacional del Estado puede incluso derivarse de conductas realizadas por *particulares*, en la medida en que se encuentren en posición de *garantes* con relación a ellas (párr. 111). En todo caso, conforme a la naturaleza de la responsabilidad internacional del Estado, esta se genera adicionalmente cuando el Estado no ha reparado en el derecho interno las violaciones ocurridas por sus propios medios (párrs. 111 y 113).

Por consiguiente, el Estado es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la vida de las personas, en términos generales, cuando no cumple con sus obligaciones de garantizar, respetar y proteger este derecho convencional; y, en concreto: *i)* por los *actos u omisiones de cualquier poder u órgano* del Estado, cometidos directamente por sus *agentes*; *ii)* por las *conductas de terceros*, cuando ha ocurrido el *apoyo, la tolerancia* o la *omisión* del Estado o cuando este último se encuentre en posición de *garante* de dichas obligaciones; *iii)* cuando el Estado esté en conocimiento de una situación de *riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado, así como de las posibilidades razonables de prevenirlo o evitarlo y, en todo caso, (*iv)* por la falta de reparación en el derecho interno de las violaciones de derechos humanos.

Las Corte Interamericana, en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (sentencia de 24 de agosto de 2010, núm. 214), recordó las obligaciones que tienen los Estados en materia de derecho a la vida, afirmando que estas son de carácter tanto negativo compositivo. Además, la Corte ha determinado que la protección del derecho a la vida no se limita formalmente “a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar

la seguridad, sean estas sus fuerzas de policía y a sus fuerzas armadas” (caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, núm. 99, párr. 110). Por ende, el Estado no solo debe crear las condiciones necesarias adecuadas, sino que estas deben ser aplicadas de una forma efectiva para asegurar el *efecto útil* de este derecho.

Vinculado a la protección especial que deben recibir las *mujeres y las niñas* es importante resaltar que en el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (sentencia de 19 de noviembre de 2015, núm. 307, párr. 202), la Corte Interamericana recordó que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará instituye deberes del Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, los cuales especifican y complementan sus obligaciones generales respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la CADH, tales como los establecidos en los artículos 4 y 5. Esto demuestra que en casos de violencia contra la mujer (definida en la Convención de Belém do Pará como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”), los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, obligaciones específicas a la luz de la Convención de Belém do Pará.

Finalmente, el derecho a la vida goza de una serie de restricciones para su limitación por parte del Estado. Así, no admite regulaciones de carácter restrictivo y, de conformidad con el artículo 27.2 de la CADH, se encuentra enmarcado en los derechos no sujetos a suspensión por el Estado (orden público), “como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes” (caso *Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, núm. 147, párr. 82). Esto implica que las obligaciones convencionales relativas al derecho a la vida no pueden ser restringidas ni suspendidas, ni siquiera en estados de excepción; y que su regulación debe hacerse mediante ley, sujeta a los estrictos parámetros de necesidad, proporcionalidad y mínima afectación.

Cuando ocurre la violación del derecho a la vida de una persona, surge la obligación al Estado de *investigar y sancionar* dicha conducta y reparar a las víctimas, como ha sido desarrollado por la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias de fondo y de reparaciones en el caso líder *Velásquez Rodríguez*. En este sentido, ha señalado que “es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables.” De lo contrario, “se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida” (sentencia de 29 de julio de 1988, núm. 4, párr. 174). Asimismo, ha precisado que “una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho” (caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 117). También ha establecido que, derivado de la obligación de garantizar, la obligación de investigar “debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.” La obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central para determinar la responsabilidad del Estado en un caso concreto (párr. 137).

Por ello, ante la violación del derecho a la vida, la *reparación integral* requiere además de la investigación y sanción de los responsables, las medidas de reparación integral, incluida la exigencia al Estado de *indemnizar* a los familiares de la víctima, incluyendo no solo el daño emergente y el lucro cesante (incalculables en muchos casos en lo que se refiere al derecho a la vida), sino también teniendo en cuenta el *proyecto de vida* de la persona cuya vida fue arbitrariamente tomada. La Corte ha señalado que el *proyecto de vida* “se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales” (caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246, párr. 285) y ha indicado que “la reparación integral del daño al ‘proyecto de vida’ generalmente requiere medidas reparatorias que vayan más allá de una mera indemnización monetaria, consistentes en medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición.” Ahora bien, en algunos casos particulares, pueden resultar indispensables otros tipos de *reparaciones complementarias* a favor de las víctimas y sus familiares. En el *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, la sentencia de reparaciones incluye como modalidades de reparaciones: a) la consagración formal de delitos internacionales (en este caso, la desaparición forzosa) dentro del ordenamiento jurídico penal del Estado (sentencia de 27 de febrero de 2002, núm. 92, párr. 98); b) combatir la impunidad e investigar, identificar y sancionar a los responsables de los hechos que constituyen violación al derecho a la vida (párr. 111), y c) ubicar los restos mortales de la persona víctima de la privación de la vida (párr. 114).

La Corte IDH subrayó por primera vez en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* la necesidad de ir más allá de las medidas de restitución en los casos de violencia contra la mujer y de elaborar reparaciones orientadas a abordar el contexto de la discriminación estructural que promueve la repetición de los casos de violencia contra la mujer (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205, párr. 450).

El artículo 4 de la Convención Americana regula, asimismo, las restricciones a la *pena de muerte* en 5 de sus 6 numerales, permitiendo excepcionalmente su aplicación, bajo ciertas condiciones y límites, que para ese momento no la habían abolido. En términos generales, la propia Convención contiene un propósito abolicionista, que se desarrolló en la jurisprudencia y se concretó en su Protocolo posterior (Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Adoptado el 8 de junio de 1990, vigente a partir del 28 de agosto de 1991). Para la Corte Interamericana, “[el] asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual ‘toda persona tiene derecho a que se respete su vida’ y por un principio procesal según el cual nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (OC-3/83, párr. 53). Así, aun cuando la CADH no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, la Corte ha establecido que las normas convencionales en dicha materia deben interpretarse en el sentido de “limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que [esta] se vaya reduciendo hasta su supresión final” (caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, sentencia de 30 de junio de 2015, núm. 297, párr. 126). Por tanto, las disposiciones de la Convención referentes a la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse a la luz del principio *pro personae*, es decir, a favor del derecho a la vida de las personas.

De conformidad con el artículo 4 de la CADH, la Corte Interamericana ha agrupado en tres categorías las *limitaciones* para la aplicación de la pena de

muerte en los Estados donde todavía estaba vigente: *i*) la aplicación de la pena está sujeta a ciertas reglas procesales, cuya aplicación debe vigilarse y exigirse de modo estricto; *ii*) solo debe aplicarse a los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos, y *iii*) debe tomarse en cuenta ciertas consideraciones propias de la persona del reo.

El artículo 4 de la CADH claramente prohíbe la privación arbitraria a la vida, lo cual puede contraponerse a la privación “legal” de la vida, como podrían ser determinados casos autorizados por el derecho internacional humanitario en situaciones extremas de conflictos armados entre fuerzas combatientes y ante blancos militares justificados o, excepcionalmente, como resultado del uso excepcional, necesario, razonable, proporcional y justificado de la fuerza por los agentes del orden público para salvar la vida de otras personas. Es evidente que en todos los demás casos estamos ante privaciones arbitrarias de la vida, como es el caso de la *ejecución extrajudicial*, prohibida por la CADH, la cual ocasiona la responsabilidad internacional del Estado, tanto por el incumplimiento de su obligación de no hacer (no ejecutar arbitrariamente) como por el incumplimiento de sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar en caso de existir una ejecución extrajudicial.

Justamente con relación a la obligación de investigar, en materia de ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana, en *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, identificó *estándares especiales para la realización de dicha investigación*, fundada en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. En este sentido, la investigación en los casos de ejecuciones extrajudiciales debe conducir hacia: *i*) identificar a la víctima; *ii*) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte de la víctima; *iii*) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; *iv*) identificar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, al igual que la existencia de algún patrón que pueda haberla causado; *v*) distinguir los casos de muerte natural, accidental, suicidio y homicidio, y *vi*) investigar exhaustivamente la escena del crimen, realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más adecuados.

Y por cuanto ve a las *desapariciones forzadas de personas* en el derecho internacional, la Corte Interamericana, desde su primera sentencia, ha tratado a este delito grave contra los derechos humanos como una violación de carácter *pluriofensivo*, de tal forma que genera la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la vida (art. 4 CADH), la integridad personal (art. 5 CADH), la libertad personal (art. 7 CADH) y la personalidad jurídica (art. 3 CADH).

Carlos Ayala Corao

339. DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA

La humanidad recibe experiencias, conocimientos y enseñanzas de generaciones anteriores. A su vez, procesa y asimila esa información para su transmisión en un compendio denominado *cultura*. Existen dos enfoques comúnmente aceptados para definir este término: *universalista* y *diferencialista*. El primero de ellos declara que la cultura es una sola, que comprende todo lo relacionado con el saber humano más allá de diferencias sociales, geográficas o de cual-

quier otra categoría. El segundo, y quizá más admitido actualmente, propone la existencia de múltiples culturas dentro de la sociedad. Así, reconoce las infinitas y variadas manifestaciones de esta índole generadas por la humanidad, sin menospreciar ni jerarquizar a ninguna de ellas. No obstante, es importante destacar una percepción del concepto como resultado mutable de la experiencia social, con afinidades y diferenciaciones latentes entre cada manifestación cultural.

Los derechos, formas y reglas de manifestación humana, en su evolución consideraron la necesidad de reconocer, promover y garantizar los derechos a los beneficios de la cultura. Y esta circunstancia fue la que dio lugar a la codificación de los denominados *derechos económicos, sociales y culturales*, que pertenecen a los derechos humanos de segunda generación. Aunque en su faceta compuesta, después dio pie al *derecho al patrimonio artístico y cultural*, que forma parte de los derechos humanos de tercera generación, de los que son titulares los grupos humanos como colectividad. De ahí que el derecho a los beneficios de la cultura no es otra cosa más que un derecho humano inalienable, relacionado con el conjunto de normas, nacionales e internacionales, que permiten el desarrollo de las expresiones culturales, su protección, manifestación y el aprovechamiento, desde cognitivo hasta económico —representado por el reconocimiento internacional de la propiedad intelectual— que se pueda obtener de ellos.

Por supuesto que al entenderse la importancia de proteger las huellas de vida humana, como instrumento de transmisión de experiencias, progresos y descubrimientos, fue que se tornó necesaria la implementación de normas capaces de extenderse por el mundo. Fue así como en 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con el propósito de generar un espacio propicio para el diálogo intercultural y su consecuente difusión.

En 1948 surge la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer instrumento internacional que incorpora un catálogo de derechos culturales. Dentro de este se estipula la libre participación de las personas en la vida cultural de la comunidad y la protección intelectual, así como el derecho a la realización de los derechos culturales.

Ese mismo año, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adopta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en que se estableció el derecho de toda persona a participar, gozar y disfrutar de la vida cultural, además de la importante protección de los intereses morales y materiales que correspondan por sus creaciones (art. XIII). Este rubro ha sido reconocido además en el Convenio de Berna, por la UNESCO en 1952 y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual desde 1967.

En 1969 surge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José”, cuyo reto cultural es la obligación de los Estados de adoptar providencias en lo interno y a través de la cooperación internacional, para lograr la efectividad de los derechos derivados de normas culturales contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Para 1976, nace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciem-

bre de 1966 y ratificado con el carácter de vinculante por buena parte de los países miembros. En este documento los derechos se caracterizan por realizarse a través del Estado, de manera progresiva y mediante acciones positivas. Representa además el reconocimiento de dos nuevas categorías de derechos culturales: la libertad para la actividad creadora y la libertad para la investigación científica.

De manera trascendente, en su capitulado se amplían los compromisos de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos. Para ello, establece obligaciones de carácter general, tales como el compromiso de adoptar las medidas internas y de cooperación entre los Estados a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, y la obligación de no discriminación al garantizar el ejercicio de los derechos en él enunciados.

Años después, en 1988, se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, aunque entra en vigor hasta 1999. En su art. 14 expresamente se prescribe el *Derecho a los beneficios de la cultura*, y destaca en esencia la adopción de los mismos propósitos y obligaciones del PIDESC.

El Protocolo se ha convertido en la herramienta principal sobre materia cultural en el sistema interamericano. Prevé métodos de protección, como la presentación de informes periódicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los Estados miembros, la facultad de organismos especializados de presentar informes relativos al cumplimiento de las disposiciones protocolarias ante el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Además de la posibilidad, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de formular observaciones y recomendaciones, dentro del Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial (art. 19).

Por otro lado, los temas culturales en el derecho Europeo se compendian hasta la aparición del Tratado de la Unión Europea. La clave en los temas culturales dentro del derecho comunitario es la subsidiariedad, que implica el respeto por las acciones de cada Estado en materia cultural, sin que sea impedimento para la realización de actividades comunes que fortalezcan el acervo cultural de sus miembros. Otros instrumentos relevantes son la Carta Social Europea (1961), la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural (1985), la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (1992), la Carta Europea sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias (1992) y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1994).

Con la instrumentación jurisdiccional y los sistemas legales del derecho de la cultura, auxiliados por la ciencia y tecnología informática, que han propiciado una verdadera revolución de la información cultural al mejorar la difusión del conocimiento humano cuantitativa y cualitativamente de manera vertiginosa y en tiempo real, en el Estado democrático constitucional de derecho de las naciones, hoy debe ser una realidad la tutela y vigencia del derecho fundamental de los beneficios de la cultura.

Jorge Meza Pérez

340. DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El reconocimiento de los derechos humanos como universales ha llevado a su doble protección, pues están salvaguardados por el derecho constitucional y por el derecho internacional tanto a nivel universal como regional. Dentro de este catálogo de derechos encontramos los culturales que han sido incorporados a las Constituciones políticas de los países para asegurar su ejercicio. Como antecedente de la importancia de esa incorporación se encuentra la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe, primera reunión de ministros de cultura de la región celebrada en Bogotá en enero de 1978, en donde se reconoció la necesidad de una legislación específica y adecuada para su protección.

Dos son las situaciones que han favorecido a la codificación constitucional del derecho a la cultura. Por una parte, la crisis del colonialismo y la exposición de nuevas formas políticas o culturales del mismo, y por otra, la existencia de grupos étnicos. De cualquier manera, la aparición del discurso sobre la diversidad cultural provocó la necesidad de incorporarlo dentro del ámbito jurídico de los países, tanto en sus ordenamientos como en la interpretación que se hace de ellos por los tribunales constitucionales.

Así, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional, dentro de las cuatro bases centrales que se reconocen, que son: el derecho de autor, derecho del patrimonio cultural, derecho de la creación y producción artística y el derecho de las industrias creativas o culturales, y en tal sentido se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional.

Los derechos relativos a la protección y conservación del patrimonio cultural en la mayoría de los países están determinados a nivel constitucional, el derecho a la cultura ha sido proclamado explícitamente por las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Igualmente, en varias Constituciones de América Latina se reconocen los derechos lingüísticos estableciendo como idioma oficial el español, y en el caso de Brasil, el portugués, así como las lenguas y dialectos étnicos existentes, como en el caso de Nicaragua, Perú y Venezuela.

A raíz de ese desarrollo, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional e internacional; es decir, nuevas categorías de derechos culturales se han incorporado, como los derechos colectivos vinculados con la identidad, personalidad y autonomía cultural de las naciones y de los pueblos, tales como el derecho a la identidad cultural nacional, derecho de todo pueblo a desarrollar su cultura, el respeto de la personalidad cultural de los países, el derecho de cada Estado a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural y el derecho a la cooperación.

Es necesario tomar en cuenta que existen distintas maneras en que las Constituciones prevén mecanismos para la salvaguarda de los derechos culturales, pues se protegen derechos tanto colectivos como individuales. Los Estados, al intentar aplicar la norma sobre derechos culturales a los casos concretos, se inspiran en dos vertientes: por un lado, la diversidad cultural, que propone reforzar la diferenciación, y por otro, la identidad cultural, que busca incluir la diversidad bajo una óptica de integración.

En Colombia, fue a partir de la creación de las normas constitucionales aprobadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 cuando se reconoció la diversidad cultural. Con posterioridad, se dio la pauta para el surgimiento de jurisprudencia de su Corte Constitucional, donde destacan tres conceptos jurídicos que complementan su Constitución, al contener implícitamente concepciones sobre la cultura, ámbito territorial, sujeto colectivo y propiedad colectiva.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en jurisprudencias relativamente recientes (2012) acerca del derecho a la cultura como derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona. En sus criterios se plasma que el Estado es el encargado de velar por la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, en sus aspectos individual y colectivo, englobando en este último la difusión de valores, como los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos. Sin embargo, hace el recordatorio de que, como cualquier derecho humano, este no es irrestricto, ya que encuentra límites externos relacionados con el ejercicio de otros derechos, pues carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, en cuyo caso se estará sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.

En la tradición anglosajona podemos encontrar precedentes de la protección de derechos culturales, tal es el caso *R. v. Sparrow*, donde la Suprema Corte de Canadá determinó que cuando una medida legislativa limita el ejercicio de un derecho existente indígena se da *prima facie* una violación de la sección 35 de la Constitución de 1982, y para determinar ese derecho hay que identificar las prácticas, tradiciones y costumbres distinguiendo si son parte característica de su cultura.

Ahora, en el contexto del derecho europeo destaca el caso *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden* (número 23883/06 del 16 de diciembre 2008), que se refiere al desalojo de inquilinos por rehusar remover una antena satelital que les permitía recibir programas de televisión en árabe y farsi de su país de origen (Irak). La Corte enfatizó la importancia para esa familia de inmigrantes, de mantener contacto con su cultura y lenguaje, y precisó que esa libertad a recibir información no solo se extiende a reportes de eventos públicos, sino también a las expresiones culturales o entretenimiento puro.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido numerosa jurisprudencia en cuanto a derechos culturales se refiere. Entre algunos casos destacables se encuentran el de *Aloeboetoe vs. Suriname*, donde se tomó en cuenta la estructura familiar del pueblo *maroons*, a la cual pertenecen los *saramacas*, tribu de las siete víctimas de detención, trato cruel, inhumano y degradante y muerte por parte del estado de Suriname; en donde se determinó que, para la reparación de los daños, el derecho local que debía aplicarse no era el derecho surinamés, pues este no era eficaz en la región en cuanto al derecho de familia, correspondiendo entonces aplicar la costumbre *saramaca*, en la medida en que no fuera contraria a la Convención Americana. Situación similar a la del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en donde prevaleció la costumbre de la comunidad indígena *Awas Tingni*, en aras de tener una sentencia con efectos útiles para los afectados, y

en donde se hizo referencia al concepto de propiedad territorial colectiva en las comunidades indígenas.

Jorge Meza Pérez

341. DERECHO A RECIBIR UN SALARIO JUSTO

El derecho a un salario justo es una parte fundamental del derecho al trabajo. En ese tenor, y bajo la teoría generacional de los derechos humanos —quizá ya superada— se configura como un derecho de segunda generación, (económicos, sociales y culturales, DESC).

Sin embargo, desde la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993 ha quedado claro que los derechos humanos —todos— son indivisibles, interdependientes, y por tanto, existe la obligación estatal de protegerlos y garantizarlos. Así, no hay ninguno por encima ni más importante que otro.

Bajo esta premisa, una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede vulnerar —en la mayoría de ocasiones— derechos civiles y políticos por la evidente interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Sin desconocer que numerosos derechos económicos, sociales y culturales requieren de prestaciones positivas, también se debe considerar que numerosos derechos civiles y políticos (de primera generación) no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado (constitución del entramado electoral, formación de policías responsables y dotación de infraestructura o equipo para la seguridad o la impartición de justicia). Por lo que la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos en muchas ocasiones también es de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales. Unos y otros están interrelacionados y se identifican. Lo anterior desacredita el argumento de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que en ocasiones ha sido empleado por los Estados para desatender o violentar estos derechos.

En la definición del derecho a recibir un salario justo se recurrirá al marco jurídico internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 23.3, dispone que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, en su art. 7, que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: b) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”.

En la Observación General núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005, se determinó que el trabajo pleno será posible con la conjunción de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, que deberán ser proporcionados por los Estados en la medida de las condiciones internas existentes: disponibilidad y accesibilidad, dentro de esta última se ubica la “aceptabilidad y calidad”, es decir, el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo.

Por otra parte, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha reconocido que la remuneración es el aspecto de las condiciones de trabajo que más directamente influye en la vida diaria de los trabajadores. Según la Constitución de la OIT (1919) “la garantía de un salario vital adecuado” es uno de los objetivos cuya consecución es más urgente.

Así, en el Convenio 95 sobre la Protección del Salario de la OIT (1949), art. 4, se determina que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie. En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que: a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) determina que entre las medidas que deben adoptar los Estados se encuentran aquellas en materia de “salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”.

En el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos también se produce el reconocimiento del derecho a un salario justo.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, numeral 7, “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo”, dispone que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

Sin embargo, la exigibilidad y justiciabilidad de este derecho está limitado en el sistema interamericano ya que, conforme al art. 19.6 del mismo Protocolo de San Salvador, del conjunto de derechos aquí previstos solamente son exigibles y justiciables, a través de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el derecho a la educación y los derechos sindicales.

Frente a las restricciones que tiene el sistema interamericano para hacer exigibles los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha hecho es pronunciarse sobre la afectación que se produce a derechos civiles y políticos (que son aquellos expresamente contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos) por la existencia de una omisión o acción estatal que priva de condiciones adecuadas de subsistencia, salud o trabajo.

En los casos *Villagrán Morales y otros, Comunidad indígena Yakye Axa, “Instituto de Reeducación del Menor”, de los Hermanos Gómez Paquiyauri y Myrna Mack Chang*, se consideró que el derecho a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea prevé en su parte I, numeral 4, que: “todos los trabajadores tienen derecho

a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”. Y en el art. 4 “Derecho a una remuneración equitativa” se sostuvo que para garantizar este derecho, las partes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

Finalmente, en el Sistema Africano de Derechos Humanos, el art. 15 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) reconoce que “todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo”.

Como se ve, conforme al conjunto de normas internacionales, el derecho a un salario justo es relevante para el pleno ejercicio de los demás derechos humanos y se integra como elemento al concepto de trabajo decente de la OIT. Para ahondar en la normativa constitucional, véase “Derecho a un salario justo (jurisprudencia constitucional”.

A pesar de lo antes dicho, hay que reconocer los límites que a este derecho impone la realidad de América Latina y otras latitudes: el subempleo, la informalidad y el trabajo precario, así como sus causas estructurales, afectan y lesionan este derecho.

Julieta Morales Sánchez

342. DERECHO A RECIBIR UN SALARIO JUSTO (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Este apartado se centrará en las disposiciones constitucionales y, posteriormente, en la labor interpretativa de los órganos de control constitucional en torno al derecho a recibir un salario justo.

En México, la Constitución refiere, en su art. 123, apartado A, fracción VI, que “los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”. En este sentido, el mismo art., en su fracción VII, agrega que “para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

La Constitución argentina prevé que el derecho al trabajo, conforme al art. 14 bis, gozará de la protección de las leyes, a fin de asegurar al trabajador una retribución justa.

El texto fundamental de Bolivia dispone, en su art. 7o., que “toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: j. A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano”.

La Constitución de Brasil, en su capítulo II, denominado “De los Derechos sociales”, art. 7o., fracción IV, afirma que son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social, “el salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin”.

En Chile, la Constitución prevé, en el art. 19, apartado 16, que se asegura a todas las personas “16. La libertad de trabajo y su protección. Toda

persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

El texto constitucional colombiano afirma, en su art. 25, que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Por su parte, la norma fundamental de Costa Rica regula, en su art. 56, que “el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada”. Igualmente, en el art. 57 de la Constitución costarricense se prevé lo siguiente: “Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”.

La Constitución ecuatoriana dispone, en su art. 33, que “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

La Constitución de República Dominicana determina, en su art. 62, inciso 9, lo siguiente: “Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad”.

La Constitución de la República de Venezuela dispone, en su art. 87, que “la ley proveerá los medios conducentes a la obtención de un salario justo; establecerá normas para asegurar a todo trabajador por lo menos un salario mínimo; garantizará igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna”.

En España, la norma fundamental, en su art. 35.1, establece que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Mientras que en Italia, la norma constitucional determina, en su art. 36, que “el trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa”.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en el apartado de “Empleo y Remuneración”, prevé lo siguiente: “5. Todo empleo debe ser justamente remunerado. A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales: se garantice a los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno”.

Aunque utilizando una terminología diferente, en el ámbito internacional encontramos algunos casos que hacen referencia al salario justo. A manera de ejemplo se mencionarán algunos de ellos.

Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (Carreño Quispe, Exp. No. 0029-2001-PA/TC), en el cual el demandante solicita que la municipalidad en la cual laboraba lo restituya en su puesto de trabajo y ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. El alto tribunal, pronunciándose por la pretensión denegada en la instancia inferior, declara que el trabajador que presta sus servicios tiene derecho a un pago equitativo y suficiente que permita su subsistencia y la de su familia; por tanto, estima la demanda del recurrente.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció recientemente sobre el caso Magda Rodríguez Caballero (Auto 134/13, Expediente T-3.418.445, 27 de junio de 2013). En este proceso, la acción de tutela fue promovida por la señora Magda Gutiérrez Caballero, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. La Corte Constitucional resolvió “tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida digna y al mínimo vital”.

Asimismo, la mencionada Corte colombiana, en la sentencia C-019/04, recurre en repetidas ocasiones a la mención del salario justo como parte integrante de las nociones laborales de aquel país, aun cuando no se habla expresamente de este derecho en su Constitución. En la sentencia C-931/04 se examina la constitucionalidad de disposiciones que restringen el derecho de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Por otro lado, en República Dominicana encontramos la sentencia TC/0117/13, del 4 de junio de 2012, que aunque no versa específicamente sobre el derecho a un salario justo, se basa en la recorte salarial que sufrirá un trabajador por ciertas disposiciones recién instauradas. Al refutar esa medida, el actor cita el art. 62 de su Constitución, la cual dice en parte que todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales.

En Argentina se encuentra, por ejemplo, que en el caso Miglierini, Hilda Aurora y otros (Fs. 262/422, 8 de junio de 2004) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los demandantes sostenían que un fallo emitido por un tribunal local vulneraba sus derechos a una retribución justa, entre otros. Aunque en ese caso la Corte Suprema falló en contra del demandante, se contempla el respeto a la remuneración justa contenida en el art. 14 bis de la Constitución argentina.

En México se ha determinado que “la Junta está obligada... a determinar cuál es, a su juicio, el salario remunerador, si el indicado por el obrero o el que sugería el patrono; y si ninguno de ellos lo estima justo, debe fijar ella misma el que conceptúe equitativo” (Salario remunerador, facultades de las Juntas de Conciliación para fijarlo).

Julieta Morales Sánchez

343. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a un proceso equitativo, a veces denominado como derecho al debido proceso, queda proclamado por el art. 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es uno de los artículos del Convenio que con mayor frecuencia

se invocan, ya que consagra una serie de principios básicos propios del mismo Estado de derecho. La garantía de un proceso equitativo tiene como finalidad de proporcionar una protección que no es teórica e ilusoria, sino concreta y efectiva de los derechos humanos, y esto implica tanto utilizar conceptos “funcionales” y “materiales” como nociones “autónomas” que emanan del Convenio, ya que los conceptos jurídicos no pueden ser interpretados únicamente por referencia al derecho interno del Estado demandado, lo que podría tener como consecuencia una grave limitación en el ejercicio del derecho.

La estructura del art. consta de una parte general (el apartado primero), que enuncia el principio según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de forma equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal que decidirá tanto de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil como del fundamento de cualquier acusación en materia penal que la concierna, y de una parte especial (los apartados segundo y tercero) que afirma un abanico de derechos imprescindibles de los que goza el acusado en el proceso penal.

El art. 6.1 afirma el derecho de acceso a un tribunal independiente, imparcial y establecido por ley para toda persona, entendiendo por esta tanto a las personas físicas como a las jurídicas, incluidos los extranjeros y apátridas que se encuentren bajo la jurisdicción de cualquiera de los Estados contratantes. El Convenio considera como “tribunal” cada instancia que ejerce una función jurisdiccional aplicando las normas de derecho a través de un procedimiento organizado. Por “litigio”, hay que entenderse una disputa real y seria que puede versar sobre la existencia misma de un derecho y también sobre cuestiones de hecho. Entre el resultado del procedimiento y el derecho debe existir un vínculo directo, de manera que el primero sea determinante para el derecho en cuestión.

Por “derechos y obligaciones” se entienden los que tengan una base legal en el derecho interno, en un modo que permita su ejercicio ante los tribunales. La expresión “de carácter civil” prescinde de las calificaciones de los distintos Estados miembros y depende de su contenido material, incluyendo sin duda un derecho que tenga una naturaleza patrimonial y de manera muy amplia tanto las diversas ramas del derecho privado como asuntos muy dispares; por ejemplo, la autorización de vender un terreno (*Ringeisen c. Autriche*); la propiedad de un edificio religioso (*Paroisse Greco Catholique Sâmbata Bihor c. Roumanie*); el derecho para ejercer una profesión (*Le Compte, Van Leuven y De Megere c. Belgique*); los litigios relativos a funcionarios públicos (*Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*), y un litigio presentado ante una jurisdicción constitucional si el procedimiento relativo al derecho de carácter civil tiene una incidencia directa sobre el resultado del litigio ante la jurisdicción ordinaria (*Ruiz-Mateos c. Espagne*). Bajo algunas condiciones, el Tribunal ha concluido por la aplicabilidad del principio en las medidas cautelares.

El Convenio utiliza una noción funcional también para calificar el concepto de “acusación en materia penal”, que debe interpretarse a la luz del Convenio prescindiendo de las categorías utilizadas en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados contratantes. Un punto de partida funcional exige que se aprecien tres criterios, dictados en la sentencia Engel y otros (*Engel et autres c. Pays-Bas*): en primer lugar, la calificación jurídica que la infracción recibe en el derecho interno, y después, de forma alternativa, los criterios de la

naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción prevista por ley aplicable. Cuando un examen de cada criterio no permita llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una acusación en materia penal, se puede adoptar una lógica acumulativa de los criterios (*Benedoun c. France*). La vertiente penal del art. 6o. es aplicable a los procedimientos ante un tribunal militar (*Albert et Le Compte c. Belgique*). Las infracciones del régimen disciplinario penitenciario como tal no quedan incluidas y deben ser analizadas bajo el perfil civil del artículo 6o. (*Enea c. Italie*), al igual que los procedimientos de extradición (*Peñafiel Salgado c. Espagne*) o los de la orden de detención europea, porque se consideran como una manifestación del ejercicio de los poderes disciplinarios (*Ravnsborg c. Suède*). La noción de acusación en materia penal puede aplicarse a los procedimientos administrativos, fiscales (*Mieg de Boofzheim c. France*), aduaneros (*Salabiaku c. France*), en materia de derecho de la competencia (*Société Stenuit c. France*) y en cuestiones financieras (*Guisset c. France*).

Después de la enunciación general del apartado primero, el art. 6.2 sigue añadiendo el principio de la presunción de inocencia de la que goza toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. El Convenio quiere proteger a cada persona acusada de los efectos nocivos que pueden resultar en una violación de este principio (*Alletnet de Ribemont c. France*).

En el art. 6.3 se enumeran, pero no de manera exhaustiva, las garantías que consiguen el principio del derecho equitativo en el proceso penal, que tienen como finalidad de asegurar la “legalidad de las armas” entre la parte acusadora y la defensa. Entre estas se colocan: el derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (*Goddi c. Italie*), y el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. El acusado debe además disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y tiene el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan. Toda persona acusada goza del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*).

Eloisa Denia Cosimo

344. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional es afirmado por el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La afirmación de este derecho es la consecuencia de la obligación general de reconocer los derechos humanos protegidos que se impone a los Estados miembros, en virtud del art. 1o. del Convenio.

Desde el punto de vista del derecho comparado, el derecho a un recurso efectivo, que encuentra su antecedente en el art. 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es afirmado también en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Aunque el Tribunal Europeo haya declarado que el sistema de protección de los derechos humanos requiere “una limitación máximas de las restricciones implícitas a esta cláusula” (*Kudla c. Polonia*), de hecho, la aplicación de la norma se ha visto muy afectada por los problemas de interpretación que ella implica.

El derecho afirmado no es absoluto, ya que subyace a varias condiciones que dependen del tenor literal del art. y de su interpretación judicial. Desde el primer punto de vista, la violación que determina el derecho a un recurso efectivo debe referirse a alguna otra disposición del Convenio que reconozca un derecho o una libertad (*Klass y otros c. Alemania*), pero la apreciación del Tribunal sobre el art. 13 puede efectuarse de manera autónoma respecto a toda otra norma del Convenio. Desde el segundo punto de vista, el Tribunal interpreta el derecho a un recurso efectivo siempre que se trate de “peticiones defendibles” (*arguable complaint*) en los términos del Convenio (*Boyle y Rice c. Reino Unido*), entendiéndose por tal una petición que tenga un fundamento de violación de un derecho protegido, lo que no se puede establecer de forma teórica y que requiere una evaluación específica del caso por el Tribunal (*M. A. c. Cipro*).

La disposición debe considerarse como una norma general, que no se aplica en los casos en que hayan normas específicas, como el art. 5.4, que afirma el derecho al control de la legalidad de la detención, o el art. 6o. del Convenio, según el cual toda persona tiene derecho a un proceso equitativo.

El Tribunal considera que la amplitud de la obligación del Estado de garantizar un recurso efectivo depende de la naturaleza del derecho vulnerado, con el resultado de que la protección debe ser más rígida en el caso de una violación del derecho a la vida reconocida por el art. 2o. del Convenio o de la prohibición de la tortura y otros tratos prohibidos por el art. 3o. del Convenio (*Kaykharova y otros c. Rusia*).

El derecho debe ser garantizado por el Estado en la legislación y en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe estar injustificablemente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado (*Büyükdag c. Turquía*), que puedan condicionar el ejercicio del derecho del demandante (*Sabanchieva y otros c. Rusia*) o que no pueden suficientemente proteger a este mismo contra la arbitrariedad (*Al-Nashif c. Bulgaria*).

El art. 13 no va tan lejos hasta garantizar un recurso que permite impugnar las leyes de un Estado miembro contrarias al Convenio ante una instancia nacional (*Costello-Roberts c. Reino Unido*), pero trata de garantizar que el individuo pueda presentar una queja no frente a la autoridad judicial nacional, sino ante una autoridad no judicial del Estado, que sea lo suficientemente independiente e imparcial para conocer los hechos y los argumentos del denunciante (*Milen Kostov c. Bulgaria*), para juzgar la violación y para otorgar la

reparación necesaria a través de una decisión vinculante (*Di Sarno y otros c. Italia*) de la que el demandante pueda aprovechar de manera concreta (*Keenan c. Reino Unido*).

La efectividad del recurso puede implicar que esto tenga un efecto suspensivo, como ha sido afirmado en el caso de la expulsión de un inmigrante (*De Souza Ribeiro c. Francia*), y no depende de la certeza de un resultado favorable por el demandante (*Soering c. Reino Unido*). El carácter efectivo del recurso, aunque no se llegue a exigir hasta que exista un recurso interno contra la legislación (*Young, James y Webster c. Reino Unido*), requiere que el Estado haya establecido recursos contra las normas reglamentarias (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*) o, además, un “conjunto de recursos” para satisfacer las condiciones del art. 13 (*Leander c. Suecia*).

Eloisa Denia Cosimo

345. DERECHO AL HONOR

El derecho al honor puede definirse como la potestad jurídica que tienen las personas físicas o jurídicas para proteger su estima, crédito y/o reconocimiento social frente a intrusiones ilegítimas que las puedan hacer desmerecer en la consideración propia y ajena. El derecho al honor está codificado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en casi todos los textos constitucionales de los países reconocidos por la ONU. El objeto del derecho al honor supone la protección de la consideración, estima o valor personal en el ánimo público y en la percepción propia, cuyo valor jurídico debe ser establecido casuísticamente, a la luz de los principios prevalecientes en la sociedad en un tiempo y espacio determinado. El contenido de este derecho, por ende, habrá de ajustarse también en razón de los procesos de evolución y permanencia de esos mismos valores y principios sociales.

El ámbito de protección del honor se debe determinar tomando en cuenta tres aspectos fundamentales: *a*) la calidad jurídica de la persona presumiblemente afectada en su honor. El tratamiento habrá de tener diferencias y peculiaridades, según se trate de una persona jurídica, de una persona pública o de un particular, como se puede advertir en el derecho comparado, bien se trate de derecho continental, del derecho anglosajón o de los diversos sistemas híbridos existentes; *b*) las normas sociales y morales predominantes en una época y tiempo casuísticamente determinados. Las diferencias culturales, religiosas y educativas entre una sociedad y otra son referentes esenciales para determinar el grado de afectación del honor de las personas, y *c*) el manejo que la persona hace de su propio crédito y consideración en su relación con los demás, en razón de su trabajo, de sus convicciones o, simplemente, de su forma de vida dentro de la sociedad.

La doctrina ha dividido tradicionalmente el honor jurídicamente protegido en dos facetas o ámbitos básicos: el honor objetivo y el honor subjetivo.

El honor objetivo —en realidad objetivable— está constituido de la manera siguiente:

1. El honor de los particulares.
2. El honor de las personas jurídicas.
3. El honor de las personas públicas.
4. La protección penal del honor.

La tensión entre el poder público y los medios de comunicación ha sido el eje sobre el cual ha girado la evolución histórica de los derechos fundamentales en el mundo entero: de un lado, la reivindicación de la prensa por informar y discutir sobre todo asunto de relevancia pública, y de otro, la intención del poder público por acotar los alcances de las libertades de expresión e información con la inserción de derechos con bienes jurídicos protegidos eventualmente antagónicos a esas libertades. La lucha entre el alcance de las libertades de expresión e información y el núcleo protector del derecho al honor ha sido, en particular, uno de los aspectos esenciales del estudio para delimitar dónde inicia uno y dónde terminan las otras. Lo anterior se ha resuelto en los Estados democráticos de derecho a través de la vía jurisprudencial, mediante la cual se han ofrecido los elementos interpretativos obligatorios para aplicar el derecho a casos concretos. La libertad de expresión ampara la libre difusión de ideas, opiniones y juicios de valor; se trata, sin duda, de un derecho fundamental dotado de la más amplia protección jurídica para su libre ejercicio; por ello, sus límites se han reducido a una porción mínima, tanto por lo que hace a las personas públicas como cuando se refiere a las personas privadas. Tan es así que la *exceptio veritatis* no constituye un ingrediente de la licitud de la libertad de expresión, habida cuenta de la imposibilidad material para calificar a las ideas y opiniones de verdaderas o falsas.

Se ha afirmado que la libertad de información protege fundamentalmente la investigación y la difusión de hechos noticiosos. Las tensiones entre la prensa y el gobierno se pueden rastrear hasta la Ley de Sedición de 1798 —promovida por el partido de Alexander Hamilton y John Adams—, que consideraba delito los “escritos falsos, escandalosos y maliciosos” contra el gobierno, el Congreso y el presidente de los Estados Unidos. La ley no pudo resistir, sin embargo, los embates de los electores condenando a la derrota electoral a los federalistas —sus promotores—, dejando sin efecto legal la ley en cuestión en 1800, y declarada inconstitucional en 1801. La tentación gubernamental por acotar los límites de la libertad de información de la prensa no quedó, sin embargo, truncada, pues años más tarde, cuando el *World* de Nueva York y el *News* de Indianápolis aportaron datos sobre la corrupción habida en la edificación del Canal de Panamá en 1908, el presidente Teodoro Roosevelt ordenó al fiscal general que se querellara por libelo. Los tribunales rechazaron los casos antes de que llegaran a juicio, determinando que el gobierno no puede querellarse por libelo; no obstante, sí podían hacerlo los servidores públicos a título personal. Es así que entre 1801 y 1963 las querellas por libelo —es decir, por difamación y calumnia—, en donde estaba involucrada la prensa, se habrían de resolver conforme a las leyes aplicables —sobre todo civiles, por ser reparadora al buscar resarcir el daño sufrido mediante cuantiosas indemnizaciones—, independientemente de que se tratara de personas públicas o privadas, mediante el método de *balancing test* (ponderación entre un bien jurídico y otro afectado). En 1964 se produce un giro radical en el tratamiento judicial de los procesos por libelo al ser analizados desde la perspectiva de la primera enmienda de la Constitución por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *The New York Times vs. Sullivan*, que al valorar la importancia que tiene la prensa como arma del arsenal de la democracia señalaba, por conducto del juez William Brennan, que: “El debate

sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables y afilados, contra el Gobierno o los servidores públicos [...] Algún grado de abuso —afirmaba citando a Madison— es inseparable del propio uso de cada cosa; y en ninguna instancia es más cierto que en la prensa [...] Hay que tener en cuenta que las declaraciones erróneas son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas si las libertades informativas constituyen el espacio para respirar («*breathing space*») que necesitan para sobrevivir... y es que una decisión que obligue al que critica la actuación oficial a garantizar la veracidad de sus decisiones, y que tenga que hacerlo bajo la amenaza de juicio por libelo y que se puedan pedir indemnizaciones prácticamente ilimitadas, conduciría a algo comparable a la *autocensura*”. Después de las consideraciones anteriores, la sentencia fijaba el criterio que habría de seguirse para determinar cuándo los servidores públicos pueden entablar una querrela por libelo: “Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a cualquier servidor público reclamar daños por una nota falsa y difamante en relación a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración fue hecha con malicia real o efectiva («*actual malice*») es decir, con conocimiento de que era falso («*with knowledge of its falsity*») o con descuidada desconsideración acerca de si era falso o no («*or with reckless disregard of wheter it was false or not*»)". El criterio definido en el caso Sullivan sigue vigente hoy en día. En 1967 a la luz del caso Butts, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos amplió el núcleo protector del caso Sullivan a las figuras públicas que juegan un papel de similar relevancia en la sociedad que los servidores públicos. Además, en 1971 en ocasión del caso Rosebloom, la Suprema Corte llevó el criterio del *actual malice* a “toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública o general, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas”. En los años posteriores, otros casos han matizado este principio general, aunque persiste hoy en día como criterio de interpretación judicial en los Estados Unidos y buena parte de América Latina, especialmente en México.

Ernesto Villanueva

346. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

En el orden jurídico mexicano, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental *creado* jurisprudencialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Aunque en la actualidad existe una referencia expresa a este derecho en la regulación sobre los delitos que merecen prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 constitucional —como resultado de una reforma de julio de 2011—, anteriormente no había ninguna norma constitucional que de manera explícita lo mencionara.

Sin un asidero constitucional expreso, la Suprema Corte señaló en la sentencia que resolvió el amparo directo 6/2008 que el libre desarrollo de la personalidad *deriva* del derecho a la dignidad humana, que a su vez está previsto en el artículo 1 constitucional, y se encuentra *implícito* en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país. Como puede observarse, más que “interpretación” de un texto normativo, la creación jurisprudencial de un derecho requiere desplegar una labor de “construcción”

(Guastini, 2014), que consiste en extraer una norma constitucional *implícita* a partir de lo que expresamente dice la Constitución.

Por lo demás, es importante señalar que la creación jurisprudencial de derechos es una práctica bastante extendida entre los altos tribunales encargados de tutelar los derechos fundamentales previstos en las constituciones —cortes supremas y tribunales constitucionales— y los tribunales internacionales que tienen encomendada la protección de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Así, no es en absoluto extraño que estos amplíen por la vía jurisprudencial el catálogo de derechos contemplado en los ordenamientos nacionales e internacionales.

Como su nombre lo indica, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un “derecho de libertad”. En términos de la conocida distinción acuñada por Isaiah Berlin en 1969 (“Two Concepts of Liberty”, en Hardy (ed.), 2002), puede decirse que este derecho comporta una *libertad positiva*, entendida como la posibilidad que tiene una persona de autogobernarse, puesto que permite realizar determinadas *conductas* o tomar ciertas *decisiones* con la finalidad de materializar el plan de vida elegido por cada persona. No obstante, este derecho también puede verse como una *libertad negativa* que se erige como un *límite* al poder del Estado sobre el individuo. Desde esta perspectiva, las autoridades estatales tienen el deber de *abstenerse* de obstaculizar o impedir la realización de las conductas amparadas por este derecho.

En la sentencia citada (amparo directo 6/2008), la Suprema Corte explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite “la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo”, lo que supone “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera”.

Desde un punto de vista conceptual, puede distinguirse la dimensión *externa* de la dimensión *interna* del derecho en estudio. La primera da cobertura a una genérica “libertad de acción” que permite llevar a cabo cualquier actividad que contribuya a alcanzar un determinado plan de vida; mientras que, en su dimensión interna, el derecho protege una “esfera de privacidad” en contra de las interferencias que limitan la capacidad de las personas para tomar ciertas decisiones (Eberle, 2012).

En este orden de ideas, surge de manera inevitable una pregunta: ¿qué conductas y/o decisiones *específicas* están amparadas por el libre desarrollo de la personalidad? Por la forma en la que jurisprudencialmente este derecho se ha desarrollado, no es posible establecer una “lista cerrada” de las acciones y/o decisiones protegidas. La doctrina constitucional de la SCJN no se ha ocupado de trazar un “perímetro” claramente delimitado que permita anticipar con cierta seguridad las conductas a las que da cobertura el libre desarrollo de la personalidad. La metodología utilizada para darle contenido ha consistido en preguntarse en *casos concretos* si una determinada acción o decisión individual se encuentra amparada por este derecho. Cuando la respuesta ha sido afirmativa, la Suprema Corte ha utilizado el contenido del derecho para enjuiciar la constitucionalidad de leyes que prohibían, obstaculizaban o dificultaban esas acciones o decisiones.

De esta manera, a diferencia de otros derechos fundamentales, el contenido del libre desarrollo de la personalidad tiene un alto grado de *indeterminación*, puesto que todas las conductas que no están protegidas por un derecho de libertad específico (libertad de movimiento, libertad de creencias, libertad de asociación, libertad económica, libertad de trabajo, etc.) pueden estar *potencialmente* protegidas por el libre desarrollo de la personalidad. Así, en la doctrina constitucional comparada se ha explicado que este derecho brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas (Díez-Picazo, 2005). En palabras del Tribunal Constitucional alemán, el derecho al libre desarrollo de la personalidad entraña una “libertad indefinida” que *complementa* las otras libertades más específicas, puesto que su función es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas (BVerfGE, caso *Elfes*, sentencia de 16 de enero de 1957).

En el caso mexicano, la SCJN ha utilizado este derecho para dar cobertura constitucional a decisiones personales muy importantes vinculadas a la autonomía personal: la reasignación sexo-genérica de una persona en su acta de nacimiento (amparo directo 6/2008); la decisión de uno de los cónyuges de disolver el matrimonio, sin que para ello se requiera probar una causal de divorcio (contradicción de tesis 73/2014), y la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 28/2015), aunque cabe señalar que las primeras aproximaciones a este último tema en la jurisprudencia mexicana se realizaron con apoyo en el derecho a la igualdad y no discriminación.

En la línea del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha desarrollado este derecho fundamentalmente a partir de casos relacionados con “actividades de ocio y esparcimiento” (Kommers y Miller, 2012), la Suprema Corte mexicana también se ha ocupado de vincular este tipo de actividades con el libre desarrollo de la personalidad. Al resolver el amparo en revisión 237/2014 señaló que el consumo de marihuana para fines lúdicos, así como todas las acciones necesarias para estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo, son conductas protegidas por este derecho. Por lo demás, esta decisión fue utilizada como punto de partida para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta de realizar estas acciones, derivada del “sistema de prohibiciones administrativas” previsto en la Ley General de Salud, que impedía a la autoridad administrativa otorgar una autorización para realizarlas.

Como puede apreciarse, el “carácter abierto” del libre desarrollo de la personalidad lo hace especialmente propicio para articular reivindicaciones de protección constitucional respecto de conductas y/o decisiones estrechamente vinculadas con la autonomía personal en ámbitos especialmente sensibles y de gran relevancia social. En este sentido, es previsible que este derecho sea invocado cada vez con mayor frecuencia, especialmente por las personas y organizaciones que desde la sociedad civil impulsan una agenda de ensanchamiento y profundización de las libertades públicas. Así, no sería extraño que en el futuro veamos impugnaciones en las que se enjuicie, por ejemplo, la constitucionalidad de las normas que criminalizan la interrupción del embarazo o el consumo de drogas utilizando al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad como parámetro de validez.

Arturo Bárcena Zubieta